

T-1418-10
2013 FC 113

T-1418-10
2013 CF 113

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Fiona Ann Johnstone and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Fiona Ann Johnstone et Commission canadienne des droits de la personne (*défenderesses*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. JOHNSTONE

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. JOHNSTONE

Federal Court, Mandamin J.—Ottawa, May 30, 2011 and January 31, 2013.

Cour fédérale, juge Mandamin—Ottawa, 30 mai 2011 et 31 janvier 2013.

Editor’s Note: This decision has been reversed in part on appeal (2014 FCA 110). The reasons for judgment, handed down May 2, 2014, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Note de l’arrêtiſte : Cette décision a été infirmée en partie en appel (2014 CAF 110). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 2 mai 2014, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Human Rights — Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision allowing respondent Johnstone’s (respondent) complaint of discrimination on basis of family status by employer, Canada Border Services Agency (CBSA) — Respondent working as border services officer on rotating, variable shifts — Requesting full-time employment working fixed day shifts following birth of first child so as to allow her to arrange childcare — CBSA policy limiting fixed day shifts as requested to part-time employment — Respondent’s request thus denied, offered part-time work on fixed schedule instead — Respondent filing complaint under Canadian Human Rights Act — Contending that CBSA engaged in discriminatory employment practice with respect to family status, i.e. parental childcare obligations — Tribunal allowing respondent’s complaint — Principal issues herein whether Tribunal erring in interpreting term “family status” in Act, s. 3 to include childcare responsibilities; in finding prima facie case of discrimination established; in making its remedial orders — Tribunal reasonably finding that parental childcare obligations coming within scope, meaning of “family status” in Act, s. 3 — Tribunal applying proper legal test for finding of prima facie discrimination on basis of family status — Findings of prima facie discrimination supported by evidence — As to remedies, Tribunal erring in part by failing to justify compensation award for period respondent electing unpaid leave to accompany spouse on relocation to Ottawa — Tribunal also erring, exceeding jurisdiction in ordering CBSA to establish written policies satisfactory to respondent, Commission — Act not providing that victim may have a role or participate in development of remedial policies to redress discriminatory practices — Application allowed in part.

Droits de la personne — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse, M^{me} Johnstone, visant son employeur, l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille — La défenderesse travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail rotatifs — Elle avait demandé qu’on lui accorde des quarts de travail fixes à temps plein, à la suite de la naissance de son premier enfant, ce qui lui aurait permis d’obtenir des services de garde — Une politique de l’ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillent à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes — La demande de la défenderesse a été refusée et celle-ci s’est plutôt vu offrir un emploi à temps partiel à horaire fixe — La défenderesse a déposé une plainte en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Elle a affirmé que l’ASFC avait usé de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants — Le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse — Il s’agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l’art. 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants, en concluant qu’une preuve prima facie de discrimination avait été établie, et dans les réparations qu’il a accordées — Le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d’enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu à l’art. 3 de la Loi — Le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l’existence d’une discrimination prima

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal allowing the respondent Johnstone's (respondent) complaint of discrimination on the basis of family status by her employer, the Canada Border Services Agency (CBSA).

The respondent had been working as a border services officer on rotating and variable shifts at Pearson International Airport. Following the birth of her first child, she requested full-time employment working fixed day shifts that would allow her to arrange childcare. However, CBSA policy limited fixed day shifts as requested by the respondent to part-time employment. As such, her request was denied and instead, the respondent was offered part-time work on a fixed schedule. Consequently, the respondent was not eligible for benefits available to full-time CBSA employees.

The respondent filed a complaint under the *Canadian Human Rights Act*, paragraphs 7(b), 10(a), (b). She contended that the CBSA had engaged in a discriminatory employment practice with respect to family status (a prohibited ground of discrimination under subsection 3(1) of the Act), specifically, in relation to her parental childcare obligations.

The respondent's complaint eventually proceeded to a hearing before the Tribunal, which found that the respondent had proven *prima facie* employment discrimination on the basis of family status contrary to the Act. More specifically, it found that the enumerated ground of family status in the Act includes parental childcare responsibilities, and concluded that the CBSA had established and pursued an unwritten policy that affected the respondent's employment opportunities including, but not limited to promotion, training, transfer, and benefits on the prohibited ground of family status. Finally, the

facie fondée sur la situation de famille — Les conclusions au sujet de la discrimination prima facie étaient appuyées par la preuve — Sur la question des réparations, le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l'indemnité qu'il a accordée pour la période au cours de laquelle la défenderesse a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa — Le Tribunal a également commis une erreur et a outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'établir des politiques écrites à la satisfaction de la défenderesse et de la Commission — La Loi ne prévoit pas que la victime peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires — Demande accueillie en partie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de la défenderesse, M^{me} Johnstone (la défenderesse), visant son employeur, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille.

La défenderesse travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail variables et rotatifs à l'Aéroport international Pearson. À la suite de la naissance de son premier enfant, elle a demandé de continuer à travailler à temps plein selon un horaire de quarts de travail fixes de jour qui coïncidait avec les services de garde qu'elle pouvait obtenir. Cependant, une politique de l'ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillent à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes comme ceux que demandait la défenderesse. À ce titre, sa demande a été refusée et on a plutôt offert à la défenderesse un emploi à temps partiel à horaire fixe. En conséquence, la défenderesse n'avait pas droit aux avantages auxquels étaient admissibles les employés à temps plein de l'ASFC.

La défenderesse a déposé une plainte en vertu des alinéas 7b) et 10a) et b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Elle a affirmé que l'ASFC avait usé en cours d'emploi de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille (un motif de distinction illicite en vertu du paragraphe 3(1) de la Loi) en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants.

Le Tribunal a par la suite procédé à l'examen de la plainte de la défenderesse et a conclu que celle-ci avait établi une preuve *prima facie* de discrimination en matière d'emploi fondée sur la situation de famille en contravention de la Loi. Plus particulièrement, le Tribunal a conclu que les obligations parentales faisaient effectivement partie du motif énuméré de situation de famille prévu par la Loi et que l'ASFC avait établi et appliqué une politique non écrite qui nuisait aux possibilités d'emploi de la défenderesse, notamment la promotion, la formation, la mutation et les avantages sociaux,

Tribunal concluded that the CBSA had not established a *bona fide* occupational requirement defence nor had it established undue hardship so as to exempt it from the obligation to accommodate for family status arising from childcare responsibilities under the Act.

In terms of remedies, the Tribunal ordered the CBSA to consult with the respondent and the Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination against employees seeking accommodation based on family status for purposes of childcare responsibilities. It also ordered that the respondent be compensated for her lost wages and benefits, including overtime that she would have received and pension contributions that would have been made had she been able to work on a full-time basis during the period in question. Finally, the Tribunal awarded the respondent \$15 000 for general damages for pain and suffering pursuant to paragraph 53(2)(e) of the Act, and \$20 000 for special compensation under subsection 53(3) of the Act.

The applicant argued that the term “family status” in the Act does not include parental childcare obligations. The applicant also challenged the Tribunal’s legal test for finding *prima facie* discrimination based on family status. Finally, the applicant contested several of the Tribunal’s remedial orders.

The principal issues were whether the Tribunal erred in interpreting the term “family status” in section 3 of the Act to include childcare responsibilities; whether it erred in finding a *prima facie* case of discrimination was established; and whether it erred in making its remedial orders.

Held, the application should be allowed in part.

The Tribunal reasonably found that parental childcare obligations come within the scope and meaning of “family status” in section 3 of the Act. The Act does not define the term “family status”. It should be interpreted in a large and liberal manner consistent with the attainment of the Act’s objectives and purpose. The Tribunal’s conclusion was within the scope of ordinary meaning of the words; it was in accord with decisions in related human rights and labour forums; it was in keeping with the case law; and it was consistent with the objects of the Act.

pratiques fondées sur le motif de distinction illicite de la situation de famille. Enfin, le Tribunal a conclu que l’ASFC n’avait pas établi qu’elle avait une exigence professionnelle justifiée ni présenté d’arguments suffisants au sujet de la contrainte excessive qui lui aurait permis d’être dispensée de l’obligation que lui impose la Loi de prendre des mesures d’accommodement pour aider la défenderesse à s’acquitter de ses responsabilités liées à la garde de ses enfants.

Quant aux réparations, le Tribunal a ordonné à l’ASFC de consulter la défenderesse et la Commission afin d’élaborer un plan pour éviter d’autres incidents semblables de discrimination contre les employés qui demandent des mesures d’accommodement fondées sur leur situation de famille en raison de leurs responsabilités parentales. Le Tribunal a également ordonné que la défenderesse soit indemnisée pour sa perte de salaire et d’avantages sociaux, y compris les heures supplémentaires qu’elle aurait effectuées et les contributions à sa pension qui auraient été faites si elle avait pu travailler à temps plein pendant la période en cause. Enfin, le Tribunal a également accordé à la défenderesse 15 000 \$ à titre de dommages intérêts généraux pour préjudice moral en vertu de l’alinéa 53(2)e) de la Loi, et 20 000 \$ à titre d’indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi.

Le demandeur a fait valoir que l’expression « situation de famille » figurant dans la Loi n’englobait pas les obligations liées à la garde d’enfants. Le demandeur s’est également opposé au critère juridique retenu par le Tribunal pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Enfin, le demandeur a contesté les diverses ordonnances réparatrices prononcées par le Tribunal.

Il s’agissait principalement de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l’article 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants, s’il a commis une erreur en concluant qu’une preuve *prima facie* de discrimination avait été établie, et s’il a commis une erreur dans les réparations qu’il a accordées

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

Le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d’enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu à l’article 3 de la Loi. La Loi ne définit pas l’expression « situation de famille ». Elle devrait être interprétée de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation des objets de la Loi. La conclusion du tribunal s’accordait avec le sens courant des mots et avec les décisions déjà rendues en matière de droits de la personne et par les tribunaux du travail; elle était conforme à la jurisprudence et respectait les objets de la Loi.

The Tribunal applied the proper legal test for its finding of *prima facie* discrimination on the basis of family status. While the childcare obligation arising in discrimination claims based on family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations, this requirement does not create a higher threshold test of serious interference. The case for *prima facie* discrimination based on family status will be made out where an employment rule or condition interferes with an employee's ability to meet a substantial parental obligation in any realistic way.

In the present instance, there was evidence before the Tribunal supporting its conclusion that the respondent was discriminated against on the basis of her family status. The Tribunal found that the respondent was a parent who had substantial childcare obligations and could not, despite her best efforts, find daycare for her children. The Tribunal also found on the evidence that accommodating the respondent would not have caused undue hardship to the CBSA. The Tribunal thus found that the respondent had established a *prima facie* case of discrimination pursuant to sections 7 and 10 of the Act. These findings were supported by the evidence and were within the range of reasonable outcomes.

Finally, on the question of remedies, the Tribunal erred in part by failing to justify the compensation award for the period when the respondent elected unpaid leave to accompany her spouse on relocation to Ottawa. The Tribunal did not provide a rationale for this award. It was therefore not possible to say whether a causal connection existed between the discrimination found to have occurred at Pearson and the respondent's sojourn in Ottawa. The Tribunal also erred and exceeded its jurisdiction in ordering the CBSA to establish written policies satisfactory to the respondent and the Commission. The Act provides that a person who was the subject of discriminatory treatment may receive compensation in the form of lost wages and expenses as well as any pain and suffering experiences. However, it does not provide that a victim may have a role or participate in the development of remedial policies to redress the discriminatory practices.

Le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Bien que les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires dans lesquelles l'intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et que le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles, cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d'atteinte grave. C'est lorsqu'un règlement ou une condition de travail de l'employeur entrave la capacité de l'employé de s'acquitter d'une importante obligation parentale de façon réaliste qu'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille est établie.

En l'espèce, le Tribunal disposait d'éléments de preuve qui appuyaient sa conclusion que la défenderesse avait été victime de discrimination fondée sur sa situation de famille. Le Tribunal a conclu que la défenderesse était une mère qui avait des obligations importantes liées à la garde de ses enfants et qui, malgré tous les efforts qu'elle avait déployés, n'avait pas réussi à trouver des services de garde pour ses enfants. Le Tribunal a également conclu que, suivant la preuve, la prise de mesures d'accommodement pour la défenderesse n'aurait pas causé de contraintes excessives à l'ASFC. Le Tribunal a donc conclu que la défenderesse avait établi une preuve *prima facie* de discrimination au sens des articles 7 et 10 de la Loi. Ses conclusions étaient appuyées par la preuve et elles appartenaient aux issues raisonnables.

Enfin, sur la question des réparations, le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l'indemnité qu'il a accordée pour la période au cours de laquelle la défenderesse a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa. Le Tribunal n'a pas motivé ce montant. Il n'était donc pas possible d'affirmer qu'il existait un lien de causalité entre la discrimination qui se serait produite à Pearson et le séjour de la défenderesse à Ottawa. Le Tribunal a également commis une erreur et outrepassé sa compétence en obligeant l'ASFC à élaborer des politiques écrites satisfaisantes pour la défenderesse et la Commission. La Loi prévoit que toute personne victime d'acte discriminatoire peut être indemnisée sous forme d'indemnité pour perte de salaire et d'indemnité pour préjudice moral. Elle ne prévoit cependant pas que cette victime peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3, 7, 10, 53.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3, 7, 10, 53.

CASES CITED

APPLIED:

Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al., [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 52 O.R. (2d) 799; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, affg *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579; *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 334 N.R. 316, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces); Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

CONSIDERED:

Johnstone v. Canada (Attorney General), 2007 FC 36, 306 F.T.R. 271, affd 2008 FCA 101, 377 N.R. 235; *Moore v. Canada Post Corporation*, 2007 CHRT 31; *Brown v. Canada (Department of National Revenue, Customs and Excise)*, 1993 CanLII 683 (C.H.R.T.); *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437; *Rajotte v. President of the Canada Border Services Agency et al.*, 2009 PSST 0025; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, (1999), 176 D.L.R. (4th) 1; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 16701, 266 N.R. 154 (F.C.A.); *B. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2000), 50 O.R. (3d) 737, 195 D.L.R. (4th) 405, affd 2002 SCC 66, [2002] 3 S.C.R. 403; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393.

REFERRED TO:

Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly) (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.); *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII); *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres, [1985] 2 R.C.S. 536; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, confirmant *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes; Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Johnstone c. Canada (Procureur général), 2007 CF 36, conf. par 2008 CAF 101; *Moore c. Société canadienne des postes*, 2007 TCDP 31; *Brown c. Canada (Ministre du Revenu national, Douanes et Accise)*, 1993 CanLII 683 (T.C.D.P.); *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479; *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2006 TCDP 33; *Rajotte c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada et al.*, 2009 TDFP 0025; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 16701 (C.A.F.); *B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* (2000), 50 R.J.O. (3^e) 737, conf. par 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393.

DÉCISIONS CITÉES :

Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly) (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d'enq. de l'Ont.); *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII); *Canada Post Corp. v. Canadian*

Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon) (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161; *Dhanjal v. Air Canada*, 1996 CanLII 2385, 28 C.H.R.R. D/367 (C.H.R.T.), affd 1997 CanLII 5751, 139 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

Union of Postal Workers (Sommerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon) (2006), 156 L.A.C. (4th) 109; *Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161; *Dhanjal c. Air Canada*, 1996 CanLII 2385 (T.C.D.P.), conf. par 1997 CanLII 5751 (C.F. 1^{re} inst.).

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry on Equality in Employment. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984 (Commissioner: Rosalie Silberman Abella).
Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “family”, “status”.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 International Labour Organisation. *Recommendation concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities* (Recommendation No. 165). Geneva, 67th ILC session (June 23, 1981).

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2010 CHRT 20) allowing the respondent Johnstone’s complaint of discrimination on the basis of family status by her employer. Application allowed in part.

APPEARANCES

Christine Mohr and *Susan Keenan* for applicant.
Andrew Raven and *Andrew Astritis* for respondent Fiona Ann Johnstone.
Ikram Warsame and *Daniel Poulin* for respondent Canadian Human Rights Commission.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, for respondent Fiona Ann Johnstone.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d’enquête sur l’égalité en matière d’emploi. *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984 (Commissaire : Rosalie Silberman Abella).
Canadian Oxford Dictionary, 2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « *family* », « *status* ».
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
 Organisation internationale du Travail. *Recommandation concernant l’égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes: travailleurs ayant des responsabilités familiales* (Recommandation no 165). Genève, 67^{ème} session CIT (23 juin 1981).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (2010 TC DP 20) a fait droit à la plainte de la défenderesse, M^{me} Johnstone, visant son employeur qui a, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU

Christine Mohr et *Susan Keenan* pour le demandeur.
Andrew Raven et *Andrew Astritis* pour la défenderesse, Fiona Ann Johnstone.
Ikram Warsame et *Daniel Poulin* pour la défenderesse, la Commission canadienne des droits de la personne.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse Fiona Ann Johnstone.

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

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la défenderesse, la Commission canadienne des droits de la personne.

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

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

[1] MANDAMIN J.: This is an application for judicial review of the Canadian Human Rights Tribunal August 6, 2010 decision [*Johnstone v. Canada Border Service Agency*, 2010 CHRT 20] allowing Ms. Fiona Johnstone's complaint of human rights discrimination, because of family status, by the employer.

[1] LE JUGE MANDAMIN : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire de la décision, en date du 6 août 2010 [*Johnstone v. Agence des services frontaliers du Canada*, 2010 TC DP 20], par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a fait droit à la plainte de M^{me} Fiona Johnstone visant son employeur qui avait, à ses dires, agi de façon discriminatoire envers elle en raison de sa situation de famille.

[2] Ms. Johnstone filed her complaint under the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act [or CHRA]) which prohibit discrimination on the basis of family status in matters relating to employment. She contended that her employer, the Canada Border Services Agency (CBSA), engaged in a discriminatory employment practice with respect to family status, specifically, in relation to her parental childcare obligations.

[2] M^{me} Johnstone avait déposé sa plainte en vertu des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi [ou LCDP]), qui interdit la discrimination en matière d'emploi sur le fondement de la situation de famille. Elle affirmait que son employeur, l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), avait usé en cours d'emploi de pratiques discriminatoires relativement à sa situation de famille en rapport avec ses obligations liées à la garde de ses enfants.

[3] Ms. Johnstone had been working as a border services officer on rotating shifts. She requested full-time employment working fixed day shifts that would allow her to arrange childcare for her young children. CBSA policy limited fixed day shifts as requested by Ms. Johnstone to part-time employment. Consequently, Ms. Johnstone was not eligible for benefits available to full-time CBSA employees.

[3] M^{me} Johnstone travaillait comme agente des services frontaliers selon un horaire de quarts de travail rotatifs. Elle avait demandé qu'on lui accorde des quarts de travail fixes à temps plein, ce qui lui aurait permis d'obtenir des services de garde pour ses jeunes enfants. Une politique de l'ASFC prévoit que seules les personnes qui travaillaient à temps partiel peuvent obtenir des quarts de travail fixes comme ceux que demandait M^{me} Johnstone. En conséquence, M^{me} Johnstone n'avait pas droit aux avantages auxquels étaient admissibles les employés à temps plein de l'ASFC.

[4] The Tribunal found Ms. Johnstone had proven *prima facie* employment discrimination on the basis of family status contrary to the Act and decided the CBSA had not proven hardship for the employer necessary to exempt the CBSA from its obligation to accommodate for family status.

[4] Le Tribunal a conclu que M^{me} Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination en matière d'emploi en contravention de la Loi et a décidé que l'ASFC n'avait pas démontré qu'elle subirait des contraintes telles qu'il soit justifié de la dispenser de son obligation de prendre des mesures d'accommodement pour tenir compte de la situation de famille de M^{me} Johnstone.

[5] The applicant contests whether the term “family status” in the Act includes parental childcare obligations. It submits childcare is not included in the term “family status”. The applicant also challenges the Tribunal’s legal test for finding *prima facie* discrimination based on family status. Finally, the applicant contests several remedial orders of the Tribunal.

[6] On the central questions, I conclude the Tribunal reasonably found parental childcare obligations comes within the scope and meaning of “family status” in the Act. I also conclude the Tribunal applied the proper legal test for its finding of *prima facie* discrimination on the basis of family status. Finally, I am satisfied the Tribunal finding that the CBSA discriminated against Ms. Johnstone on the basis of family status to be reasonable having regard to the evidence before the Tribunal.

[7] On the question of remedies, while I conclude the Tribunal did not err generally, I find the Tribunal erred in part by failing to justify the compensation award for the period when Ms. Johnstone elected unpaid leave to accompany her spouse on relocation to Ottawa.

[8] My reasons are set out following.

Background

[9] Ms. Johnstone began working as a part-time customs inspector in the Passenger Operations District of the CBSA at Pearson International Airport (Pearson) in April 1998. After five months her position, now described as a border services officer, was converted to full-time. Her employment became indeterminate in 2001.

[10] In January 2003, following the birth of her first child, Ms. Johnstone requested accommodation. Specifically, she requested she continue in full-time

[5] Le demandeur nie que l’expression « situation de famille » figurant dans la Loi englobe les obligations liées à la garde d’enfants. À son avis, de telles obligations ne sont pas visées par cette expression. Il s’oppose aussi au critère juridique retenu par le Tribunal pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Enfin, il conteste les diverses ordonnances réparatrices prononcées par le Tribunal.

[6] Sur les questions centrales, j’estime que le Tribunal a conclu de façon raisonnable que les obligations liées à la garde d’enfants font partie du sens et de la portée du concept de « situation de famille » prévu par la Loi. Je conclus également que le Tribunal a appliqué le bon critère juridique pour conclure à l’existence d’une discrimination *prima facie* fondée sur la situation de famille. Enfin, je suis convaincu que la conclusion du Tribunal suivant laquelle l’ASFC avait agi de façon discriminatoire à l’égard de M^{me} Johnstone sur le fondement de sa situation de famille était raisonnable, vu l’ensemble de la preuve dont il disposait.

[7] Sur la question des réparations, bien que je sois d’avis qu’il n’a pas commis d’erreur dans l’ensemble, j’estime que le Tribunal a commis certaines erreurs en ne justifiant pas l’indemnité qu’il a accordée pour la période au cours de laquelle M^{me} Johnstone a choisi de prendre un congé sans solde pour accompagner son époux lors de la réinstallation de celui-ci à Ottawa.

[8] Voici les motifs de ma décision.

Contexte

[9] M^{me} Johnstone a commencé à travailler comme inspectrice des douanes à temps partiel au Service des opérations des passagers à l’Aéroport international Pearson (Pearson) en avril 1998. Après cinq mois, son poste, qui porte maintenant le titre d’agent des services frontaliers, a été converti en poste à temps plein et est devenu un poste à durée indéterminée en 2001.

[10] En janvier 2003, à la suite de la naissance de son premier enfant, M^{me} Johnstone a demandé des mesures d’accommodement. Elle a plus précisément demandé de

employment with a fixed daytime shift schedule that coincided with childcare available to her. She renewed this request in December 2005 after the birth of her second child.

The Work Environment

[11] The CBSA was created on December 12, 2003 and took over the customs functions that had been responsibility of the Canada Customs and Revenue Agency, the ports of entry of inland immigration that had been handled by the Department of Citizenship and Immigration, and the entry inspections of food, plants and animals previously performed by the Canadian Food Inspection Agency.

[12] The CBSA Greater Toronto Area (GTA) region has three main operational districts: Passenger Operations, Commercial Operations and Greater Toronto Enforcement Centre (GTEC). Only Passenger Operations and Commercial Operations employ border services officers.

[13] Commercial Operations is responsible for processing cargo from commercial aircraft and for suffrance warehouses that are facilities for landing, storage, safekeeping, transfer, examination, delivery and forwarding of imported goods before release. The bulk of this work is done at Pearson on the other side of the airfield from the passenger terminals.

[14] Gateway was previously a separate district within the CBSA's GTA region. It was merged into the Commercial Operations district around 2005/2006. Border services officers at Gateway sort and examine mail, documents and parcels coming into Canada.

[15] In 2004 Passenger Operations was responsible for processing passengers in Pearson Terminals 1, 2 and 3 as well as at the East Hold where small aircraft arrive. All passengers were met and taken by bus to Terminal 2 for processing. In 2005 passengers arriving on private

continuer à travailler à temps plein selon un horaire de quarts de travail fixes de jour qui coïncidait avec les services de garde qu'elle pouvait obtenir pour son enfant. Elle a renouvelé sa demande en décembre 2005 après la naissance de son second enfant.

Le milieu de travail

[11] Créée le 12 décembre 2003, l'ASFC a pris à sa charge les responsabilités douanières de l'Agence des douanes et du revenu du Canada de même que la composante des points d'entrée d'immigration, dont s'occupait jusqu'alors le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, et le volet relatif à l'inspection des aliments, des plantes et des animaux qui relevait auparavant de l'Agence canadienne de l'inspection des aliments.

[12] La région du Grand Toronto de l'ASFC possède trois principaux districts opérationnels : les Opérations des passagers, les Opérations commerciales et le Centre d'exécution de la loi du Grand Toronto (le CELGT). Seules les Opérations des passagers et les Opérations commerciales emploient des agents des services frontaliers.

[13] Les Opérations commerciales sont chargées du fret d'avions commerciaux et des entrepôts d'attente, qui sont des installations servant au débarquement, à l'entreposage, à la mise en lieu sûr, au transfert, à l'inspection, à la livraison et à l'expédition des biens importés avant que l'ASFC n'en autorise la sortie. La majeure partie du travail est effectuée à Pearson, de l'autre côté des pistes par rapport aux terminaux.

[14] Gateway était un district distinct dans la région du Grand Toronto de l'ASFC. Les Opérations de Gateway ont été fusionnées au district des Opérations commerciales vers 2005 ou 2006. Les agents des services frontaliers de Gateway trient et inspectent le courrier, les documents et les colis qui arrivent au Canada.

[15] En 2004, les Opérations des passagers étaient chargées de l'inspection des passagers aux Terminaux 1, 2 et 3 de l'aéroport Pearson ainsi qu'à East Hold, où atterrissent de petits avions. Tous les passagers des vols en question étaient transportés par autobus jusqu'au

jets (fixed base operators) who had been processed through Passenger Operations were transferred to Commercial Operations. In January 2007, Terminal 2 was closed down and CBSA operations in that Terminal were shifted to Terminal 1. Currently, Air Canada's U.S. and international flights operate through Terminal 1 and most other airlines operate through Terminal 3.

[16] The border services officers perform work at Passenger Operations, Commercial Operations and Gateway. One universal job description applies for all border services officers and all positions are classified similarly.

[17] Mr. Norm Sheridan has been District Director of Passenger Operations since 1999. In 2004 he had three chiefs, one at each terminal, reporting to him. Ms. Rhonda Ruby was the Passenger Operation Chief at Terminal 1. Each chief had between nine to thirteen superintendents reporting to them. The superintendents were responsible for day-to-day management in their terminals and for supervising the border services officers in their crews.

[18] On February 12, 2007, the CBSA management structure expanded to ten chiefs within Passenger Operations. Superintendents continued in the same job description. The superintendents prepare the border services officers' shift schedules. Two superintendents specifically manage accommodation requests by employees asking for relief from the shift schedules.

[19] Pearson is Canada's busiest airport. Passenger Operations screens and processes travellers seeking entry to Canada 24 hours a day, 7 days a week. In order to meet operational requirements at Pearson, border services officers in Passenger Operations work rotating and variable shifts under an agreement established with the local union in 1987, titled the Variable Shift Scheduling Agreement (VSSA).

Terminal 2 pour inspection. En 2005, les passagers arrivant par jet privé (exploitants de services aéronautiques à l'aéroport) qui avaient été traités aux Opérations des passagers ont été transférés aux Opérations commerciales. En janvier 2007, le Terminal 2 a été fermé et les opérations de l'ASFC à ce terminal ont été absorbées par le Terminal 1. Présentement, les vols vers les États-Unis et les vols internationaux d'Air Canada relèvent du Terminal 1 et la majorité des autres compagnies aériennes sont au Terminal 3.

[16] Les agents des services frontaliers travaillent aux Opérations des passagers, aux Opérations commerciales et à Gateway. Les attributions des agents des services frontaliers sont définies dans une description de travail universelle et tous les employés ont la même classification.

[17] M. Norm Sheridan est directeur des Opérations des passagers depuis 1999. En 2004, il avait trois chefs (un chef par terminal) sous sa direction. L'un des trois chefs en question était M^{me} Rhonda Ruby, chef des Opérations des passagers au Terminal 1. Chaque chef avait entre neuf et treize surintendants qui étaient chargés de la gestion quotidienne des terminaux et de la supervision des agents des Services frontaliers au sein de son équipe.

[18] Le 12 février 2007, la structure de gestion de l'ASFC a été élargie. Les Opérations des passagers comptent maintenant dix chefs. Les surintendants ont toujours la même description de travail. Les surintendants s'occupent des horaires de travail des agents des services frontaliers et deux surintendants gèrent toutes les demandes d'accommodement présentées par des employés demandant à être exemptés de l'horaire établi.

[19] Pearson est l'aéroport le plus achalandé du Canada. Les Opérations des passagers contrôlent et inspectent 24 heures par jour, 7 jours par semaine les voyageurs cherchant à entrer au Canada. Pour répondre aux besoins opérationnels de Pearson, les agents des services frontaliers des Opérations des passagers effectuent des quarts de travail par rotation aux termes d'une entente conclue en 1987 avec le syndical local, l'Entente sur les postes à horaires variables (EPHV).

[20] All full-time border services officers at Pearson work a 56-day schedule period with hours of work patterned on 5 days on, 3 days off with each working shift of 8.57 hours less a 30 minute meal break.

Childcare Availability

[21] Ms. Johnstone testified she intended to make her work as a border services officer her career. She worked full-time as a border services officer on rotating shifts under the VSSA schedule.

[22] Ms. Johnstone gave birth to her first child in January 2003 and took a year of maternity leave. Her second child was born in 2005. Ms. Johnstone has been the primary parent caring for their children. She could not arrange childcare which would allow her to return to full-time shift work as a border services officer at Pearson.

[23] Her husband, Mr. Jason Noble, also worked a rotating shift schedule in his position as a customs superintendent at the Pearson Passenger Operations District. His shift hours as a supervisor were more onerous than Ms. Johnstone's. Their work schedules overlapped 60 percent of the time but were not coordinated. As a result, Ms. Johnstone's spouse could not take over or fill in the family childcare on a reliable basis.

[24] After the birth of her first child, Ms. Johnstone had been able to arrange childcare with family members. Her family members could provide childcare for the 3 days a week for fluctuating hours, including overnight.

Request for Accommodation

[25] Ms. Johnstone wanted to maintain her full-time employment status in order to access opportunities for training and advancement, pension, and other benefits available for full-time employees. Her concern was that she would lose both benefits and pension with long

[20] Tous les agents des services frontaliers à temps plein de Pearson effectuent un horaire de 56 jours qui prévoit 5 jours de travail, 3 jours de congé, et chaque quart de travail compte 8,57 heures moins 30 minutes pour la pause-repas.

Accès aux services de garde pour enfants

[21] M^{me} Johnstone a expliqué qu'elle souhaitait faire une carrière à vie comme agente des services frontaliers. Elle travaillait à temps plein par quarts de travail rotatifs conformément à l'EPHV.

[22] M^{me} Johnstone a donné naissance à son premier enfant en janvier 2003 et elle a pris un congé de maternité d'un an. Son second enfant est né en 2005. M^{me} Johnstone était le parent qui s'occupait principalement des soins de ses enfants. Elle n'avait pas réussi à obtenir des services de garde qui lui auraient permis de reprendre ses quarts de travail à temps plein comme agente des services frontaliers à Pearson.

[23] Son mari, M. Jason Noble, travaillait aussi selon un horaire de quarts de travail rotatifs comme superviseur des douanes aux Opérations des passagers à Pearson. Les exigences de ses quarts de travail étaient plus lourdes que celles de M^{me} Johnstone. Leurs horaires se chevauchaient généralement 60 p. 100 du temps, mais n'étaient pas coordonnés. Par conséquent, le conjoint de M^{me} Johnstone ne pouvait prendre la relève de M^{me} Johnstone ou s'occuper de façon régulière des enfants.

[24] Après la naissance de son premier enfant, M^{me} Johnstone avait réussi à se tourner vers des membres de sa famille pour obtenir de l'aide pour la garde de son enfant. Ils pouvaient s'occuper de son enfant trois jours par semaine à des heures variables, même la nuit.

Demande de mesures d'accommodement

[25] M^{me} Johnstone souhaitait conserver son statut d'employée à temps plein pour conserver ses possibilités de formation et d'avancement et ne pas nuire à sa pension et aux autres avantages sociaux dont bénéficient les employés à temps plein. Elle craignait de perdre certains

term consequences to her promotional opportunities and future retirement.

[26] Ms. Johnstone requested that she work full-time in static shifts over three days. She did not specify starting times or returning to the same duties she had performed. Full-time employment necessitated working a minimum of 37.5 hours per week.

[27] Ms. Johnstone contacted CBSA Management prior to her return to work in January 2004, asking to work full-time over three days with 13-hour shifts fixed per week. The 39-hour week could constitute full-time employment. Ms. Johnstone approached Ms. Raby, the Terminal 1 Chief through her husband. Ms. Raby denied the request and instead offered Ms. Johnstone part-time work on a fixed schedule.

[28] Ms. Raby offered Ms. Johnstone a maximum of 10 hours a day for 3 days plus a further 4 hour shift on a fourth day for a total of 34 hours a week. While starting times might vary, the shifts would be on the same days of the week. The 34-hour week would constitute part-time employment. Ms. Raby had made it clear to Ms. Johnstone that CBSA policy, albeit unwritten, is that in order to get static shifts, the maximum hours of work allowed was 34 hours a week.

[29] Ms. Johnstone accepted the three 10-hour days but not the additional 4 hours because it would not achieve the full-time employment Ms. Johnstone wanted and the childcare expense for the fourth half-day negated the extra 4 hours of wages.

avantages liés à sa pension et des avantages sociaux dont les conséquences à long terme auraient nui à ses futures possibilités de promotion et à sa retraite.

[26] M^{me} Johnstone a expliqué qu'elle souhaitait retourner au travail à temps plein, mais qu'elle souhaitait le faire en fonction de quarts de travail fixes de trois jours. Elle n'a pas précisé d'heure de début pour ces trois jours et n'a pas insisté pour revenir aux tâches qu'elle effectuait antérieurement. Pour travailler à temps plein, il lui fallait travailler au moins 37,5 heures par semaine.

[27] M^{me} Johnstone a communiqué avec la Direction de l'ASFC avant de retourner au travail en janvier 2004 pour demander de travailler à temps plein selon un horaire de travail de 3 jours avec des quarts de travail de 13 heures fixes par semaine. Cet horaire de travail de 39 heures par semaine constituerait un emploi à temps plein. M^{me} Johnstone s'est adressée à M^{me} Raby, la chef du Terminal 1, par l'entremise de son mari. M^{me} Raby a refusé sa demande et a plutôt offert à M^{me} Johnstone un emploi à temps partiel à horaire fixe.

[28] M^{me} Raby a offert à M^{me} Johnstone de travailler un maximum de 10 heures par jour, 3 jours par semaine, en plus d'un quart de travail de 4 heures lors d'une quatrième journée pour un total de 34 heures par semaine. Les heures de début pouvaient varier, mais les quarts de travail seraient pendant les mêmes jours de la semaine, chaque semaine. Cette semaine de 34 heures constituerait un emploi à temps partiel. M^{me} Raby a bien précisé à M^{me} Johnstone que la politique de l'ASFC s'appliquerait même s'il s'agissait d'une politique non écrite et que pour obtenir des quarts de travail fixes, le maximum d'heures qu'elle pouvait effectuer dans une semaine était de 34 heures.

[29] M^{me} Johnstone a accepté la proposition de travailler 3 jours de 10 heures, mais non les 4 heures de plus parce que, comme elle ne pouvait pas travailler à temps plein de toute façon, elle ne souhaitait pas avoir à payer pour un service de garde pour la courte quatrième journée, d'autant plus que le coût des services de garde annulerait tout avantage qu'elle aurait à gagner un salaire pour 4 heures de plus.

[30] Shortly after returning to work, Ms. Johnstone asked if she could remain on full-time status and characterize the hours not worked as leave without pay which would mean her income would still be pensionable. This request was denied. She asked if she could top up the difference to keep the equivalent of full-time pension benefits but this was also denied.

[31] After her second child was born, she asked in December 2005 to be allowed to work full-time hours over three days but was again refused. Ms. Johnstone then further reduced her hours of part-time work after the birth of her second child from the 30 hours of work she had been working.

Human Rights Complaint

[32] Ms. Johnstone filed her human rights complaint on April 23, 2004. She claimed the CBSA has engaged in a discriminatory practice on the ground of family status in an employment matter. Her complaint was brought pursuant to paragraphs 7(b) and 10(a) and (b) of the Act.

History of Proceedings

[33] After Ms. Johnstone filed her human rights complaint, the Canadian Human Rights Commission (the Commission) appointed an Investigator. The Investigator found that the CBSA differentiated between employees seeking relief from rotating shift schedules for medical reasons and those seeking the same relief for reasons of childcare. For employees of the first class, the CBSA allowed full-time work on fixed shifts, but required the latter to work fixed shifts part-time.

[34] The Investigator also found the evidence for operational concerns was an impressionistic assumption and concluded the CBSA failed to provide a justification

[30] Peu de temps après être retournée au travail, M^{me} Johnstone a demandé à son employeur si elle pouvait garder son statut d'employée à temps plein et faire qualifier les heures manquantes de congé sans solde de sorte que son revenu lui ouvrirait quand même droit à pension. Sa demande a été refusée. Elle a demandé si elle pouvait combler la différence pour conserver l'équivalent du droit à pension à temps plein, mais cette demande lui a également été refusée.

[31] Après la naissance de son second enfant, M^{me} Johnstone a demandé en décembre 2005 de pouvoir travailler à temps plein sur 3 jours, mais sa demande a de nouveau été refusée. M^{me} Johnstone a par la suite travaillé moins de 30 heures par semaine après la naissance de son deuxième enfant.

Plainte en matière de droits de la personne

[32] M^{me} Johnstone a déposé sa plainte le 23 avril 2004. Elle affirmait que l'ASFC avait usé en cours d'emploi de pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille. Sa plainte était fondée sur les alinéas 7b) et 10a) et b) de la Loi.

Historique de l'instance

[33] Après que M^{me} Johnstone eut déposé sa plainte, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a nommé une enquêteuse. Cette dernière a conclu que l'ASFC usait de traitements différents entre les employés qui demandaient à être exemptés de l'horaire de quarts de travail rotatifs pour des raisons médicales et ceux qui demandaient la même exemption pour des raisons parentales. Dans le cas des employés de la première catégorie, l'ASFC permettait à ses employés de continuer à travailler à temps plein selon des horaires de travail fixes alors que dans le dernier cas elle les obligeait à travailler à temps partiel selon des horaires fixes.

[34] L'enquêteuse a également conclu que la preuve présentée au sujet des préoccupations opérationnelles était une présomption issue d'impressions et que l'ASFC

for this policy. The Investigator recommended the Commission refer the complaint to the Tribunal.

The Commission

[35] On receipt of the Investigator's report and recommendation, the Commission invited submissions from Ms. Johnstone and the CBSA. The Commission decided, at this screening stage, to dismiss Ms. Johnstone's complaint. Its reasons were:

a. The CBSA accommodated Ms. Johnstone's request for a fixed shift to meet her childcare obligations;

b. Ms. Johnstone accepted the part-time scheduling arrangement and did not request full-time hours; and

c. It was not satisfied the effect of the CBSA policy, which permits employees to be relieved of rotating shifts for 37.5 hours, constituted a serious interference with Ms. Johnstone's duty as a parent or that it constituted discrimination on the basis of family status.

[36] Ms. Johnstone applied for judicial review of the Commission's decision in the Federal Court.

[37] In *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 36, 306 F.T.R. 271 (*Johnstone F.C.*), Justice Barnes allowed Ms. Johnstone's application and returned the matter back to the Commission for redetermination. The Federal Court of Appeal dismissed the Attorney General's appeal of the Federal Court judicial review. *Johnstone v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 101, 377 N.R. 235 (*Johnstone F.C.A.*).

[38] Ms. Johnstone's human rights complaint subsequently proceeded to a hearing before the Tribunal.

n'avait pas fourni de justification pour cette politique. L'enquêteuse a recommandé que la Commission renvoie la plainte au Tribunal.

La Commission

[35] Sur réception du rapport et de la recommandation de l'enquêteuse, la Commission a invité M^{me} Johnstone et l'ASFC à lui présenter leurs observations. La Commission a décidé, à l'étape de l'examen préalable, de rejeter la plainte de M^{me} Johnstone. Voici les motifs de sa décision :

a. L'ASFC avait pris des mesures d'accommodement en tenant compte de la demande de quarts de travail fixes de M^{me} Johnstone pour permettre à celle-ci de s'acquitter de ses obligations liées à la garde de ses enfants;

b. M^{me} Johnstone avait accepté l'entente d'horaire de travail à temps partiel et n'avait pas demandé un horaire à temps plein;

c. La Commission n'était pas convaincue que la politique de l'ASFC qui permet aux employés de demander d'être exemptés des quarts de travail rotatifs de 37,5 heures constituait une atteinte grave à une obligation parentale de M^{me} Johnstone ou une discrimination fondée sur la situation de famille.

[36] M^{me} Johnstone a saisi la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la Commission.

[37] Dans la décision *Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 36 (*Johnstone C.F.*), le juge Barnes a fait droit à la demande de M^{me} Johnstone et a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par le procureur général de la décision rendue par la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire (*Johnstone c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 101 (*Johnstone C.A.F.*)).

[38] Le Tribunal a par la suite procédé à l'examen de la plainte de M^{me} Johnstone.

The Tribunal

[39] Both the applicant and the respondent presented their evidence and expert evidence in a full hearing by the Tribunal. Ms. Johnstone testified and called three witnesses, Mr. Murray Star, another CBSA employee, and two expert witnesses, Dr. Linda Duxbury and Ms. Martha Friendly. The respondent called Mr. Sheridan, the District Director of Passenger Operations, Ms. Raby, the Terminal 1 Chief, and one expert witness, Dr. Moore-Ede.

[40] On August 6, 2010, the Tribunal rendered its decision, allowing Ms. Johnstone's complaint of discrimination based on family status.

[41] The Attorney General now applies for judicial review of the Tribunal's decision.

Other Matters

[42] At the time of the Tribunal hearing Ms. Johnstone was on unpaid Care & Nurturing Leave covered by the VSSA. Before that, when her husband was transferred to Ottawa as a trainer, she went on a one year Relocation of Spouse Leave without pay. Ms. Johnstone's intention was to return to full-time work when her children reached school age.

Decision under Review

[43] The Tribunal allowed Ms. Johnstone's human rights complaint on August 6, 2010. It described Ms. Johnstone's complaint as [at paragraph 2]:

The Complainant (Ms. Johnstone) alleges that the Respondent (CBSA) has engaged in a discriminatory practice on the ground of family status in a matter related to employment. The relevant prohibited ground of "family status" is enumerated in Section 3(1) of the *Act*.

Le Tribunal

[39] Le demandeur et la défenderesse ont présenté leur preuve et le témoignage de leurs experts au cours d'une audience en bonne et due forme qui s'est déroulée devant le Tribunal. M^{me} Johnstone a témoigné et a fait venir à la barre trois témoins, M. Murray Star, un autre employé de l'ASFC, et deux témoins experts, M^{me} Linda Duxbury et M^{me} Martha Friendly. Le défendeur a fait témoigner M. Sheridan, directeur régional des Opérations des passagers et M^{me} Raby, chef du Terminal 1 ainsi qu'un témoin expert, M. Moore-Ede.

[40] Le 6 août 2010, le Tribunal a rendu une décision par laquelle il a fait droit à la plainte de discrimination fondée sur la situation de famille présentée par M^{me} Johnstone.

[41] Le procureur général a saisi la Cour d'une demande de contrôle judiciaire de cette décision.

Autres questions

[42] Au moment de l'audience du Tribunal, M^{me} Johnstone était en congé sans solde pour les soins et l'éducation d'un enfant conformément à l'EPHV. Auparavant, elle avait été en congé sans solde d'un an pour réinstallation du conjoint, muté à Ottawa comme formateur. M^{me} Johnstone avait l'intention de retourner au travail à temps plein dès que ses enfants auraient atteint l'âge scolaire.

Décision à l'examen

[43] Le Tribunal a fait droit à la plainte de M^{me} Johnstone le 6 août 2010. Voici comment il décrit la plainte de M^{me} Johnstone [au paragraphe 2] :

La plaignante (M^{me} Johnstone) soutient que l'intimée (l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC)) a usé de pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille en cours d'emploi. Le paragraphe 3(1) de la LCDP établit la « situation de famille » comme motif de distinction illicite.

[44] The Tribunal described the practices Ms. Johnstone complained of as a failure to accommodate by the employer and adverse differential treatment based on family status relating to the raising of two children. It noted, pursuant to *Moore v. Canada Post Corporation*, 2007 CHRT 31 (*Moore*), at paragraph 86, “failure to accommodate” is not a discriminatory practice under the Act, as “[t]here is no free-standing right to accommodation under the *CHRA*.” The Tribunal proceeded on adverse differential treatment based on family status relating to the raising of two children. The Tribunal identified the relevant time for the complaint as beginning April 23, 2004 to present times.

[45] After describing the CBSA structure and operations, the Tribunal reviewed the history of the CBSA and its predecessors on the issue of family status relating to employment. The Tribunal considered this history helpful as a framework to the present complaint.

[46] The Tribunal took specific note of the 1993 Tribunal decision, *Brown v. Canada (Department of National Revenue, Customs & Excise)*, 1993 CanLII 683 (*Brown*), which involved the CBSA’s predecessor, the National Revenue Agency – Customs and Excise. That case also involved a CBSA employee who was a customs inspector who asked to work day shift after her child was born.

[47] In *Brown* the Tribunal set out the requirements for establishing a *prima facie* case of discrimination based on family status. The Tribunal observed that *Brown* found parents are under an obligation to seek accommodation from their employer in order that they may meet their duties and obligations within the family.

[48] The Tribunal in *Johnstone* noted that the respondent was ordered [at paragraph 57] “to prevent similar

[44] Le Tribunal a expliqué que les pratiques que M^{me} Johnstone reprochait à l’ASFC dans sa plainte était son défaut de prendre des mesures d’adaptation ainsi que la différence préjudiciable de traitement fondée sur la situation de famille, c’est-à-dire en l’espèce le fait d’élever deux enfants. Il a fait observer que, selon la décision *Moore c. Société canadienne des postes*, 2007 TCDP 31 (*Moore*), au paragraphe 86, « le défaut de prendre une mesure d’adaptation » n’est pas une pratique discriminatoire au sens de la LCDP et la LCDP ne prévoit pas de « droit d’adaptation distinct ». Le Tribunal a poursuivi en examinant la différence préjudiciable de traitement fondé sur la situation de famille dans le fait d’élever deux enfants et a expliqué que la plainte portait sur la période commençant le 23 avril 2004 jusqu’à maintenant.

[45] Après avoir exposé la structure et le mode de fonctionnement de l’ASFC, le Tribunal a relaté les antécédents de l’ASFC et de ses prédécesseurs en ce qui concerne le concept de « situation de famille » dans le contexte du travail. Le Tribunal a considéré que ce survol historique était utile comme cadre de référence de la présente plainte.

[46] Le Tribunal a notamment signalé une décision rendue en 1993 par le Tribunal, *Brown c. Canada (Ministère du Revenu national, Douanes et Accise)*, 1993 CanLII 683 (*Brown*), qui concernait la prédécesseure de l’ASFC, l’Agence du Revenu national – Douanes et Accise. Cette affaire concernait aussi une agente des douanes employée de l’ASFC qui avait demandé à travailler durant le quart de jour après la naissance de son enfant.

[47] Dans la décision *Brown*, le Tribunal a formulé les critères permettant d’établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur le motif de la situation de famille. Le Tribunal a fait observer que, dans la décision *Brown*, il avait été statué que les parents ont l’obligation de demander à l’employeur des mesures d’adaptation afin qu’ils puissent remplir leurs obligations envers l’employeur ainsi que leurs devoirs et obligations au sein de leur famille.

[48] Dans la décision *Johnstone*, le Tribunal a signalé que l’employeur avait reçu l’ordre [au paragraphe 57]

events from reoccurring through recognition and policies that would acknowledge family status to be interpreted as involving ‘a parent’s rights and duty to strike a balance (between work obligations and child rearing) coupled with a clear duty on the part of any employer to facilitate and accommodate that balance’”.

[49] The Tribunal concluded that these recommendations were not implemented, as witnesses from both parties testified that there has never been full implementation of the orders in *Brown*.

The Evidence

[50] The Tribunal accepted Ms. Johnstone’s evidence that she could no longer work the VSSA schedule when she became a mother. Ordinary daycare hours were limited to 7 a.m. to 6 p.m. Monday to Friday. Unlicensed daycare and private daycare would not provide daycare for unpredictable and fluctuating hours and not on weekends or overnight. Ms. Johnstone’s family members could provide daycare for three days a week including overnight.

[51] Ms. Johnstone gave evidence that she requested full-time work with 13-hour days on Fridays, Saturdays and Mondays. She testified she was told she could only work part-time for a maximum of 34 hours at 10 hours a day over 3 days with an additional 4 hours on the fourth day. She also testified she asked whether she could remain on full-time status with the hours not worked as leave without pay or top up the difference to keep the equivalent about full-time status but she was refused. A live-in nanny was not a financially feasible option for Ms. Johnstone because of the expense and the requirement to move into a larger house to accommodate a live-in adult nanny.

« d’éviter que des situations semblables se reproduisent, en établissant des politiques et en reconnaissant que la situation de famille doit être interprétée comme comprenant “le droit et l’obligation du parent de chercher à atteindre cet équilibre [entre les obligations du travail et celles de la famille] ainsi que l’obligation manifeste pour l’employeur d’aider le parent à cet égard” ».

[49] Le Tribunal a conclu que ces recommandations n’avaient jamais été appliquées, comme l’ont confirmé les témoins des deux parties, qui ont expliqué qu’il n’y a jamais eu une application complète des ordonnances formulées dans la décision *Brown*.

La preuve

[50] Le Tribunal a accepté le témoignage de M^{me} Johnstone suivant lequel, lorsqu’elle est devenue mère, elle ne pouvait plus suivre l’horaire de l’EPHV. Les heures normales de garderie étaient de 7 h à 18 h, du lundi au vendredi. Les garderies non enregistrées ou les garderies privées n’offrent pas de services de garde de façon imprévisible et variable, n’en offrent généralement pas la fin de semaine et n’en offrent pas la nuit. Des membres de la famille de M^{me} Johnstone lui ont offert de garder ses enfants trois jours par semaine, y compris pendant la nuit.

[51] M^{me} Johnstone a expliqué qu’elle avait demandé de pouvoir travailler 13 heures par jour le vendredi, le samedi et le lundi. Elle a expliqué qu’on lui avait dit qu’on ne pouvait lui offrir qu’un travail à temps partiel d’un maximum de 34 heures par semaine à raison de 10 heures par jour [sur une période de 3 jours], plus 4 heures le quatrième jour. Elle a également expliqué qu’elle s’était informée pour savoir si elle pouvait garder son statut d’employée à temps plein et faire qualifier les heures manquantes de congé sans solde et combler la différence afin de lui permettre de garder l’équivalent de son droit à pension à temps plein, mais que cette demande lui avait été refusée. L’option d’embaucher une gouvernante n’était pas réaliste en raison du coût et de l’obligation qu’elle et sa famille auraient de déménager dans une maison qui pouvait accommoder un adulte de plus.

[52] The Tribunal accepted that had Ms. Johnstone been allowed to work full-time over the three days she requested, she would have found a way to handle her childcare responsibilities.

[53] The Tribunal heard testimony from Murray Star who worked variable shifts with the CBSA. Mr. Star had obtained accommodation on religious grounds and was not required to work on the Sabbath and other holy days of religious observance.

[54] The Tribunal considered the evidence of Ms. Johnstone's witness, Dr. Duxbury, who was accepted as an expert in human resources management including labour force demographics, managing change, and the impact of work-life balance issues on workers. Dr. Duxbury's report related to accommodation needs of workers with childcare responsibilities and the impact of employers' responses to accommodating those needs.

[55] The Tribunal also considered the evidence of Ms. Friendly, the Executive Director of Toronto's Childcare Resource and Research Unit, who filed a report on the extent childcare was accessible for parents working non-standard, rotating, unpredictable hours. The Tribunal accepted her as an expert on childcare policy in Canada. The Tribunal accepted as reliable Ms. Friendly's conclusions on the difficulties faced by parents finding third-party childcare when working in workplaces that require rotational fluctuating shifts. The Tribunal found that Ms. Friendly's evidence supported Ms. Johnstone in that the type of childcare she needed was not easily available, if at all. The Tribunal also accepted there were relatively few workers who required such childcare assistance.

[52] Le Tribunal a accepté que, si on lui avait permis de travailler à temps plein les trois jours demandés, M^{me} Johnstone aurait trouvé un moyen de s'acquitter de ses obligations liées à la garde de ses enfants.

[53] Le Tribunal a entendu le témoignage de M. Murray Star, qui faisait des quarts de travail variables à l'ASFC. M. Star avait obtenu des mesures d'adaptation pour motifs religieux et était dispensé de travailler le jour du sabbat et lors des Grandes Fêtes juives.

[54] Le Tribunal a examiné la preuve présentée par le témoin de M^{me} Johnstone, M^{me} Duxbury, dont la qualité d'experte a été reconnue en gestion stratégique des ressources humaines, notamment au regard du profil démographique de la main-d'œuvre, de la gestion du changement et des répercussions de l'équilibre travail/vie personnelle sur les employés. Le rapport de M^{me} Duxbury portait sur les besoins d'accommodement des employés qui ont des responsabilités en matière de garde d'enfants ainsi que sur la nature et les répercussions de toute réponse de l'employeur quant aux mesures d'adaptation prises pour répondre à ces besoins.

[55] Le Tribunal a également examiné la preuve présentée par M^{me} Friendly, directrice exécutive de la Childcare Resource and Research Unit de Toronto, qui a soumis un rapport au sujet de l'accessibilité des services de garde pour des parents qui travaillent pendant des heures hors normes, rotatives et imprévisibles. Le Tribunal a reconnu sa qualité d'experte en politiques en matière de services de garde au Canada. Le Tribunal a qualifié de fiables les conclusions tirées par M^{me} Friendly au sujet des difficultés auxquelles les parents qui cherchent des services de garde sont confrontés et dont l'emploi nécessite du travail par quarts rotatifs et changeants. Le Tribunal a conclu que le témoignage de M^{me} Friendly confirmait le point de vue de M^{me} Johnstone selon lequel le type de service de garde dont elle avait besoin n'était pas facile à trouver, voire inexistant, et qu'il y a relativement peu d'employés qui avaient des besoins de services de garde de ce genre.

Prima Facie Case

[56] The Tribunal considered whether or not Ms. Johnstone had proven a *prima facie* case of discrimination based on family status. It identified the test to establish a *prima facie* case as set out in the Supreme Court of Canada's decision in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpson-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (*O'Malley*), at page 558.

[57] The Tribunal set out a two-step process, the question of a *prima facie* case being first and a *bona fide* occupational requirement (BFOR), being second. The Tribunal stated [at paragraph 197]:

... if the allegations by the Complainant are covered, and if believed, the evidence is complete and sufficient to justify a verdict in Ms. Johnstone's favour, in absence of an answer from the Respondent. If the Tribunal answers in the affirmative to this, then the onus shifts to the Respondent to show that despite the discrimination found it had a Bona Fide Occupational Requirement (BFOR) to engage in it, and that accommodation of those affected would amount to undue hardship for the employer.

[58] The Tribunal noted that the parties disagreed on the definition of family status within the meaning of sections 3, 7, and 10 of the Act. Accordingly, the Tribunal addressed the meaning of family status before addressing whether a *prima facie* case has been made out.

[59] The Tribunal turned to the Supreme Court of Canada in *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667 (*Vaid*) [at paragraph 80], to apply Driedger's [*Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983] modern approach to statutory interpretation: "the words of an Act are to be read ... with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament."

Preuve prima facie

[56] Le Tribunal s'est ensuite demandé si M^{me} Johnstone avait établi ou non une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur sa situation de famille. Il a rappelé que le critère à appliquer pour établir une preuve *prima facie* est celui qui est énoncé dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536 (*O'Malley*), à la page 558.

[57] Le Tribunal a expliqué que la démarche à suivre comportait deux étapes, la première portant sur l'existence d'une preuve *prima facie* et la seconde sur l'existence ou non d'une exigence professionnelle justifiée. Le Tribunal écrit [au paragraphe 197] :

[...] la preuve *prima facie* 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 M^{me} Johnstone, en l'absence de réplique de la partie intimée. Si le Tribunal conclut que la preuve *prima facie* est établie, il incombe alors à la partie intimée de démontrer que, malgré le fait qu'il y a eu discrimination, elle découlait d'exigences professionnelles justifiées et que l'accommodement des personnes affectées imposerait une contrainte excessive à l'employeur.

[58] Le Tribunal a signalé que les parties ne s'entendaient pas sur la définition de l'expression « situation de famille » utilisée aux articles 3, 7 et 10 de la Loi. En conséquence, le Tribunal s'est penché sur la signification du concept de la « situation de famille » avant de se demander si une preuve *prima facie* avait été établie.

[59] Le Tribunal a ensuite cité l'arrêt *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 (*Vaid*) [au paragraphe 80] de la Cour suprême du Canada, pour appliquer la méthode moderne d'interprétation des lois d'Elmer Driedger [*Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983] : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ».

[60] The Tribunal found the inclusion of the phrase [at paragraph 224] “have their needs accommodated” in the Act’s purpose clause has led to a broadening of interpretation. It found that family status should not be limited to identifying one as a parent or a familial relation of another person, but rather include the needs and obligations naturally flowing from that relationship.

[61] The Tribunal looked to the underlying purpose of the Act as providing all individuals a mechanism [at paragraph 231] “to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society...” The Tribunal found the phrase in the Act “lives that they are able and wish to have” to be an acknowledgment that individuals make choices including to have children, and that the Act affords protections against discrimination regarding those choices.

[62] Finally, the Tribunal concluded, at paragraph 233:

This Tribunal finds that the freedom to choose to become a parent is so vital that it should not be constrained by the fear of discriminatory consequences. As a society, Canada should recognize this fundamental freedom and support that choice wherever possible. For the employer, this means assessing situations such as Ms. Johnstone’s on an individual basis and working together with her to create a workable solution that balances her parental obligations with her work opportunities, short of undue hardship.

With that statement, the Tribunal found the enumerated ground of family status in the Act does include parental childcare responsibilities.

[63] The Tribunal then considered the CBSA submission that there is a different and higher threshold for family status discrimination as demonstrated by *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240 D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*). The Tribunal noted the

[60] Le Tribunal a conclu que l’inclusion de l’expression [au paragraphe 224] « la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins » dans la disposition portant sur l’objet de la Loi avait permis d’en élargir l’interprétation. Il s’est dit d’avis que la situation de famille ne devrait pas être limitée à l’identification d’une personne à titre de parent ou par rapport au lien familial avec une autre personne et qu’elle devait comprendre les besoins et les obligations qui découlent naturellement de cette relation.

[61] Le Tribunal s’est penché sur l’objectif sous-jacent de la Loi, rappelant qu’il est de fournir à toute personne un mécanisme garantissant [au paragraphe 231] « le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins [...] ». Le Tribunal a estimé que le fait que le libellé de la Loi mentionnait « l’égalité des chances d’épanouissement » prouvait que la Loi reconnaissait que les individus font des choix, dont celui d’avoir des enfants, et qu’elle les protège contre toute discrimination à l’égard de tels choix.

[62] Enfin, le Tribunal conclut, au paragraphe 233 :

Le Tribunal conclut que la liberté de choisir de devenir père ou mère est si vitale qu’elle ne devrait pas être restreinte par la crainte de subir des conséquences discriminatoires. En tant que société, le Canada devrait reconnaître cette liberté fondamentale et appuyer ce choix autant que possible. Pour l’employeur, cela signifie évaluer les situations telles que celles de M^{me} Johnstone de façon individuelle et travailler avec elle pour créer une solution fonctionnelle qui équilibre ses obligations parentales avec ses occasions d’emploi, sauf contrainte excessive.

Avec cette affirmation, le Tribunal a conclu que les obligations parentales faisaient effectivement partie du motif énuméré de « situation de famille » prévu par la Loi.

[63] Le Tribunal a ensuite abordé l’argument de l’ASFC suivant lequel le critère applicable dans le cas de la discrimination fondée sur la situation de famille est différent et plus exigeant, ainsi qu’il ressort de l’arrêt *Health Sciences Assoc. of B.C. v. Campbell River and North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, 240

Campbell River test was rejected by *Hoyt v. Canadian National Railway*, 2006 CHRT 33, 57 C.H.R.R. D/437 (*Hoyt*) and also *Rajotte v. President of the Canada Border Services Agency et al.*, 2009 PSST 0025 (*Rajotte*).

[64] The Tribunal found confirmation of this position in *Johnstone* F.C. that an individual should not have to tolerate some discrimination before being afforded the protection of the Act.

[65] The Tribunal concluded that Ms. Johnstone had made out a *prima facie* case of discrimination contrary to sections 7 and 10 of the Act. The CBSA had engaged in a discriminatory and arbitrary practice in the course of employment that adversely differentiated Ms. Johnstone on the prohibited ground of family status. More specifically, the Tribunal found that the CBSA established and pursued an unwritten policy communicated to and followed by management that affected Ms. Johnstone's employment opportunities including, but not limited to promotion, training, transfer, and benefits on the prohibited ground of family status.

[66] The Tribunal noted that although the CBSA accommodated those seeking accommodation for medical and religious reasons, and although the CBSA departed from its arbitrary policy in other cases, it had been unyielding in Ms. Johnstone's case.

[67] The Tribunal examined the evidence of Mr. Sheridan, the District Director of Passenger Operations for CBSA at Pearson who gave extensive testimony on Pearson operations. It observed that the level of detail on operations did not really assist in the fundamental questions before the Tribunal.

[68] Mr. Sheridan articulated the CBSA's view that employees with childcare responsibilities do not require accommodation. CBSA does consider accommodation for religious or medical reasons but treats non-medical

D.L.R. (4th) 479 (*Campbell River*). Le Tribunal a signalé que le critère posé dans l'arrêt *Campbell River* avait été écarté dans les décisions *Hoyt c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [2006] TDPC 33 (*Hoyt*), et *Rajotte c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada et al.*, 2009 TDFP 0025 (*Rajotte*).

[64] Le Tribunal a trouvé une confirmation de ce point de vue dans la décision *Johnstone* C.F., rappelant que nul ne devrait avoir à tolérer un certain niveau de discrimination avant de se voir accorder la protection de la Loi.

[65] Le Tribunal a conclu que M^{me} Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination exercée en contravention des articles 7 et 10 de la Loi, parce que l'ASFC avait appliqué des pratiques discriminatoires et arbitraires en cours d'emploi qui constituaient une distinction illicite envers M^{me} Johnstone fondée sur sa situation de famille. Plus précisément, le Tribunal a estimé que l'ASFC avait établi et appliqué une politique non écrite communiquée à la direction et appliquée par la direction qui nuisait aux possibilités d'emploi de M^{me} Johnstone, notamment la promotion, la formation, la mutation et les avantages sociaux, pratiques fondées sur le motif de distinction illicite de la situation de famille.

[66] Le Tribunal a fait observer que, bien que l'ASFC prenne des mesures d'adaptation pour les personnes qui demandent un accommodement pour des raisons médicales et religieuses et bien qu'assez souvent, elle ne respecte pas sa propre politique arbitraire, l'ASFC s'était montrée inflexible dans le cas de M^{me} Johnstone.

[67] Le Tribunal a examiné le témoignage du directeur du district des Opérations des passagers de l'ASFC à Pearson, M. Sheridan, qui avait longuement témoigné au sujet des opérations à Pearson. Le Tribunal a fait observer que le niveau de détail des opérations n'aidait pas vraiment à traiter les questions fondamentales dont le Tribunal était saisi.

[68] M. Sheridan a exposé la position de l'ASFC suivant laquelle les employés qui ont des responsabilités en matière de garde d'enfants n'ont pas besoin de mesures d'accommodement. L'ASFC est disposée à prendre

accommodation requests as “arrangements” outside of any requirement to accommodate. Requests based on family responsibilities for childcare issues were considered the result of a worker’s personal choice for which the employer bears no responsibility.

[69] The Tribunal understood Mr. Sheridan to be saying that, if Ms. Johnstone was accommodated for childcare responsibilities, management would be inundated with such requests, costs would be prohibitive, and it would be destructive to CBSA Pearson operations. The Tribunal noted when asked under cross-examination if there were many requests returning from maternity leave, he replied in the negative.

[70] Mr. Sheridan offered reasons why part-time work offered for static shifts was restricted to 10 hours a day to a maximum of 34 hours. It was to discourage employees from seeking part-time status nearly equivalent to full-time hours just to get around VSSA. Moreover, he said employees would suffer in terms of energy and focus when working longer than 10 hours. The Tribunal noted Mr. Sheridan acknowledged there were part-time employees working more than 10 hours per day. The Tribunal considered this view about loss of employee effectiveness to be merely impressionistic.

[71] The Tribunal also noted medical considerations were dealt with as requiring accommodation and opined the CBSA had found an efficient and individualized way to deal with medical accommodation at Pearson.

des mesures d’adaptation pour des raisons médicales et religieuses, mais considère toutes les demandes non fondées sur des raisons médicales comme des « accommodements » pour lesquels l’employeur n’a aucune responsabilité. Les demandes motivées par des obligations familiales sont considérées comme étant fondées sur des choix personnels pour lesquelles l’employeur n’a aucune obligation d’accommodement.

[69] Le Tribunal avait cru comprendre que M. Sheridan affirmait que, si l’on prenait des mesures d’accommodement pour tenir compte des responsabilités en matière de garde d’enfants de M^{me} Johnstone, la direction aurait été submergée de telles demandes, que les coûts seraient prohibitifs et que cela aurait un effet destructeur sur les opérations de l’ASFC à Pearson. Le Tribunal a fait observer que, lorsqu’en contre-interrogatoire, on lui avait demandé si beaucoup d’employés qui revenaient au travail après un congé de maternité avaient formulé de telles demandes, M. Sheridan avait répondu par la négative.

[70] M. Sheridan a tenté d’expliquer pourquoi l’ASFC tenait à ce que les employés à temps partiel qui effectuaient des quarts de travail fixes ne travaillent pas plus de 10 heures par jour jusqu’à concurrence de 34 heures par semaine. On estimait que cela découragerait les employés de demander à travailler à temps partiel, tout en gardant des heures presque à temps plein, simplement pour éviter l’EPHV. M. Sheridan a exprimé la préoccupation que le rendement des employés risquait de souffrir sur le plan de l’énergie et de la concentration si l’on permettait aux employés de travailler plus de 10 heures. Le Tribunal a signalé que M. Sheridan avait reconnu que certains employés à temps partiel travaillaient plus de 10 heures par jour. Le Tribunal a estimé que l’idée qu’un quart de travail de plus de 10 heures nuise au rendement n’était qu’un point de vue fondé sur des impressions.

[71] Le Tribunal a par ailleurs signalé que les raisons médicales étaient considérées comme justifiant la prise de mesures d’accommodement et il s’est dit d’avis que l’ASFC avait trouvé une façon efficace et individuelle de traiter les demandes d’accommodement pour raisons médicales à Pearson.

[72] The Tribunal summarized the evidence of Ms. Raby who was then the acting Chief of Terminal 1 at Pearson Passenger Operations. She testified that she was not aware of Ms. Johnstone's first request. However, the Tribunal found that in following the CBSA's unwritten policy, Ms. Raby's approach would not have been any different had she known of Ms. Johnstone's earlier request. The Tribunal also took note that Ms. Raby could not recall anyone else asking for full-time work on return from maternity leave.

[73] Finally, the Tribunal looked at the evidence of CBSA's witness, Dr. Moore-Ede, who was qualified as an expert in the study of shift work and extended working hours. His report concluded that between 31 to 52 percent of CBSA workers would seek the same accommodation as Ms. Johnstone. The Tribunal found serious flaws in Dr. Moore-Ede's report, finding that the sampling of workers involved a very small percentage of Canadian workers, the rest being American, and that no questionnaire or surveying had been done of CBSA workers. The Tribunal found that the numbers put forward in the report were not realistic as being founded on either inadequate detail in the question posed or unproven assumptions.

Bona Fide Occupational Requirement (BFOR)

[74] The Tribunal relied on the Supreme Court of Canada's decision in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*), for the principle that the duty of employers to accommodate is a fundamental legal obligation. It referred to *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650 (*VIA Rail*), for the definition of undue hardship. The Tribunal stated that the CBSA must not base its assessment of whether an employee needs accommodation or whether it can implement accommodation measures on impressionistic assumptions.

[72] Le Tribunal a résumé le témoignage de M^{me} Raby, qui était à l'époque chef par intérim du Terminal 1 aux Opérations des passagers à Pearson. M^{me} Raby a affirmé qu'elle n'était pas au courant de la demande initiale de M^{me} Johnstone. Le Tribunal a toutefois estimé que, si elle avait suivi la politique non écrite de l'ASFC, l'approche de M^{me} Raby n'aurait pas été différente même si elle avait été au courant de la demande précédente. Le Tribunal a également pris acte du fait que M^{me} Raby ne se souvenait pas qu'une autre personne ait demandé à travailler à temps plein à son retour d'un congé de maternité.

[73] Finalement, le Tribunal a examiné la preuve présentée par le témoin de l'ASFC, M. Moore-Ede, dont l'expertise en études de travail par quarts et des heures de travail prolongées a été reconnue. Dans son rapport, cet expert concluait qu'entre 31 p. 100 et 52 p. 100 des employés de l'ASFC demanderaient la même mesure d'accommodement que M^{me} Johnstone. Le Tribunal a relevé plusieurs lacunes importantes dans le rapport de M. Moore-Ede, signalant que l'échantillonnage des répondants était composé de travailleurs des États-Unis et du Canada, mais que le pourcentage canadien était très faible et qu'aucun sondage n'avait été effectué auprès des employés de l'ASFC. Le Tribunal a conclu que les chiffres donnés dans le rapport n'étaient pas réalistes, soit parce qu'ils étaient fondés sur des détails inexacts de la question posée, soit sur des hypothèses non prouvées.

L'exigence professionnelle justifiée (EPJ)

[74] Le Tribunal s'est fondé sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*), à l'appui du principe que l'obligation des employeurs en matière d'accommodement est une obligation légale fondamentale. Il a également cité l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650 (*VIA Rail*), au sujet de la définition de la notion de « contrainte excessive ». Le Tribunal a déclaré que l'ASFC ne devait pas fonder son évaluation sur la question de savoir si l'employé a besoin d'accommodement

[75] The Tribunal found there are no viable health and safety concerns about Ms. Johnstone's ability to perform 13-hour shifts. The Tribunal also noted that no analysis has been done by the CBSA nor any policies put in place since *Brown* or the Commission direction 10 years later. The Tribunal found that none of the various draft accommodation policy proposals were ever put into action.

[76] The Tribunal concluded that the CBSA had not established a *bona fide* occupational requirement defence nor had it established a sufficient undue hardship rationale to discharge the onus to show hardship.

[77] The Tribunal found that the CBSA had given management a cursory nominal understanding of human rights legislation and provided no management training or awareness of the details of the *Brown* decision. Nor had the CBSA undertaken any detailed look at *bona fide* operational requirements and examined options short of undue hardship.

[78] The Tribunal found that the evidence substantiated Ms. Johnstone's complaint. Ms. Johnstone had proven *prima facie* employment discrimination on the basis of family status and the CBSA had not proven a *bona fide* occupational requirement or hardship necessary to exempt it from the obligation to accommodate for family status arising from childcare responsibilities under the Act.

Remedies

[79] The Tribunal ordered the CBSA to cease its discriminatory practices against employees seeking

ou si elle pouvait prendre des mesures d'accommodement sur des hypothèses relevant de l'impression.

[75] Le Tribunal a accepté qu'il n'y aurait eu aucune préoccupation de santé et de sécurité valable découlant du fait que M^{me} Johnstone aurait travaillé pendant des quarts de 13 heures. Le Tribunal a également fait observer qu'aucune analyse n'avait été effectuée par l'ASFC et qu'aucune politique n'avait été mise en place depuis la décision *Brown* rendue en 1993 ou depuis la directive donnée 10 ans plus tard par la Commission. Le Tribunal a conclu qu'aucune des propositions de l'ébauche de politique d'accommodement n'avait été mise en application.

[76] Le Tribunal a conclu que l'ASFC n'avait pas établi qu'elle avait une exigence professionnelle justifiée ni présenté d'arguments suffisants au sujet de la contrainte excessive et ne s'était ainsi pas acquittée du fardeau qui lui incombait.

[77] Le Tribunal a conclu que l'ASFC n'avait pas formé adéquatement ses gestionnaires, qui n'avaient qu'une compréhension très superficielle des lois en matière de droits de la personne et n'avaient eu aucune formation ou sensibilisation au sujet des éléments de la décision *Brown*. Le Tribunal a ajouté que l'ASFC n'avait pas effectué d'examen détaillé des exigences professionnelles justifiées et des options qui n'impliquaient pas une contrainte excessive.

[78] Le Tribunal a conclu que la plainte de M^{me} Johnstone était fondée, que M^{me} Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur sa situation de famille et que l'ASFC n'avait pas fait la preuve nécessaire de l'existence d'une exigence professionnelle justifiée ou d'une contrainte excessive qui lui aurait permis d'être dispensée de l'obligation que lui impose la Loi de prendre des mesures d'accommodement pour aider M^{me} Johnstone à s'acquitter de ses responsabilités liées à la garde de ses enfants.

Réparations

[79] Le Tribunal a ordonné à l'ASFC de cesser ses pratiques discriminatoires fondées sur la situation de

accommodation based on family status for purposes of childcare responsibilities. It required the CBSA to consult with Ms. Johnstone and the Commission to develop a plan to prevent further incidents of such discrimination. The Tribunal ordered the CBSA establish written policies including processes for individualized assessments to address family status accommodation requests within six months.

[80] The Tribunal ordered that Ms. Johnstone be compensated for her lost wages and benefits, including overtime that she would have received and pension contributions that would have been made had she been able to work on a full-time basis during the period in question. The Tribunal directed that Ms. Johnstone be entitled to pension contributions as a full-time employee during this period.

[81] The Tribunal also awarded Ms. Johnstone \$15 000 for general damages for pain and suffering pursuant to paragraph 53(2)(e) of the CHRA, and \$20 000 for special compensation under subsection 53(3) of the CHRA, finding that the CBSA had deliberately denied protection to those needing it by ignoring efforts, both externally and internally, to bring about change with respect to its policies on family status accommodation. The Tribunal did not award solicitor-client costs in light of the Federal Court of Appeal's decision in *Canada (Attorney General) v. Mowat*, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579 (*Mowat F.C.A.*).

Legislation

[82] The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 provides:

Purpose 2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that

famille contre les employés qui demandent des mesures d'accommodement en raison de leurs responsabilités parentales. Il a ordonné à l'ASFC de consulter M^{me} Johnstone et la Commission afin d'élaborer un plan pour éviter d'autres incidents semblables de discrimination. Le Tribunal a également ordonné à l'ASFC d'établir [d'ici six mois] des politiques écrites prévoyant un processus pour une évaluation individuelle de chaque employé présentant une demande de mesures d'accommodement fondée sur sa situation de famille.

[80] Le Tribunal a ordonné que M^{me} Johnstone soit indemnisée pour sa perte de salaire et d'avantages sociaux, y compris les heures supplémentaires qu'elle aurait effectuées et les contributions à sa pension qui auraient été faites si elle avait pu travailler à temps plein pendant la période en cause. Le Tribunal a ordonné que M^{me} Johnstone puisse effectuer des contributions à sa pension à titre d'employée à temps plein pour cette période.

[81] Le Tribunal a également accordé à M^{me} Johnstone 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts généraux pour préjudice moral en vertu de l'alinéa 53(2)e) de la Loi, et 20 000 \$ à titre d'indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi, au motif que l'ASFC n'avait pas tenu compte des nombreux efforts externes et internes visant à apporter un changement à ces politiques quant aux mesures d'accommodement pour la situation de famille, et qu'elle avait ainsi délibérément refusé la protection à ceux qui en avaient besoin. Le Tribunal n'a pas adjugé de dépens avocat-client vu l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mowat*, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579 (*Mowat C.A.F.*) de la Cour d'appel fédérale.

Dispositions législatives applicables

[82] La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 dispose :

Objet 2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des

they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being

hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

...

Prohibited grounds of discrimination

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

...

Employment

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

...

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination.

...

Discriminatory policy or practice

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

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

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

chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur

la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

[...]

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

[...]

Motifs de distinction illicite

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

[...]

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

Emploi

10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :

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

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

Lignes de conduite discriminatoires

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

...

[...]

Complaint dismissed

53. (1) At the conclusion of an inquiry, the member or panel conducting the inquiry shall dismiss the complaint if the member or panel finds that the complaint is not substantiated.

53. (1) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur rejette la plainte qu'il juge non fondée.

Rejet de la plainte

Complaint substantiated

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

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

Plainte jugée fondée

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :

(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),

(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17;

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17;

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

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont l'acte l'a privée;

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

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

(d) that the person compensate the victim for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte;

(e) that the person compensate the victim, by an amount not exceeding twenty thousand dollars, for any pain and suffering that the victim experienced as a result of the discriminatory practice.

e) d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral.

Special
compensa-
tion

(3) In addition to any order under subsection (2), the member or panel may order the person to pay such compensation not exceeding twenty thousand dollars to the victim as the member or panel may determine if the member or panel finds that the person is engaging or has engaged in the discriminatory practice wilfully or recklessly. [Emphasis added.]

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le membre instructeur peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de 20 000 \$, s'il en vient à la conclusion que l'acte a été délibéré ou inconsidéré. [Non souligné dans l'original.]

Indemnité
spéciale

Issues

[83] The issues raised by this application are as follows:

a. What standard of review applies to the Tribunal's determinations with respect to:

- i. interpretation of "family status" in the Act,
- ii. the legal test for *prima facie* discrimination based on family status,
- iii. finding of *prima facie* discrimination based on family status, and
- iv. remedies?

b. Did the Tribunal err in interpreting the term "family status" in section 3 of the Act to include childcare responsibilities?

c. Did the Tribunal err in finding the *prima facie* case of discrimination was established?

d. Did the Tribunal err in making its remedial orders?

Questions en litige

[83] La présente demande soulève les questions suivantes :

a. Quelle est la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne les conclusions tirées par le Tribunal au sujet :

- i. de l'interprétation du concept de « situation de famille » prévu par la Loi;
- ii. du critère juridique permettant d'établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille;
- iii. de la conclusion de l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille;
- iv. des réparations à accorder?

b. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que le concept de « situation de famille » à l'article 3 de la Loi englobait les responsabilités relatives à la garde des enfants?

c. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu'une preuve *prima facie* de discrimination avait été établie?

d. Le Tribunal a-t-il commis une erreur dans les réparations qu'il a accordées?

Standard of Review

[84] The applicant submits that the issues relating to the proper interpretation of family status, the legal test for establishing *prima facie* discrimination and whether the Tribunal erred in crafting its remedial orders are all questions of law to which the standard of correctness applies. While the Act is the home statute for the Canadian Human Rights Tribunal, it is also within the jurisdiction of other tribunals, such as labour, arbitration and public service tribunals.

Interpretation of “family status” in the Act

[85] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), held there are two standards of review: correctness and reasonableness. *Dunsmuir* recognized that deference is generally appropriate where a tribunal is interpreting its home statute. Deference may also be warranted where a tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil rule in relation to a specific statutory context (*Dunsmuir*, at paragraph 54). In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*) the Supreme Court confirmed that administrative decision makers are entitled to a measured deference in matters that relate to their special role, function and expertise (*Khosa*, at paragraphs 25–26).

[86] The Supreme Court stated the standard of correctness will continue to apply to constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise as well as questions regarding jurisdictional boundaries between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paragraphs 58, 60 and 61). Furthermore, the standard of correctness will also apply to true questions of jurisdiction.

Norme de contrôle

[84] Le demandeur soutient que les questions portant sur l’interprétation à donner au concept de « situation de famille », sur le critère juridique permettant d’établir une preuve *prima facie* de discrimination et sur la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur en formulant ses ordonnances réparatrices sont toutes des questions de droit assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. Bien qu’elle soit la loi constitutive du Tribunal, la Loi s’applique aussi à d’autres tribunaux administratifs tels que des tribunaux du travail, des tribunaux d’arbitrage et des tribunaux de la fonction publique.

Interprétation de la notion de « situation de famille » dans la Loi

[85] En 2008, dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a établi qu’il existe deux normes de contrôle : celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, la déférence est généralement de mise lorsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive. Elle peut également être justifiée lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise particulière dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé (*Dunsmuir*, au paragraphe 54). Dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), la Cour suprême a confirmé que les décideurs administratifs ont droit à une certaine déférence dans les affaires ayant trait au rôle, à la fonction et à l’expertise qui leur sont propres (*Khosa*, aux paragraphes 25 et 26).

[86] La Cour suprême a expliqué que la norme de la décision correcte continue à s’appliquer aux questions constitutionnelles, aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’arbitre ainsi qu’aux questions relatives à la délimitation des compétences respectives des tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, aux paragraphes 58, 60 et 61). La norme de la décision

[87] Recently, in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat S.C.C.*), the Supreme Court considered whether the Canadian Human Rights Tribunal could order legal costs as a form of compensation. This issue directly related to the interpretation and application of the Tribunal's own statute namely the Act. The Supreme Court held the question of whether a particular tribunal could grant legal costs was not one of central importance to the Canadian legal system. The Court also found that question was not outside the expertise of the Tribunal. In result the Supreme Court found the Tribunal's decision on the issue of awarding costs based on its interpretation of the relevant provision in the Act to be reviewable on the standard of reasonableness. *Mowat S.C.C.*, at paragraph 27.

[88] In assessing the reasonableness of the Tribunal decision the Supreme Court in *Mowat* went on to state [at paragraph 33]:

The question is one of statutory interpretation and the object is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme an object of the Act and the intention of Parliament [citation omitted]. In approaching this task in relation to human rights legislation, one must be mindful that it expresses fundamental values and pursues fundamental goals. It must therefore be interpreted liberally and purposely so that the rights enunciated are given their full recognition and effect: [citation omitted]. However, what is required is nonetheless an interpretation of the text of the statute which respects the words chosen by Parliament.

Accordingly, the standard of review was that of reasonableness keeping in mind the basic principles of statutory interpretation and respect for the words of Parliament.

correcte s'applique par ailleurs également aux véritables questions de compétence.

[87] Récemment, dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat C.S.C.*), la Cour suprême s'est demandé si le Tribunal canadien des droits de la personne pouvait adjuger des dépens à titre d'indemnité. Cette question se rapportait directement à l'interprétation et à l'application de la loi constitutive du Tribunal, en l'occurrence la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Cour suprême a jugé que la question de savoir si un tribunal administratif déterminé pouvait adjuger des dépens ne revêtait pas une importance capitale pour le système juridique canadien. La Cour a également conclu que cette question n'était pas étrangère au domaine d'expertise du Tribunal. La Cour a estimé que la décision que le Tribunal avait rendue au sujet de l'adjudication de dépens en se fondant sur son interprétation des dispositions applicables de la Loi était susceptible de contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable (*Mowat C.S.C.*, au paragraphe 27).

[88] Pour apprécier le caractère raisonnable de la décision du Tribunal, la Cour suprême a poursuivi en déclarant ce qui suit [*Mowat C.S.C.*, au paragraphe 33] :

Il nous faut interpréter le texte législatif et discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur [renvoi omis]. Dans le cas d'une loi relative aux droits de la personne, il faut se rappeler qu'elle exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d'objectifs fondamentaux. Il convient donc de l'interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet [renvoi omis]. On doit tout de même retenir une interprétation de la loi qui respecte le libellé choisi par le législateur.

Par conséquent, la norme de contrôle applicable à l'interprétation que le Tribunal avait faite de sa loi constitutive était celle de la décision raisonnable, eu égard aux principes fondamentaux d'interprétation des lois et au libellé choisi par le législateur.

[89] While the scope of human rights is important and important issues arise because of family matters, it cannot be readily said that the interpretation of “family status” in the Act is a question of law of central importance to the legal system as a whole. It is true that provincial human rights tribunals across the country also address human rights issues arising because of family matters but they do so in accordance with their own legislation and, while preferable, the tribunals are not obligated to apply the same precise interpretation as given in similar provisions in federal or other provincial provisions as long as regard is had for similar purposes.

[90] Turning to the specific question of the standard of review of the Tribunal’s interpretation of “family status” in the Act, the following considerations apply:

- a. the Tribunal is interpreting its home statute;
- b. the Tribunal is adjudicating within an area in which it has expertise;
- c. this question also does not relate to jurisdictional boundaries between competing specialized tribunals; in this respect the various federal tribunals’ that may have regard to the Act, such as labour arbitrators and public service tribunals, have overlapping rather than jurisdictional boundaries; and,
- d. the interpretation of “family status” in the Act cannot be said to raise a constitutional question given it involves the interpretation of a federal statute.

[91] Having regard to the teachings in *Dunsmuir*, *Khosa* and *Mowat* S.C.C., and to the above considerations, I conclude that the Tribunal’s determination of

[89] Bien que la définition des droits de la personne constitue une question importante et que des questions importantes se posent en l’espèce en raison de problèmes familiaux, on ne saurait aisément prétendre que l’interprétation du concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi est une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Certes, les tribunaux des droits de la personne des diverses provinces canadiennes sont également appelés à se pencher sur des questions de droits de la personne qui se posent en matières familiales, mais ils le font en conformité avec leur propre législation et, bien que cela soit préférable, ces tribunaux ne sont pas obligés d’appliquer exactement la même interprétation que celle qui est donnée à des dispositions semblables par d’autres lois fédérales ou provinciales, dès lors qu’ils tiennent compte d’objectifs similaires.

[90] Pour ce qui est de la question précise de la norme de contrôle applicable à l’interprétation que le Tribunal a faite du concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi, les considérations suivantes s’appliquent :

- a. le Tribunal interprète sa propre loi constitutive;
- b. le Tribunal statue dans un domaine dans lequel il possède une expertise;
- c. la question ne se rapporte pas à la délimitation des compétences de tribunaux spécialisés concurrents; à cet égard, les divers tribunaux administratifs fédéraux concernés de près ou de loin par la Loi, tels que les arbitres du travail et les tribunaux de la fonction publique, ont des pouvoirs qui se chevauchent et non des pouvoirs qui s’opposent;
- d. on ne saurait prétendre que l’interprétation du concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi soulève une question constitutionnelle, compte tenu du fait que cette question implique l’interprétation d’une loi fédérale.

[91] À la lumière des enseignements donnés par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Dunsmuir*, *Khosa* et *Mowat* et des considérations susmentionnées,

whether “family status” includes childcare based on its interpretation of the term in the Act is reviewable on a standard of reasonableness.

Legal Test for Prima Facie Discrimination

[92] In *Johnstone F.C.*, the Court was reviewing the screening decision of the Commission in dismissing Ms. Johnstone’s complaint. Justice Barnes found the issue was very much like that in *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392 (*Sketchley*). In *Sketchley*, the Commission’s reasoning was dependent on its legal conclusions as to the precedential value of *Scheuneman v. Canada (Attorney General)*, 2000, CanLII 16701, 266 N.R. 154 (F.C.A.) and did not engage the respondent’s specific circumstances and fact situation.

[93] The Federal Court of Appeal undertook a pragmatic and functional approach to the issue in reviewing the Commission’s decision identified as the legal question of whether the employer Treasury Board’s policy was *prima facie* discriminatory. *Sketchley*, at paragraphs 61–81. The Federal Court of Appeal concluded [at paragraph 81]:

Applying the pragmatic and functional approach to the Commission’s particular decision in the TB complaint, the four factors lead on balance to a standard of review of correctness. For its decision with respect to this complaint to be upheld, the Commission was required to have decided correctly the legal question of whether the TB policy is *prima facie* discriminatory, a question which I consider below.

[94] In *Johnstone F.C.*, the Federal Court decided the appropriate standard of review of the Commission’s screening decision to be correctness stating [at paragraph 18]:

j’estime que c’est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s’applique aux conclusions que le Tribunal a tirées en l’espèce au sujet de la question de savoir si le concept de « situation de famille » que l’on trouve dans la Loi englobe les obligations familiales.

Critère juridique de la discrimination prima facie fondée sur la situation de famille

[92] Dans la décision *Johnstone C.F.*, la Cour était appelée à examiner la décision par laquelle la Commission avait, à l’étape de l’examen préalable, rejeté la plainte de M^{me} Johnstone. Le juge Barnes a estimé que la question dont il était saisi ressemblait beaucoup à celle qui était en litige dans l’arrêt *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392 (*Sketchley*). Dans l’arrêt *Sketchley*, le raisonnement de la Commission dépendait de ses conclusions de droit sur la valeur à titre de précédent de l’arrêt *Scheuneman c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 16701 (C.A.F.), et ce raisonnement n’avait rien à avoir avec la situation personnelle et les faits propres à l’intimée.

[93] La Cour d’appel fédérale a abordé la question sous un angle pragmatique et fonctionnel lors de son contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission s’était prononcée sur la question de droit de savoir si une politique du Conseil du Trésor était discriminatoire à première vue [*Sketchley*, aux paragraphes 61 à 81]. Voici ce que la Cour d’appel fédérale a conclu, aux paragraphes 81 de l’arrêt *Sketchley* :

Si on applique l’approche pragmatique et fonctionnelle à la décision de la Commission concernant la plainte relative au CT, les quatre facteurs favorisent, tout bien pesé, l’application de la norme de contrôle de la décision correcte. Pour que sa décision concernant cette plainte puisse être confirmée, il fallait que la Commission ait tranché correctement la question de savoir si la politique du CT était discriminatoire à première vue, une question que je vais examiner plus loin.

[94] Dans la décision *Johnstone C.F.*, la Cour fédérale a décidé que la norme de contrôle applicable à la décision prise par la Commission à l’étape de l’examen préalable était celle de la décision correcte. Voici ce qu’elle écrit [au paragraphe 18] :

In this case the Commission was not convinced that the loss of hours suffered by Ms. Johnstone brought about by the CBSA's fixed shift policy constituted "a serious interference" with her parental duties or that it had a discriminatory impact on the basis of family status. As in *Sketchley*, above, this characterization of the CBSA's employment policy as non-discriminatory was based on a discrete and abstract question of law and, as such, it is reviewable on the standard of correctness.

[95] *Johnstone* F.C. was appealed to the Federal Court of Appeal which upheld the Federal Court decision. In doing so, the Federal Court of Appeal stated [*Johnstone* F.C.A., at paragraph 2]:

The reasons given by the Commission for screening out the compliant indicate that the Commission adopted a legal test for *prima facie* discrimination that is apparently consistent with *Health Sciences Association of British Columbia v. Campbell River & North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, but inconsistent with the subsequent decision of the Canadian Human Rights Tribunal in *Hoyt v. C.N.R.*, [2006] C.H.R.D. No. 33. We express no opinion on what the legal test is.

[96] In the case at hand the applicant submits the Tribunal erred in the legal test for establishing *prima facie* discrimination based on family status.

[97] The requirement for *prima facie* discrimination was reviewed by the Supreme Court of Canada in *O'Malley*. The Supreme Court stated a complainant must show a *prima facie* case of discrimination in proceedings before human rights tribunals describing the test as (*O'Malley*, at page 558):

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.

En l'espèce, la Commission n'était pas convaincue que la diminution des heures travaillées par M^{me} Johnstone due à la politique de l'ASCF sur les quarts de travail fixes constituait une [TRADUCTION] « atteinte grave » à sa capacité de s'acquitter de son devoir de parent ou que cette politique causait une discrimination fondée sur la situation de famille. Comme dans l'arrêt *Sketchley*, précité, la conclusion considérant comme non discriminatoire la politique d'emploi de l'ASCF est fondée sur une question de droit précise et abstraite et, par conséquent, est susceptible de contrôle selon la décision correcte.

[95] Le jugement a été porté en appel devant la Cour d'appel fédérale (*Johnstone* C.A.F.), qui a confirmé le jugement de la Cour fédérale et a déclaré ce qui suit [au paragraphe 2] :

Les motifs donnés par la Commission pour rejeter la plainte indiquent que la Commission a appliqué un critère juridique en matière de discrimination à première vue qui est apparemment compatible avec la décision *Health Sciences Association of British Columbia c. Campbell River & North Island Transition Society*, 2004 BCCA 260, mais incompatible avec la décision subséquente rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne dans *Hoyt c. la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [2006] D.C.D.P. N° 33. Nous ne formulons aucune opinion pour indiquer en quoi consiste le critère juridique approprié.

[96] Le demandeur affirme que, dans le cas qui nous occupe, le Tribunal a commis une erreur dans son application du critère juridique permettant de savoir s'il y avait eu, à première vue, discrimination fondée sur la situation de famille.

[97] Les conditions à remplir pour établir à première vue l'existence d'une discrimination ont été passées en revue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *O'Malley*. La Cour suprême déclare que, dans les instances se déroulant devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit établir une preuve *prima facie* de discrimination. Voici en quels termes elle explique ce critère (*O'Malley*, à la page 558) :

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.

Finding of Prima Facie Discrimination on Family Status

[98] The standard of review applicable to the Tribunal's finding of *prima facie* discrimination necessarily involves application of the law to the facts, a question of mixed law and fact. I find this invokes a standard of reasonableness. *Dunsmuir*, paragraph 57.

Remedies

[99] Finally, the standard of review applicable to the assessment of the Tribunal's remedial orders is dependent on the Tribunal's findings of fact. As such the Tribunal must address questions of fact and law and fact.

[100] The award of remedies comes within the Tribunal's area of expertise in deciding factual questions as to the amount of compensation, if any, to award. Furthermore, the issuing of remedial orders to address offending discrimination is entirely within the Tribunal's discretion as is the question whether punitive damages should be awarded where supported by the facts.

[101] I conclude the standard of review for the Tribunal's decisions on remedies is that of reasonableness.

Analysis

[102] The applicant submits the Tribunal erred in adopting an overly broad interpretation of "family status" under the Act. The applicant submits the Tribunal erred in that it:

a. gave no regard to the ordinary and grammatical meaning of the term "family status" or to Parliament's use of "status" as a qualifying term;

L'existence d'une discrimination prima facie fondée sur la situation de famille

[98] La norme de contrôle applicable à la conclusion tirée par le Tribunal au sujet de l'existence d'une discrimination *prima facie* fondée suppose nécessairement l'application du droit aux faits. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait, ce qui, à mon avis, donne lieu à l'application de la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, au paragraphe 57).

Réparations

[99] Enfin, la norme de contrôle applicable à l'appréciation des ordonnances réparatrices prononcées par le Tribunal dépend des conclusions de fait tirées par le Tribunal. Le Tribunal est appelé à examiner des questions de fait et des questions de fait et de droit.

[100] La décision d'accorder des réparations relève de la compétence spécialisée du Tribunal lorsqu'il tranche des questions de fait portant sur le montant de l'indemnité à accorder, le cas échéant. Qui plus est, le prononcé d'ordonnances réparatrices visant à répondre à une situation de discrimination relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, tout comme la question de savoir s'il convient d'accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque les faits le justifient.

[101] Je conclus que la norme de contrôle de la décision raisonnable est celle qui s'applique, s'agissant des réparations que le Tribunal a décidé d'accorder.

Analyse

[102] Le demandeur affirme que le Tribunal a commis une erreur en retenant une interprétation trop large du concept de « situation de famille ». Le demandeur affirme que le Tribunal a commis les erreurs suivantes :

a. en ne tenant pas compte du sens ordinaire et grammatical de l'expression « situation de famille » et du qualificatif « situation » employé par le législateur;

b. acknowledged the intent of Parliament as reflected in *Hansard* but held it was *not persuasive*; and

c. failed to give due regard to the object and purpose of the Act, the inclusion of “family status” in section 3, and the scheme of the Act as a whole.

[103] The applicant submits the proper interpretation of the term “family status” is one which prevents individuals from being denied opportunities on the basis of arbitrary or stereotypical assumptions relating to irrelevant personal characteristics. It protects against distinctions based on family characteristics for which a person has little or no control. The applicant submits this term does not include the obligations that arise between the parent and their children including childcare. Rather the intention was to prevent discrimination by reason of the mere fact that being a parent or a parent of a particular child.

[104] The applicant also contends the inclusion of the qualifying term “status”, which is generally understood to convey a particular position or legal standing, operates to limit the scope of the term “family status”. It refers to a personal characteristic which Parliament deemed should be irrelevant to employment.

Interpretation of “Family Status” in the Act

[105] Section 3 of the Act provides as follows:

Prohibited grounds of discrimination

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

b. en prenant acte de la volonté du législateur dont il est fait état dans le *Hansard* mais en estimant que ce facteur n’était [TRADUCTION] « pas convaincant »;

c. en ne tenant pas dûment compte de l’objet de la Loi, de l’inclusion de la « situation de famille » à l’article 3 et de l’économie de la Loi dans son ensemble.

[103] Le demandeur soutient que l’interprétation appropriée de l’expression « situation de famille » suppose que l’on ne se voit pas privé de possibilités en raison de suppositions stéréotypées ou arbitraires se rapportant à des caractéristiques personnelles non pertinentes. Pareille interprétation protège contre les distinctions fondées sur des caractéristiques familiales sur lesquelles une personne a peu ou point de contrôle. Le demandeur affirme que l’expression en question n’englobe pas les obligations qui existent entre les parents et leurs enfants, notamment celles relatives aux services de garde. On cherchait plutôt à empêcher la discrimination fondée sur le simple fait d’être un parent ou le parent d’un enfant déterminé.

[104] Le demandeur affirme également que l’inclusion du qualificatif « situation » qui est généralement interprétée comme conférant un statut particulier ou une qualité pour agir a pour effet de restreindre la portée de l’expression « situation de famille ». Cette inclusion se rapporte à une caractéristique personnelle que le législateur a considérée comme non pertinente en ce qui concerne l’emploi.

Interprétation du concept de « situation de famille » dans la Loi

[105] L’article 3 de la Loi dispose :

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

Motifs de distinction illicite

The Act does not define the term “family status”.

[106] The Tribunal has previously interpreted “family status” to include regular childcare obligations. In *Brown*, the Tribunal stated [at page 20]:

It is this Tribunal’s conclusion that the purposive interpretation to be affixed to s. 2 of the *C.H.R.A.* is a clear recognition within the context of “family status” of a parent’s right and duty to strike that balance coupled with a clear duty on the part of an employer to facilitate and accommodate that balance with in the criteria set out in the *Alberta Dairy Pool* case. To consider any lesser approach to the problems facing the modern family within the employment environment is to render meaningless the concept of “family status” as a ground of discrimination.

[107] The Tribunal came to the same conclusion in *Hoyt* where the Tribunal had found the employer failed to modify an employee’s shift requirements that prevented her from making childcare arrangements for her daughter. In *Hoyt*, at paragraph 117, the Tribunal referred to the judicial definition of the term family status stating discrimination on this ground has been judicially defined as “...practices or attitudes which have the effect of limiting the conditions of employment of, or the employment opportunities available to, employees on the basis of a characteristic relating to their ... family.” *B. v. Ontario (Human Rights Commission)* (2000), 50 O.R. (3d) 737 (C.A.), affirmed by 2002 SCC 66, [2002] 2 S.C.R. 403 (B).

[108] The inclusion of family childcare obligations within family status has been adopted in other forums and jurisdictions: provincial human rights tribunals (Ontario: *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Ont. Bd. of Inq.); Alberta: *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII) (*Rennie*); federal labour boards: *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Somerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109, at paragraph 66; and *Rajotte*; and provincial and federal superior courts: B.C. Court of Appeal: *Campbell River*; Federal Court: *Johnstone F.C.*).

La Loi ne définit pas l’expression « situation de famille ».

[106] Le Tribunal a déjà interprété l’expression « situation de famille » en estimant qu’elle englobait les obligations parentales. Dans la décision *Brown*, le Tribunal a déclaré [à la page 20] :

De l’avis du Tribunal, l’interprétation de l’article 2 de la LCPD en fonction de son objet consiste à reconnaître clairement, dans le contexte de la « situation de famille », le droit et l’obligation du parent de chercher à atteindre cet équilibre ainsi que l’obligation manifeste pour l’employeur d’aider le parent à cet égard en fonction des critères énoncés dans l’arrêt *Alberta Dairy Pool*. Une interprétation moins sérieuse des problèmes auxquels la famille moderne fait face dans le milieu de travail enlèverait tout son sens au concept de la « situation de famille » comme motif de discrimination.

[107] Le Tribunal en est arrivé à la même conclusion dans l’affaire *Hoyt*, dans laquelle il a conclu que l’employeur avait refusé de modifier les exigences du quart de travail d’une employée, ce qui avait empêché cette dernière de prendre les dispositions nécessaires pour faire garder sa fille. Dans la décision *Hoyt*, au paragraphe 117, le Tribunal a expliqué que la discrimination fondée sur la situation de famille avait été définie par la jurisprudence comme s’entendant de « “[...] mesures ou d’attitudes qui ont pour effet de limiter les conditions d’embauche ou les perspectives d’emploi des employés sur la base d’une caractéristique liée à leur [...] famille]” » (*B. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* (2000), 50 O.R. (3d) 737, confirmée par 2002 CSC 66, [2002] 3 R.C.S. 403 (B)).

[108] Des tribunaux d’autres provinces et territoires se sont eux aussi dits d’avis que le concept de « situation de famille » englobait les obligations parentales : tribunaux des droits de la personne provinciaux (en Ontario : *Wight v. Ontario (Office of the Legislative Assembly)* (1998), 33 C.H.R.R. D/191 (Comm. d’enq. de l’Ont.); en Alberta : *Rennie v. Peaches and Cream Skin Care Ltd.*, 2006 AHRC 13 (CanLII) (*Rennie*); commissions des relations de travail fédérales : *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers (Somerville Grievance, CUPW 790-03-00008, Arb. Lanyon)* (2006), 156 L.A.C. (4th) 109, au paragraphe 66; et *Rajotte*; Cour d’appel de la Colombie-Britannique : *Campbell River*; et la Cour fédérale : *Johnstone C.F.*).

[109] Human rights legislation has a quasi-constitutional status. This elevated status derives from the fundamental character and values such legislation expresses and pursues. The Supreme Court of Canada has held that human rights legislation must be interpreted in a large and liberal manner in order to attain the objects of the legislation. In *Canadian National Railway Co. v. Canada v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (*Action Travail des Femmes*) the Supreme Court stated [at page 1134]:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated by given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained. [Emphasis added.]

[110] The *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c I-21, section 12 provides: “Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large, and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.” The term “family status” in section 3 of the Act should be interpreted in a large and liberal manner consistent with the attainment of the Act’s objectives and purposes stated in section 2:

Purpose 2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion,

[109] Les lois sur les droits de la personne ont un caractère quasi constitutionnel. Le rang élevé qui est reconnu à ces lois s’explique par les valeurs fondamentales qu’elles incarnent et qu’elles consacrent. La Cour suprême du Canada a jugé que les lois sur les droits de la personne doivent être interprétées d’une manière large et libérale pour atteindre les objectifs de la loi. Dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (*Action Travail des Femmes*), la Cour suprême déclare [à la page 1134] :

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l’essor des droits individuels d’importance vitale, lesquels sont susceptibles d’être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu’en interprétant la Loi, les termes qu’elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façon à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu’offre la *Loi d’interprétation* fédérale lorsqu’elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s’interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets. [Non souligné dans l’original.]

[110] Rappelons, enfin, que l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, dispose : « Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». L’expression « situation de famille » que l’on trouve à l’article 3 de la Loi devrait être interprétée de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation des objets de la Loi, qui sont ainsi énoncés à son article 2 :

Objet 2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, la

age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted. [Emphasis added.]

[111] The definition of word “family” in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, includes “the members of a household esp. parents and their children.” The definition of the word “status” includes “a person’s legal standing which determines his or her rights and duties”. The two words taken together amounts to more than a mere descriptor of a parent of a child and also can reference the obligations of a parent to care for the child.

[112] There are two other sources which help set context and provide guidance with respect to the question of the interpretation to be given the interpretation of “family status”:

a. First, the following words from *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (*Brooks*), at page 1243 are worth repeating:

Combining paid work with motherhood and accommodating the childbearing needs of working women are ever-increasing imperatives. That those who bear children and benefit society as a whole thereby should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious.

b. Second, in the *Report of the Commission of Inquiry on Equality in Employment* [Ottawa: Supply and Services Canada, 1984], Justice Abella wrote, at page 185: “From the point of view of mothers, access to childcare and the nature of such care limits employment options.”

Furthermore, in her Report [at page 181, footnote 14], Justice Abella relied on the ILO’s [International Labour Organization] 1981 Recommendation Concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Men and Women Workers: Workers with Family Responsibilities. Article 6 of that document contains: “With a view to creating

situation de famille, la déficience ou l’état de personne graciée. [Non souligné dans l’original.]

[111] On trouve notamment l’acception suivante du mot anglais « *family* » (« famille ») dans le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. Toronto : Oxford University Press, 2004) : [TRADUCTION] « ménage, plus précisément les parents et leurs enfants ». Quant au mot anglais « *status* » (« statut »), il est notamment défini comme suit : [TRADUCTION] « situation juridique d’une personne lui conférant certains droits et lui imposant certaines obligations ». Lorsqu’on rapproche ces deux termes, on obtient davantage qu’une simple description du parent d’un enfant. Ces termes peuvent faire allusion aux obligations qu’a un parent de s’occuper de ses enfants.

[112] Il y a deux autres sources qui peuvent nous aider à définir le contexte et à nous donner quelques repères en ce qui concerne la question de l’interprétation à donner à l’expression « situation de famille » :

a. Premièrement, l’extrait suivant tiré de l’arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (*Brooks*), à la page 1243, mérite d’être répété :

Allier travail salarié et maternité et tenir compte des besoins des femmes enceintes au travail sont des impératifs de plus en plus pressants. Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l’ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social.

b. En second lieu, dans le *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* [Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1984], la juge Abella écrit, à la page 204 : « Du point de vue de la mère, les possibilités de choisir un emploi sont limitées en raison du manque de service de soins aux enfants et de la nature même de ces services ».

De plus, dans son rapport [à la page 199, note en bas de page 14], la juge Abella se fondait sur les recommandations formulées en 1981 par l’Organisation internationale du travail concernant l’égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes : travailleurs ayant des responsabilités familiales. L’article 6 de ce

effective equality of opportunity and treatment of men and women workers, each Member should make it an aim of national policy to enable persons with family responsibilities who are engaged or wish to engage in employment to exercise their right to do so without being subject to discrimination and, to the extent possible, without conflict between their employment and family responsibilities.”

[113] Finally, it is difficult to have regard to family without giving thought to children in the family and the relationship between parents and children. The singular most important aspect of that relationship is the parents’ care for children. It seems to me that if Parliament intended to exclude parental childcare obligations, it would have chosen language that clearly said so.

[114] In result, I conclude the Tribunal’s conclusion that family status includes childcare obligations is reasonable. It is within the scope of ordinary meaning of the words; it is in accord with decisions in related human rights and labour forums; it is in keeping with the jurisprudence; and it is consistent with the objects of the Act.

Test for Prima Facie Discrimination based on Family Status

[115] The onus is on the complainant to establish discrimination has occurred contrary to the prohibition in the Act. The test of what constitutes a *prima facie* case of discrimination in human rights cases was set out by the Supreme Court of Canada in *O’Malley* [at page 558]:

A *prima facie* case ... 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.

document est ainsi libellé : « En vue d’instaurer l’égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes, chaque membre devrait, parmi ses objectifs de politique nationale, viser à permettre aux personnes ayant des responsabilités familiales qui occupent ou désirent occuper un emploi d’exercer leur droit de l’occuper ou de l’obtenir sans faire l’objet de discrimination et, dans la mesure du possible, sans conflit entre leurs responsabilités professionnelles et familiales. »

[113] Enfin, il est difficile d’envisager la famille sans tenir compte des enfants qui existent au sein de cette famille et des liens qui existent entre les enfants et les parents. L’aspect le plus important de cette relation est l’obligation qu’ont le père et la mère de prendre soin de leurs enfants. Il me semble que, si le législateur fédéral avait eu l’intention d’exclure les obligations parentales, il aurait employé des mots qui expriment clairement son intention en ce sens.

[114] J’estime donc que la conclusion du Tribunal suivant laquelle le concept de situation de famille englobe les obligations liées à la garde des enfants est raisonnable. Cette interprétation s’accorde avec le sens courant des mots et avec les décisions déjà rendues en matière de droits de la personne et par les tribunaux du travail; elle est conforme à la jurisprudence et respecte les objets de la Loi.

Critères de la preuve prima facie de discrimination fondée sur la situation de famille

[115] Il incombe au plaignant de démontrer qu’il y a eu discrimination en violation de l’interdiction prévue par la Loi. Les conditions à remplir pour établir à première vue l’existence d’une discrimination ont été passées en revue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *O’Malley* [à la page 558] :

[L]a 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’[intimé].

[116] The complainant needs to demonstrate that the employer's conduct, policies or practices has some differential impact due to a personal characteristic which is recognized as a prohibited ground of discrimination contrary to sections 7 and 10 of the Act. *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Commission)*, 2005 FCA 154, 334 N.R. 316, *sub nom. Morris v. Canada (Canadian Armed Forces) (Morris)*, at paragraphs 26–28.

[117] The applicant points to tribunal and court decisions that recognize not all claimants' conditions will trigger the protection of human rights legislation. (*Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 (*Amselem*), at paragraphs 46–54; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161 (*McGill*), at paragraph 49, Abella, J. concurring.)

[118] The applicant submits the Tribunal erred in rejecting the test set out *Campbell River*. In that case the Court of Appeal held that the mere fact that an employee with a family is affected by a policy of the employer would not be sufficient to establish a *prima facie* case. Rather, discrimination is only made out where the evidence established a serious interference with a substantial parental or other family duty. The British Columbia Court of Appeal set out the test in *Campbell River*, at paragraph 39, to be applied as:

Whether particular conduct does or does not amount to *prima facie* discrimination on the basis of family status will depend on the circumstances of each case. In the usual case where there is no bad faith on the part of the employer and no governing provision in the applicable collective agreement or employment contract, it seems to me that a *prima facie* case of discrimination is made out when a change in a term or condition of employment imposed by an employer results in a serious interference with a substantial parental or other family duty or obligation of the employee. I think in the vast majority

[116] Le plaignant doit démontrer que la conduite, les politiques ou les pratiques de l'employeur ont créé une distinction défavorable pour lui en raison d'une caractéristique personnelle reconnue comme un motif de distinction illicite interdit par les articles 7 et 10 de la Loi (*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission des droits de la personne)*, 2005 CAF 154, *sub nom. Morris c. Canada (Forces armées canadiennes) (Morris)*, aux paragraphes 26 à 28.

[117] Le demandeur cite des décisions de tribunaux administratifs et de cours de justice qui reconnaissent que ce ne sont pas toutes les situations invoquées par des plaignants qui donnent lieu à la protection des lois sur les droits de la personne (*Alberta (Solicitor General) v. Alberta Union of Provincial Employees (Jungwirth Grievance)* (2010), 192 L.A.C. (4th) 97; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 (*Amselem*), aux paragraphes 46 à 54; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161 (*McGill*), au paragraphe 49, la juge Abella (motifs concourants)).

[118] Le demandeur affirme que le Tribunal a commis une erreur en écartant le critère énoncé dans l'arrêt *Campbell River*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a jugé que le simple fait qu'une employée qui a une famille soit touchée par une politique de l'employeur ne suffit pas pour établir une preuve *prima facie* de discrimination. La preuve de discrimination n'est établie que lorsque la preuve démontre que l'employeur a gravement porté atteinte à la capacité de cette employée de s'acquitter d'une obligation familiale ou parentale importante. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a formulé comme suit le critère applicable, au paragraphe 39 de l'arrêt *Campbell River* :

[TRADUCTION] Un comportement constituera ou non à première vue une discrimination fondée sur la situation familiale selon les circonstances propres à chaque cas. Dans les cas habituels où l'employeur n'est pas de mauvaise foi et où la convention collective ou le contrat d'emploi ne comprend aucune disposition à ce sujet, il me semble qu'il y a discrimination à première vue quand un changement dans les conditions d'emploi imposé par l'employeur résulte en une atteinte grave aux obligations ou devoirs importants parentaux ou familiaux de l'employé. Je crois que dans la vaste majorité des situations où il existe un

of situations in which there is a conflict between a work requirement and a family obligation it would be difficult to make out a *prima facie* case. [Emphasis added.]

[119] The applicant points out the problem with “family status” discrimination cases is the inherent ambiguity in family responsibilities. The jurisprudence to date has identified that family responsibilities for which employees have sought accommodation include karate lessons, attendance at an out-of-town hockey tournament, unspecified commitments of family, continued residence in a particular city, attendance at a spouse’s medical appointments, assisting family members with immigration process, and preference to be at home with a pre-school child. The applicant emphasizes that the *Campbell River* test calls for “serious interference” with parental obligations.

[120] The respondent counters with cases that have held otherwise. *Hoyt*, above, at paragraphs 120–121; *Rajotte*, above, rejecting the “serious interference” test from *Campbell River*, above; *Wight*, above, at paragraph 310; *B.*, above, at paragraphs 44, 45 and 58; *Meiroin*, above, at paragraphs 69–70; *Sketchley*, above, at paragraph 91; *McGill*, above, at paragraph 11.

[121] The Tribunal acknowledged that [at paragraph 220] “not every tension that arises in the context of work-life balance can or should be addressed by human rights jurisprudence”. In my view the childcare obligations arising in discrimination claims based on family status must be one of substance and the complainant must have tried to reconcile family obligations with work obligations. However, this requirement does not constitute creating a higher threshold test of serious interference.

conflit entre les nécessités du travail et une obligation familiale, il serait difficile d’établir la discrimination à première vue. [Non souligné dans l’original.]

[119] Le demandeur souligne que le problème que comportent les affaires de discrimination relatives à la « situation de famille » réside dans l’ambiguïté inhérente des responsabilités familiales. Jusqu’à maintenant, la jurisprudence a expliqué que les responsabilités familiales pour lesquelles les employés ont demandé des mesures d’accommodement comprenaient par exemple les leçons de karaté, la présence des parents à des tournois de hockey à l’extérieur de la ville, des engagements familiaux non précisés, une résidence permanente dans une ville déterminée, l’accompagnement d’un des parents à un rendez-vous médical, l’assistance donnée à des membres de la famille dans le cadre d’un processus d’immigration, et le choix de demeurer à la maison avec un enfant d’âge préscolaire. Le demandeur souligne que le critère énoncé dans l’arrêt *Campbell River* exige qu’il y ait une « atteinte grave » aux obligations parentales.

[120] Le défendeur rétorque en citant des décisions dans lesquelles les tribunaux ont décidé autrement (*Hoyt*, précitée, aux paragraphes 120 et 121; *Rajotte*, précitée, où le Tribunal a rejeté le critère de l’« atteinte grave » de l’arrêt *Campbell River*, précité; *Wight*, précitée, au paragraphe 310; *B.*, précité, aux paragraphes 44, 45 et 58; *Meiroin*, précité, aux paragraphes 69 et 70; *Sketchley*, précité, au paragraphe 91; *McGill*, précité, au paragraphe 11.

[121] Le Tribunal a reconnu [au paragraphe 220] que « ce ne sont pas toutes les tensions qui ont lieu dans le contexte de l’équilibre travail/vie personnelle qui peuvent être traitées par la jurisprudence en matière de droits de la personne ». À mon avis, les obligations liées à la garde des enfants invoquées dans les affaires dans lesquelles l’intéressé se prétend victime de discrimination fondée sur sa situation de famille doivent être des obligations importantes et le plaignant doit avoir tenté de concilier ses obligations familiales avec ses obligations professionnelles. Toutefois, cette exigence ne saurait créer un critère préliminaire plus exigeant en matière d’atteinte grave.

[122] The Federal Court of Appeal held in *Morris*, above, at paragraph 27:

In other words, the legal definition of a *prima facie* case does not require the Commission to adduce any particular type of evidence to prove the facts necessary to establish that the complainant was the victim of a discriminatory practice as defined in the Act. Paragraph 7(b) requires only that a person was differentiated adversely on a prohibited ground in the course of employment.

This approach was followed in *Johnstone* F.C. and applies equally here.

[123] In *Johnstone* F.C. Justice Barnes stated (at paragraphs 30-31):

The Commission's apparent adoption of the serious interference test for identifying family status discrimination also fails to conform with other binding authorities which have clearly established the test for a finding of *prima facie* discrimination. No where to be found in those authorities is a requirement that a complainant establish a "serious interference" with his or her protected interests.

...

On this issue I agree with the legal analysis at para. 38 of the Applicant's Memorandum of Fact and Law where it stated:

The Applicant submits that the underlying circumstances in the present case are no different, and the same threshold for discrimination must apply. To that end, pursuant to the *CHRA*, any and all discrimination is contrary to the *Act*. There is no discretion, and no degree or level of discrimination which must be suffered by the complainant to obtain the protection of the *CHRA*. Thus, the fact that the Applicant was adversely affected by the Respondent's policy is sufficient to establish a *prima facie* case of discrimination, and, by applying a higher standard to the ground of family status in its decision, the Commission erred in law. [Emphasis added.]

[124] Requiring a higher threshold, a serious interference, for the ground of family status is to lessen the protection on that ground as compared with other protected grounds. I agree that the requirement for a higher threshold for proof of *prima facie* discrimination for one

[122] Dans l'arrêt *Morris*, précité, la Cour d'appel fédérale a jugé, au paragraphe 27 :

En d'autres termes, la définition juridique de la preuve *prima facie* n'exige pas que la Commission soumette un type particulier de preuve afin d'établir les faits nécessaires en vue de démontrer que le plaignant a été victime d'un acte discriminatoire selon la définition figurant dans la Loi. L'alinéa 7b) exige uniquement que l'on défavorise une personne en cours d'emploi pour un motif de distinction illicite.

Ce raisonnement a été suivi dans la décision *Johnstone* C.F. et il s'applique également dans le cas qui nous occupe.

[123] Dans la décision *Johnstone* C.F., le juge Barnes déclare (aux paragraphes 30 et 31) :

En adoptant apparemment le critère de l'atteinte grave pour déterminer s'il y avait discrimination fondée sur la situation familiale, la Commission a aussi omis de se conformer aux précédents permettant clairement d'établir s'il y a discrimination à première vue. Il n'est écrit nulle part dans ces précédents qu'il est nécessaire que le plaignant établisse qu'il y a « atteinte grave » à ses droits.

[...]

Sur cette question, j'accepte l'analyse juridique exposée au paragraphe 38 du mémoire des faits et du droit de la demanderesse, où il est écrit :

[TRADUCTION]

La demanderesse soutient que le contexte en l'espèce n'est pas différent et que le même critère préliminaire concernant la discrimination doit être appliqué. À cet égard, soulignons que, selon la LCDP, toute discrimination est contraire à la Loi. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire et un plaignant n'a pas à subir un certain degré ou niveau de discrimination pour obtenir la protection de la LCDP. Ainsi, le fait que la demanderesse ait subi des répercussions négatives en raison de la politique du défendeur suffit à établir qu'il y a à première vue discrimination et, en appliquant un critère plus rigoureux à la discrimination fondée sur la situation familiale, la Commission a commis une erreur de droit. [Non souligné dans l'original.]

[124] Le fait d'exiger que l'on satisfasse à un critère préliminaire plus rigoureux, celui de l'atteinte grave dans le cas du motif de discrimination fondée sur la situation de famille a pour effet de diminuer la protection conférée par ce motif par rapport à celle accordée par les

ground as opposed to the other grounds for which discrimination is prohibited in section 3 would be contrary to the remedial purpose and objective of the Act.

[125] The emphasis on the words “a serious issue” in *Campbell River* confounds the question of employment discrimination on the basis of family status. It is to be remembered that *Campbell River* involved the employer society changing the hours of employment of an employee mother who needed to be at home after school hours to care for her son who was afflicted with a psychiatric disability and had behavioural problems. The B.C. Court of Appeal stated, at paragraph 40:

In the present case, the arbitrator accepted the evidence of Dr. Lund that Ms. Howard’s son has a major psychiatric disorder and that her attendance to his needs during after-school hours was “an extraordinarily important medical adjunct” to the son’s wellbeing. In my opinion, this was a substantial parental obligation of Ms. Howard to her son. The decision by the respondent to change Ms. Howard’s hours of work was a serious interference with her discharge of that obligation. Accordingly, the arbitrator erred in not finding a *prima facie* case of discrimination on the basis of family status. [Emphasis added.]

[126] Simply stated, any significant interference with a substantial parental obligation is serious. Parental obligations to the child may be met in a number of different ways. It is when an employment rule or condition interferes with an employee’s ability to meet a substantial parental obligation in any realistic way that the case for *prima facie* discrimination based on family status is made out.

[127] In *Amsalem*, the Supreme Court of Canada ruled that a person’s freedom of religion is interfered with where the person demonstrates that he or she has a sincere religious belief and a third party interfered, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with that person’s ability to act in accordance with the belief.

autres motifs protégés. Je suis d’accord pour dire que le fait d’exiger un critère préliminaire plus exigeant dans le cas de la preuve de discrimination *prima facie* par rapport aux autres motifs de discrimination qui sont interdits à l’article 3 irait à l’encontre de l’objectif réparateur de la Loi.

[125] L’accent que l’arrêt *Campbell River* met sur l’existence d’une « question sérieuse » brouille la question de la discrimination en matière d’emploi fondée sur la situation de famille. Il faut se rappeler que l’affaire *Campbell River* portait sur une entreprise qui avait modifié les heures d’emploi d’une mère qui devait se trouver à la maison après l’école pour prendre soin de son fils atteint de troubles psychiatriques et de problèmes de comportement. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a déclaré, au paragraphe 40 :

[TRADUCTION] En l’espèce, l’arbitre a accepté le témoignage du Dr Lund suivant lequel le fils de M^{me} Howard souffre de troubles psychiatriques graves et la présence de M^{me} Howard pour s’occuper de son fils après l’école « constitue un apport médical capital pour assurer le bien-être de son fils ». À mon avis, il s’agit d’une obligation parentale importante de M^{me} Howard envers son fils. La décision de l’intimé de modifier les heures de travail de M^{me} Howard a entravé sérieusement la capacité de cette dernière de s’acquitter de cette obligation. Par conséquent, l’arbitre a commis une erreur en ne concluant pas à l’existence d’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille. [Non souligné dans l’original.]

[126] En termes simples, toute atteinte substantielle à une obligation parentale importante est grave. Il y a différentes façons de répondre aux obligations parentales. C’est lorsqu’un règlement ou une condition de travail de l’employeur entrave la capacité de l’employé de s’acquitter d’une importante obligation parentale de façon réaliste qu’une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille est établie.

[127] Dans l’arrêt *Amsalem*, la Cour suprême du Canada a statué que, pour démontrer l’existence d’une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur peut établir qu’il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance en lien avec la religion et que la conduite qu’il reproche à un tiers nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance.

[128] The phrase “a substantial parental duty or obligation” equates with and establishes the same threshold as a sincere religious belief (*Amselem*).

[129] In my view, the serious interference test as proposed by the applicant is not an appropriate test for discrimination on the ground of family status. It creates a higher threshold to establish a *prima facie* case on the ground of family status as compared to other grounds. Rather, the question to be asked is whether the employment rule interferes with an employee’s ability to fulfill her substantial parental obligations in any realistic way.

Finding Proof of Prima Facie Discrimination

[130] The applicant submits the Tribunal focussed only on the impact of the local shift scheduling rule instead of first considering if the rotational shift schedule had an adverse impact and then considering whether the local scheduling rule an employee must accept part-time employment in order to work fixed shifts was reasonable accommodation.

[131] The applicant argues Ms. Johnstone did not show that rotating shifts interfered with her core obligation as a parent to arrange for childcare for the children. Moreover, she did not show the reasons for the conflict were due to circumstances beyond her control instead of the result of a series of choices she and her husband jointly made. The applicant submits the evidence before the Tribunal was the availability of childcare depended on a number of choices many of which were in the sole control of the parent: the choice of where to live, what size home to have, the choice to have the father continue to work rotating shifts, their preference to have their children in their care as much as possible or to have only family members provide care, their preference not to pay for childcare and the respondent Johnstone’s preference to work three days a week.

[128] L’expression « obligation parentale importante » équivaut à celle pour laquelle la norme de la preuve applicable aux convictions religieuses sincères s’applique (*Amselem*).

[129] À mon avis, le critère de l’atteinte grave proposée par le demandeur n’est pas celui qui convient dans le cas de la discrimination fondée sur la situation de famille. Ce critère a pour effet de fixer un seuil trop élevé à respecter pour établir une preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la situation de famille par rapport aux autres motifs. La question à se poser est plutôt celle de savoir si la condition d’emploi entrave la capacité de l’employée de s’acquitter de ses obligations parentales importantes de façon réaliste.

Preuve prima facie de discrimination

[130] Le demandeur affirme que le Tribunal s’en est tenu qu’au règlement sur les postes à horaire variable au lieu de se demander d’abord si l’horaire par quarts de travail rotatifs avait des incidences négatives et se demander ensuite si le travail à temps partiel que l’employée doit accepter pour pouvoir effectuer des quarts de travail fixes constituait une mesure d’accommodement raisonnable.

[131] Le demandeur affirme que M^{me} Johnstone n’a pas démontré que les quarts de travail rotatifs l’empêchaient de s’acquitter de son obligation fondamentale en tant que parent de trouver des services de garde pour ses enfants. De plus, elle n’a pas démontré que le conflit en question était attribuable à des circonstances indépendantes de sa volonté plutôt qu’à une série de choix qu’elle et son mari avaient fait ensemble. Le demandeur affirme que, suivant la preuve dont disposait le Tribunal, la disponibilité des services de garde dépendait d’une série de choix dont nombre d’entre eux dépendaient uniquement du choix du parent : l’endroit où il décidait de vivre, les dimensions de la maison, la décision du père de continuer à effectuer des quarts de travail rotatifs, le choix des parents de faire garder autant que possible leurs enfants par des membres de leur propre famille, leur préférence de ne pas payer pour faire garder leurs enfants et le choix de la défenderesse, M^{me} Johnstone, de travailler trois jours par semaine.

[132] The applicant points out Ms. Friendly conceded there was little empirical data on the availability of non-regulated childcare which was the type overwhelmingly used by most Canadians. The applicant notes Ms. Johnstone acknowledged from 1998–2002 she had worked the rotational shift and also worked a second job on Monday to Thursday 9:00 a.m. to 1:00 p.m. She did this by switching shifts whenever conflicts arose. Given this, the applicant submits it is unclear why the respondent and her husband could not have arranged childcare for certain days, switched shifts or taken family or other leave if necessary. The applicant also points out no consideration was given to the choice by Ms. Johnstone and her husband to move from a home she owned in Toronto, six kilometres from the airport, to the small town of Cookstown, near Barrie.

[133] The applicant argues that it was unreasonable for the Tribunal to find that it was doubtful anyone in Ms. Johnstone's situation would find any third party other than family willing to provide childcare. The applicant also submits that this finding was unsupported by the evidence.

[134] The applicant emphasizes that Pearson is a 24 hours/7 days a week operation and rotating shifts is a condition of employment for all employees. Application of the VSSA to full-time employees cannot be viewed as arbitrary, nor does it engage in stereotypical presumptions about parents of young children. As a result, the applicant submits *prima facie* discrimination on the basis of "family status" was not made out on the facts of this case. While it may be that Ms. Johnstone and her husband faced difficulties in balancing their work schedules and their childcare arrangements, these same challenges were faced by other border services officers at Pearson, all of whom were able to resolve the conflict, by making different choices.

[132] Le demandeur souligne que M^{me} Friendly a admis que l'on disposait de peu de données empiriques sur la possibilité de trouver des services de garde non enregistrés qui correspondent à ceux auxquels la plupart des Canadiens recourent en majorité. Le demandeur relève que M^{me} Johnstone a reconnu qu'entre 1998 et 2002, elle avait effectué des quarts de travail rotatifs et qu'elle avait également exercé un autre emploi du lundi au jeudi de 9 h à 13 h. En cas de conflit d'horaire, elle échangeait ses quarts de travail. Le demandeur affirme que, compte tenu de ces faits, on ne sait pas avec certitude pourquoi la défenderesse et son mari n'auraient pas pu prendre les dispositions nécessaires pour faire garder leurs enfants certains jours, échanger leurs quarts de travail ou prendre des congés familiaux ou d'autres congés au besoin. Le demandeur souligne également qu'on a pas pris en considération le fait que M^{me} Johnstone et son mari ont choisi de laisser la maison dont elle était propriétaire à Toronto, à six kilomètres de l'aéroport, pour aller vivre à Cookstown, une petite localité située près de Barrie.

[133] Le demandeur soutient qu'il était déraisonnable de la part du Tribunal de conclure qu'il était douteux que quiconque se trouvant dans la situation de M^{me} Johnstone réussisse à trouver quelqu'un à l'extérieur de sa famille qui soit disposé à garder ses enfants. Le demandeur affirme également que cette conclusion n'était pas appuyée par la preuve.

[134] Le demandeur souligne que l'aéroport Pearson est ouvert 24 heures par jour, 7 jours par semaine et que les quarts de travail rotatifs sont une condition de travail à laquelle tous les employés doivent se plier. L'application de l'EPHV aux employés à temps plein ne saurait être considérée comme une mesure arbitraire et elle ne donne pas lieu à l'application d'hypothèses stéréotypées au sujet des parents de jeunes enfants. Par conséquent, le demandeur affirme que, vu les faits de la présente affaire, aucune preuve *prima facie* de discrimination fondée sur la « situation de famille » n'a été établie. Bien qu'il soit possible que M^{me} Johnstone et son mari aient de la difficulté à concilier leur horaire de travail et leurs responsabilités liées à la garde de leurs enfants, d'autres agents des services frontaliers sont confrontés aux mêmes difficultés qu'eux à Pearson et

[135] Nevertheless, I find there was evidence before the Tribunal supporting its conclusion that Ms. Johnston was discriminated against on the basis of her family status.

[136] Ms. Johnstone testified about her efforts to secure childcare which would allow her to continue to work the rotating schedule as set out in VSSA. She investigated both regulated childcare providers and unregulated childcare providers and made broader inquiries in an attempt to secure flexible childcare. She found she could not secure childcare that would allow her to continue under the VSSA schedule.

[137] Ms. Johnstone's evidence with respect to the need for accommodation was confirmed by expert testimony. Ms. Friendly testified that unpredictability in hours required was the most difficult factor in accommodating childcare and opined that Ms. Johnstone's situation was one of the most difficult childcare situations she could imagine.

[138] The Tribunal also had evidence the CBSA made no attempt to accommodate Ms. Johnstone or inquire into her individual circumstances, choosing to rely on its unwritten blanket policy.

[139] The Tribunal was in a position to assess whether the CBSA adversely differentiated against Ms. Johnstone compared to treatment of other individuals seeking accommodation for medical and religious reasons, given that it allowed individuals in those groups to continue to work full-time. The CBSA allowed individualized assessments of employees seeking accommodation on medical or religious grounds but responded to

tous ont réussi à résoudre ce conflit en effectuant des choix différents.

[135] J'estime néanmoins que le Tribunal disposait d'éléments de preuve qui appuyaient sa conclusion que M^{me} Johnstone avait été victime de discrimination fondée sur sa situation de famille.

[136] M^{me} Johnstone a témoigné au sujet des démarches qu'elle avait entreprises pour obtenir des services de garde qui lui auraient permis de continuer à effectuer des quarts de travail rotatifs conformément à l'EPVH. Elle s'est informée tant au sujet de la possibilité de se trouver des services de garde enregistrés que non enregistrés et elle a effectué des recherches élargies pour chercher à obtenir des services de garde flexibles. Elle a constaté qu'elle ne pouvait obtenir des services de garde qui lui auraient permis de continuer à travailler selon l'horaire de l'EPVH.

[137] Le témoignage que M^{me} Johnstone a donné au sujet de son besoin de mesures d'accommodement a été confirmé par des témoignages d'expert. M^{me} Friendly a expliqué que l'imprévisibilité des heures exigées était le facteur le plus difficile lorsqu'il s'agissait de prendre des mesures d'accommodement pour tenir compte des obligations liées à la garde d'enfants et elle s'est dite d'avis que la situation de M^{me} Johnstone était l'une des plus difficiles qu'elle pouvait imaginer en ce qui concerne les services de garde.

[138] Le Tribunal disposait également d'élément de preuve démontrant que l'ASFC n'avait fait aucune tentative pour accommoder M^{me} Johnstone ou pour s'informer au sujet de sa situation particulière, et qu'elle avait plutôt choisi de s'en remettre à sa politique non écrite générale.

[139] Le Tribunal était en mesure de vérifier si l'ASFC avait défavorisé M^{me} Johnstone par rapport à d'autres personnes qui avaient réclamé des mesures d'accommodement pour des raisons médicales ou religieuses, compte tenu du fait qu'elle avait permis à des personnes de ces groupes de continuer à travailler à temps plein. L'ASFC a autorisé l'évaluation individuelle d'employés réclamant des mesures d'accommodement

Ms. Johnstone on the basis of a blanket policy that required her to forfeit her status as a full-time employee.

[140] The CBSA's policy was based on the arbitrary assumption that the need for accommodation on the basis of family obligations was merely the result of choices that individuals make, rather than legitimate need.

[141] While the CBSA contended that other couples facing the same challenges were able to resolve their conflicts by making different choices, Ms. Johnstone's evidence was that virtually all of the couples dealt with their childcare obligations by accepting part-time hours imposed on them in exchange for the static shifts they required.

[142] Finally, there was evidence before the Tribunal that some CBSA employees have been allowed to work more than 10-hour shifts. The Tribunal had the factual basis to conclude there was no support for CBSA's conclusion that the 10-hour shift maximum was related to a legitimate health or occupational requirement.

[143] On the evidence before it, the Tribunal found Ms. Johnstone was a parent who had substantial childcare obligations and despite her best efforts could not find daycare for her children. The Tribunal also found on the evidence that accommodating Ms. Johnstone would not have caused undue hardship to the CBSA.

[144] In *Dunsmuir*, the Supreme Court stated that "[a] court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable justification, transparency and intelligibility.... But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes ... defensible in respect of the facts and the law." *Dunsmuir*, at paragraph

pour des raisons médicales ou religieuses, mais a répondu à M^{me} Johnstone en invoquant une politique générale l'obligeant à renoncer à son statut d'employée à temps plein.

[140] La politique de l'ASFC était fondée sur l'hypothèse arbitraire suivant laquelle le besoin de mesures d'accommodement fondées sur des obligations familiales était simplement le résultat de choix personnels et que cette demande n'était pas motivée par des besoins légitimes.

[141] L'ASFC a affirmé que certains couples ayant des enfants d'âge préscolaire — M^{me} Johnstone a quant à elle témoigné qu'il s'agissait de pratiquement tous les couples dans cette situation — s'acquittaient de leurs obligations en matière de garde en acceptant un horaire à temps partiel qui leur était imposé en échange de quarts de travail fixes.

[142] Enfin, le Tribunal disposait d'éléments de preuve démontrant que certains employés de l'ASFC avaient été autorisés à effectuer des quarts de travail de plus de 10 heures. Le Tribunal disposait donc d'un fondement factuel lui permettant de conclure que la conclusion de l'ASFC suivant laquelle le quart de travail maximal de 10 heures se justifiait par des préoccupations légitimes se rapportant à la santé ou à des exigences professionnelles n'avait aucun fondement.

[143] Vu l'ensemble de la preuve dont il disposait, le Tribunal a conclu que M^{me} Johnstone était une mère qui avait des obligations liées à la garde de ses enfants importantes et qui, malgré tous les efforts qu'elle avait déployés, n'avait pas réussi à trouver des services de garde pour ses enfants. Le Tribunal a également conclu que, suivant la preuve, la prise de mesures d'accommodement pour M^{me} Johnstone n'aurait pas causé de contraintes excessives à l'ASFC.

[144] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême explique que « [l]a cour de révision se demande [...] si la décision et sa justification possèdent les attributs de la responsabilité. Le caractère raisonnable tient [...] à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité [...] ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au

47. In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland and Labrador Nurses Union*), the Supreme Court emphasized “the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes.” *Newfoundland and Labrador Nurses Union*, at paragraph 14.

[145] Here the Tribunal, after addressing the interpretation of “family status” in the legislation, and treatment of the words in jurisprudence, set out the legal test for a *prima facie* case and considered the evidence before it. The applicant prefers certain facts and interpretations of these facts but the substance of the matter is the Tribunal had evidence before it that support the outcome it arrived at. In doing so, the Tribunal’s decision falls within a range of possible outcomes.

[146] The Tribunal found that Ms. Johnstone had established a *prima facie* case of discrimination pursuant to sections 7 and 10 of the Act. I am satisfied its findings are supported by the evidence and are within the range of reasonable outcomes.

Remedial Orders

[147] The applicant submits that even if the Tribunal’s findings with respect to *prima facie* discrimination are sustained, the Tribunal made the following errors of law and mixed fact and law in crafting their remedial order:

a. the Tribunal erred in awarding lost wages for periods of time that Ms. Johnstone’s admitted she was unavailable or otherwise chose not to work;

b. the Tribunal erred in finding CBSA’s conduct toward Ms. Johnstone was wilful and reckless warranting the

regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, au paragraphe 47). Dans l’arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland and Labrador Nurses Union*), la Cour suprême a souligné que « les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » (*Newfoundland and Labrador Nurses Union*, au paragraphe 14).

[145] En l’espèce, après avoir examiné l’interprétation de l’expression « situation de famille » contenue dans la Loi et avoir examiné comment ces mots avaient été interprétés dans la jurisprudence, le Tribunal a énoncé le critère juridique de la preuve *prima facie* et examiné la preuve qui lui avait été soumise. Le demandeur préfère certains faits et interprétations de ces faits, mais il n’en demeure pas moins que le Tribunal disposait d’éléments de preuve qui appuient le résultat auquel il est arrivé. La décision du Tribunal appartient donc aux issues possibles.

[146] Le Tribunal a conclu que M^{me} Johnstone avait établi une preuve *prima facie* de discrimination au sens des articles 7 et 10 de la Loi. Je suis convaincu que ses conclusions étaient appuyées par la preuve et qu’elles appartiennent aux issues raisonnables.

Ordonnances réparatrices

[147] Le demandeur affirme que, même si les conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la discrimination *prima facie* sont confirmées, le Tribunal a commis les erreurs de droit et erreurs sur les questions mixtes de droit et de fait suivantes en formulant son ordonnance réparatrice :

a. le Tribunal a commis une erreur en accordant une indemnité pour le salaire perdu pour la période de temps au cours de laquelle M^{me} Johnstone a admis qu’elle n’était pas disponible ou a autrement choisi de ne pas travailler;

b. le Tribunal a commis une erreur en concluant que la conduite de l’ASFC envers M^{me} Johnstone était

maximum allowable special compensation under subsection 53(3);

c. the Tribunal exceeded its jurisdiction requiring the CBSA to establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the Commission.

Lost Wages

[148] The Federal Court of Appeal decision in *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393 (*Chopra*), confirms that there is no requirement that the Tribunal apply common law principles such as foreseeability and mitigation in the statutory context of the Act [at paragraph 37]:

The fact that foreseeability is not an appropriate device for limiting the losses for which a complainant may be compensated does not mean that there should be no limit on the liability for compensation. The first limit is that recognized by all members of the Court in *Morgan*, that is, there must be a causal link between the discriminatory practice and the loss claimed. The second limit is recognized in the Act itself, namely, the discretion given to the Tribunal to make an order for compensation for any or all of wages lost as a result of the discriminatory practice. This discretion must be exercised on a principled basis. [Emphasis in original.]

Accordingly, the damages in human rights cases are only limited by causality and the requirement that any decision limit the remedial order be made on a “principled basis”.

[149] The Tribunal noted that the parties seemed confident they could reach agreement on the quantum to which Ms. Johnstone would be entitled for lost wages and benefits if the Tribunal ordered compensation on this basis. The Tribunal found Ms. Johnstone would have worked full-time hours from the entire period, January 2004 to the present, had the impudent scheduling rule not applied to her. The Tribunal had ordered the CBSA to pay the difference between full-time wages and the hours worked other than when she was on her second maternity leave from December 2004 to December 2005.

délibérée ou inconsiderée et justifiait ainsi l’octroi de l’indemnité spéciale maximale prévue au paragraphe 53(3);

c. le Tribunal a outrepassé sa compétence en obligeant l’ASFC à élaborer des politiques écrites satisfaisantes pour M^{me} Johnstone et la Commission.

Perte de salaire

[148] Dans l’arrêt *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393 (*Chopra*), la Cour d’appel fédérale confirme que le Tribunal n’est pas tenu d’appliquer les principes de common law tels que la prévisibilité et l’atténuation dans le contexte législatif de la Loi [au paragraphe 37] :

Le fait que la prévisibilité ne constitue pas un facteur approprié de limitation des pertes dont un plaignant peut être dédommagé ne signifie pas qu’il ne devrait y avoir aucune limite à la responsabilité d’indemniser. La première limite a été reconnue unanimement par les membres formant la Cour dans *Morgan* : il doit exister un lien de causalité entre l’acte discriminatoire et la perte alléguée. La deuxième limite, consacrée par la Loi même, consiste dans le pouvoir discrétionnaire conféré au Tribunal d’ordonner l’indemnisation de la totalité ou de la fraction des pertes de salaire entraînées par l’acte discriminatoire. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire doit obéir à des principes. [Souligné dans l’original.]

Par conséquent, dans les affaires de droits de la personne, les dommages-intérêts sont seulement limités par le principe de la causalité et le principe suivant lequel l’ordonnance réparatrice doit « obéir à des principes ».

[149] Le Tribunal a fait observer que les parties semblaient avoir confiance de pouvoir s’entendre sur le montant qui devait être accordé à M^{me} Johnstone si le Tribunal ordonnait qu’elle soit indemnisée pour les pertes de salaire et d’avantages. Le Tribunal a conclu que M^{me} Johnstone aurait travaillé à temps plein pour toute la période écoulée depuis janvier 2004 si l’horaire contesté ne s’était pas appliqué à elle. Le Tribunal a ordonné à l’ASFC de payer la différence entre le salaire à temps plein et les heures effectuées autres que celles pendant lesquelles elle était absente en congé de maternité entre décembre 2004 et décembre 2005.

[150] The applicant submits the CBSA had no control over the Ms. Johnstone's decision to reduce her hours from 34 hours to 30 hours during the first period and from 34 hours to 20 hours during the second period. The applicant also submits that Ms. Johnstone voluntarily opted to reduce her work schedule during the first period to 3 days a week for a maximum of 30 hours instead of the 3.5 days a week for a maximum of 34 hours. After the second parental leave the applicant submits Ms. Johnstone chose to only work 20 hours per week because her sister was unavailable to provide childcare on Fridays.

[151] The applicant also submits the Tribunal erred in ordering the CBSA pay Ms. Johnstone full-time from August 2007 to August 2008, since she took advantage of unpaid leave provisions under VSSA while her spouse was stationed in Ottawa and she made no effort to seek a position with CBSA in Ottawa. The applicant submits that there is no causal connection between the lost wages during this period and the alleged discriminatory practice.

[152] The Tribunal's decision to award full-time pay status for part-time work does have a causal connection with the discrimination the Tribunal found to have occurred while Ms. Johnstone worked at CBSA operations at Pearson. The Tribunal noted [at paragraph 372] that Ms. Johnstone testified she "would have made it work" had she been granted full-time shifts. Ms. Johnstone was not able to work full-time regardless of the amount of hours she worked part-time.

[153] However, I find it difficult to discern the basis for the Tribunal's award of full wages for the period Ms. Johnstone was on unpaid leave under VSSA on accompanying her spouse to Ottawa. Both the change in the terms of taking leave and relocating to Ottawa require further rationale for the award for this period which the Tribunal has not provided. Without such, I cannot say there is a causal connection between the discrimination found to have occurred at Pearson and Ms. Johnstone's sojourn in Ottawa.

[150] Le demandeur affirme que l'ASFC n'avait aucun contrôle sur la décision de M^{me} Johnstone de ramener ses heures de 34 à 30 au cours de la première période et de 34 à 20 au cours de la seconde. Le demandeur ajoute que M^{me} Johnstone a délibérément choisi de réduire son horaire de travail au cours de la première période à 3 jours par semaine à un maximum de 30 heures au lieu de 3,5 jours par semaine à un maximum de 34 heures. Le demandeur affirme qu'après son second congé parental, M^{me} Johnstone a choisi de ne travailler que 20 heures par semaine parce que sa sœur n'était pas disponible pour s'occuper de la garde des enfants le vendredi.

[151] Le demandeur affirme également que le Tribunal a commis une erreur en ordonnant à l'ASFC de rémunérer M^{me} Johnstone à temps plein d'août 2007 à août 2008, étant donné que M^{me} Johnstone a profité des dispositions relatives au congé sans solde prévues par l'EPHV alors que son conjoint était posté à Ottawa et qu'elle n'a fait aucun effort pour se trouver un poste au sein de l'ASFC à Ottawa. Le demandeur affirme qu'il n'y a aucun lien de causalité entre le salaire perdu au cours de cette période et le présumé acte discriminatoire.

[152] La décision du Tribunal de reconnaître un statut d'employée payée à temps plein pour du travail à temps partiel reconnaît effectivement l'existence d'un lien de causalité avec la discrimination qui, selon le Tribunal, s'est produite, alors que M^{me} Johnstone travaillait pour l'ASFC à Pearson. Le Tribunal a fait observer [au paragraphe 372] que M^{me} Johnstone avait déclaré qu'elle « aurait réussi à s'organiser » si on lui avait permis de travailler à temps plein. M^{me} Johnstone n'a pas réussi à travailler à temps plein malgré le nombre d'heures qu'elle effectuait à temps partiel.

[153] J'ai toutefois du mal à comprendre comment le Tribunal a pu verser à M^{me} Johnstone son plein salaire pendant la période pendant laquelle elle était en congé sans solde aux termes de l'EPHV pour accompagner son époux à Ottawa. Les modifications aux conditions du congé sans solde et le déménagement à Ottawa nécessitent d'autres explications pour justifier le salaire versé pour cette période. Or, le Tribunal n'a pas motivé ce montant. À défaut de pareilles explications, je ne puis affirmer qu'il existe un lien de causalité entre la

[154] The Tribunal’s award of full-time wages and benefits is reasonable, but for the period from August 2007 to August 2008, when Ms. Johnstone opted for unpaid leave provisions under VSSA to accompany her husband to Ottawa. Since the Tribunal did not address that circumstance satisfactorily, I am referring that portion of the award back to the Tribunal for reconsideration.

Special Compensation

[155] In making an order for special compensation under subsection 53(3) of the Act, the Tribunal must establish the person is engaging or has engaged in discriminatory practice wilfully and recklessly. This is a punitive provision intended to provide a deterrent and discourage those who deliberately discriminate. A finding of wilfulness requires that the discriminatory act and the infringement of the person’s rights under the Act be intentional. Recklessness usually denotes acts that disregard or show indifference for the consequences such that the conduct is done wantonly or heedlessly.

[156] The applicant submits the Tribunal erred in finding the CBSA conduct was wilful and reckless advancing four main arguments:

a. the Tribunal misdirected its inquiry under subsection 53(3) by not focusing on the particular facts relating to Ms. Johnstone’s present complaint, instead directing its inquiry into a review of the CBSA’s failure to implement a ruling in *Brown* that did not direct the employer to [at paragraph 245] “develop accommodation policies for those seeking accommodation on the ground of ‘family status’”;

discrimination qui se serait produite à Pearson et le séjour de M^{me} Johnstone à Ottawa.

[154] La décision du Tribunal d’accorder à M^{me} Johnstone son plein salaire et ses avantages est raisonnable sauf pour la période comprise entre août 2007 et août 2008, durant laquelle M^{me} Johnstone a choisi de se prévaloir des dispositions de l’EPHV lui permettant de prendre un congé sans solde pour accompagner son mari à Ottawa. Étant donné que le Tribunal n’a pas traité de façon satisfaisante cette situation, je renvoie cette partie de cette décision au Tribunal pour qu’il la réexamine.

Indemnité spéciale

[155] Pour accorder une indemnité spéciale en vertu du paragraphe 53(3) de la Loi, le Tribunal doit être convaincu que l’acte discriminatoire était délibéré ou inconsidéré. Il s’agit d’une disposition punitive visant à dissuader ou à décourager ceux qui se livrent de façon délibérée à des actes discriminatoires. Pour conclure que l’acte était délibéré, il faut que l’acte discriminatoire et l’atteinte aux droits de la personne aient été intentionnels. On entend par « acte inconsidéré » celui qui témoigne d’un mépris ou d’une indifférence quant aux conséquences et d’une manière d’agir téméraire ou insouciant.

[156] Le demandeur invoque les quatre arguments suivants pour soutenir que le Tribunal a commis une erreur en concluant que le comportement de l’ASFC était délibéré et inconsidéré :

a. le Tribunal a mal orienté son analyse de l’alinéa 53(3) en ne se concentrant pas sur les faits particuliers se rapportant à la plainte actuelle de M^{me} Johnstone et en s’en tenant plutôt au fait que l’ASFC n’avait pas suivi la directive de la décision *Brown* [au paragraphe 245] « d’élaborer des politiques d’accommodement pour les employés qui demandent des mesures d’accommodement en raison de leur “situation de famille” »;

b. the Tribunal mischaracterized and misconstrued documentary evidence concerning employment equity that were not properly identified by witnesses and were not relevant;

c. the Tribunal ignored evidence of good faith on the part of CBSA's management including the approach they took to the request for accommodation which included seeking the advice of human resources experts;

d. the Tribunal failed to give due regard to the unsettled nature of the law noting that CBSA's decision was consistent with that of the earlier Commission's decision on October 11, 2005, decision which applied *Campbell River*.

[157] The applicant submits there have been a number of conflicting decisions with respect to the meaning and scope of the ground family status by arbitrators, labour boards and human rights tribunals. The applicant submits that employers are entitled and obliged to adhere to developments in the law but it is unreasonable to find an employer's conduct to be wilful and reckless when the law is so unsettled.

[158] The Tribunal is a specialized human rights tribunal whose decisions in the area of its expertise are owed due deference. The gist of the Tribunal's award on special damages is that the CBSA failed to have regard to the central question of accommodation for family status when it was well aware of the issue arising on the question of childcare.

[159] Administrative decision makers are masters of general proceedings and have significant latitude in applying the rules of evidence. Paragraph 50(3)(c) of the Act provides the Tribunal with a wide discretion to :

b. le Tribunal a mal qualifié et mal interprété des éléments de preuve documentaires relatifs à l'équité en matière d'emploi qui ont été mal qualifiés par les témoins et qui n'étaient pas pertinents;

c. le Tribunal a ignoré des éléments de preuve démontrant la bonne foi de la direction de l'ASFC et notamment la démarche qu'elle avait suivie pour répondre à la demande d'accommodement, notamment en consultant des experts en ressources humaines;

d. le Tribunal n'a pas tenu compte du fait que la jurisprudence est flottante et notamment du fait que la décision de l'ASFC était conforme à la décision du 11 octobre 2005 dans laquelle la Commission avait appliqué l'arrêt *Campbell River*.

[157] Le demandeur fait valoir qu'il existe plusieurs décisions contradictoires rendues par des arbitres, des organismes des relations de travail et des tribunaux des droits de la personne sur le sens et la portée du motif de discrimination relatif à la situation de famille. Le demandeur affirme que les employeurs ont le droit et sont obligés de suivre l'évolution du droit, mais qu'il n'est pas raisonnable de conclure que la conduite de l'employeur est délibérée et inconsidérée lorsque la jurisprudence est à ce point flottante.

[158] Le Tribunal est un tribunal spécialisé en matière des droits de la personne dont les décisions dans le domaine de son expertise commandent la déférence. L'essentiel de la décision du Tribunal sur la question des dommages-intérêts spéciaux est que l'ASFC n'a pas tenu compte de la question centrale des mesures d'accommodement à prendre en raison de la situation de famille alors qu'il était bien au courant du problème qui se posait en l'espèce quant à la garde des enfants.

[159] Les décideurs administratifs sont maîtres de leur propre procédure et ils disposent d'une importante latitude lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de preuve. L'alinéa 50(3)c) de la Loi confère au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet :

50...

Additional powers (3)...
(c) ... receive and accept any evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, that the member or panel sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.

See also *Dhanjal v. Air Canada*, 1996 CanLII 2385, 28 C.H.R.R. D/367 (C.H.R.T.), at paragraphs 9–24; affd 1997 CanLII 5751, 139 F.T.R. 37 (F.C.T.D.).

In result, the Court ought not to reweigh the evidence that was before the Tribunal in this matter.

[160] The CBSA cannot rely on the Commission's decision to screen out Ms. Johnstone's complaint when it was overturned by the Court in *Johnstone* F.C. The jurisprudence, including *Campbell River*, concluded that family status included family childcare obligations. The jurisprudence largely relied upon by the applicant other than *Campbell River* turns on fact situations where the purported childcare obligations were matters of personal choice or of a minor nature.

[161] It is open for the Tribunal to conclude the CBSA ignored the jurisprudence when it took the position that family obligations did not fall within family status because having children was a matter of personal choice. It was also open for the Tribunal to find there was no individual analysis by the CBSA of Ms. Johnstone's request by the CBSA.

[162] The Tribunal identified the basis in evidence to support its award of special compensation. In particular, the Tribunal found the CBSA disregarded the decision in *Brown* which squarely addressed the issue of family status accommodation for this employer at this worksite, developed but never implemented a policy on family status accommodation, lacked human rights training for senior management levels, and made no attempt to

50. [...]

(3) [...] Pouvoirs
c) de recevoir [...] des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire.

Voir également la décision *Dhanjal c. Air Canada*, 1996 CanLII 2385 (T.C.D.P.), aux paragraphes 9 à 24; conf. par 1997 CanLII 5751 (C.F. 1^{re} inst.).

Par conséquent, la Cour ne devrait pas procéder à une nouvelle appréciation de la preuve dont le Tribunal disposait en l'espèce.

[160] L'ASFC ne peut se fonder sur la décision de la Commission d'écartier à l'étape préalable la plainte de M^{me} Johnstone alors que cette décision a été infirmée par la Cour dans la décision *Johnstone* C.F. La jurisprudence a conclu, notamment dans l'arrêt *Campbell River*, que la situation de famille englobait les obligations liées à la garde des enfants. La jurisprudence sur laquelle le demandeur se fonde dans une large mesure portait, à l'exception de l'affaire *Campbell River*, sur des affaires dans lesquelles les présumées obligations en matière de garde étaient des questions de choix personnel ou n'avaient qu'une importance mineure.

[161] Il était loisible au Tribunal de conclure que l'ASFC avait ignoré la jurisprudence lorsqu'elle a adopté le point de vue que les obligations familiales ne faisaient pas partie du concept de « situation de famille », étant donné que le fait d'avoir des enfants est une question de choix personnel. Il était également loisible au Tribunal de conclure que l'ASFC n'avait pas procédé à une analyse individuelle de la demande de M^{me} Johnstone.

[162] Le Tribunal a précisé les éléments de preuve sur lesquels il s'appuyait pour accorder une indemnité spéciale. Le Tribunal a notamment conclu que l'ASFC avait écarté la décision *Brown* qui abordait carrément la question de la prise de mesure d'accommodement pour des raisons familiales par ce même employeur au même lieu de travail. Le Tribunal a ajouté que l'ASFC avait élaboré, mais n'avait jamais mis en œuvre, des politiques

inquire into Ms. Johnstone's personal circumstances or inform her of options.

[163] Given the deference accorded to the Tribunal on matters concerning its expertise and its identification of the basis for its award of special compensation, I conclude the Tribunal's order of special compensation is justified.

Exceeding Jurisdiction

[164] Finally, the applicant submits the Tribunal erred and exceeded its jurisdiction in ordering the CBSA to establish written policies [at paragraph 367] "satisfactory to Ms. Johnstone and the CHRC" (emphasis added). The applicant submits the Tribunal has no authority to require that such policies be subject to the approval of another party.

[165] The Tribunal's order to establish policies is authorized by the Act given the wording of paragraph 53(2)(a). The Tribunal has a broad remedial authority to order measures in consultation with the Commission to redress the offending practice or prevent the same or similar practice occurring in the future.

[166] The Tribunal ordered the CBSA to cease its discriminatory practices against employees who seek accommodation based on family status for purposes of childcare and to consult with the Canadian Human Rights Commission to develop a plan to prevent further incidents of discrimination based on family status in the future. The Tribunal further ordered the CBSA to establish written policies satisfactory to Ms. Johnstone and the Canadian Human Rights Commission to address family status accommodation requests within six months and that these policies include a process for individualized assessments of those making such requests.

sur les mesures d'accommodement fondées sur la situation de famille, que les cadres supérieurs n'avaient pas reçu la formation en matière de droit de la personne et que l'ASFC n'avait pas cherché à s'informer de la situation personnelle de M^{me} Johnstone ou de l'informer des options qui s'offraient à elle.

[163] Compte tenu de la déférence dont il convient de faire preuve envers le Tribunal sur les questions relevant de son expertise et des raisons qu'il a invoquées pour justifier l'indemnité spéciale qu'il a accordée, j'estime que l'indemnité spéciale qu'il a accordée était justifiée.

Excès de compétence

[164] Enfin, le demandeur affirme que le Tribunal a commis une erreur et a outrepassé sa compétence en ordonnant à l'ASFC d'établir des politiques écrites [au paragraphe 367] « qui satisferont M^{me} Johnstone et la CCDP » (non souligné dans l'original). Le demandeur affirme que le Tribunal n'a aucun pouvoir d'exiger que de telles politiques soient assujetties à l'approbation d'un tiers.

[165] Compte tenu du libellé de l'alinéa 53(2)a), le pouvoir du Tribunal d'ordonner d'établir des politiques lui est conféré par la Loi. Le Tribunal possède un vaste pouvoir réparateur d'ordonner la prise de mesures en collaboration avec la Commission pour corriger l'acte répréhensible ou pour empêcher qu'il se reproduise à l'avenir.

[166] Le Tribunal a ordonné à l'ASFC de cesser ses pratiques discriminatoires fondées sur la situation de famille contre les employés qui demandent des mesures d'accommodement pour s'acquitter de leurs obligations liées à la garde de leurs enfants. Il a ordonné à l'ASFC de consulter la Commission afin d'élaborer un plan pour éviter d'autres incidents semblables de discrimination. Le Tribunal a également ordonné à l'ASFC d'établir, dans les six mois suivant le prononcé de la décision, des politiques écrites prévoyant un processus pour une évaluation individuelle de chaque employé présentant une demande de mesures d'accommodement fondée sur ses obligations parentales.

[167] The Act expressly provides the Tribunal may direct an offending employer involve the Canadian Human Rights Commission by way of consultation and development of measures to redress discriminatory practices:

53. ...

Complaint substantiated

(2) ...

(a) that the person cease the discriminatory practice and take measures, in consultation with the Commission on the general purposes of the measures, to redress the practice or to prevent the same or a similar practice from occurring in future, including

(i) the adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or

(ii) making an application for approval and implementing a plan under section 17. [Emphasis added.]

This legislation overrides the employer's right to manage its own enterprise without interference from external agencies or persons.

[168] The Act provides that a person who was the subject of discriminatory treatment may receive compensation in the form of lost wages and expenses as well as any pain and suffering experiences. However, it does not provide that a victim may have a role or participate in the development of remedial policies to redress the discriminatory practices.

[169] In ordering the CBSA to develop written policies to address family status accommodation requests satisfactory to Ms. Johnstone, I find the Tribunal exceeded the bounds of the jurisdiction the Act confers on the Tribunal to order remedial measures.

[167] La Loi prévoit expressément que le Tribunal peut ordonner à l'employeur fautif de faire intervenir la Commission canadienne des droits de la personne en consultant cette dernière et en élaborant des mesures destinées à remédier à des pratiques discriminatoires :

53. [...]

(2) [...]

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures de redressement ou des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :

(i) d'adopter un programme, un plan ou un arrangement visés au paragraphe 16(1),

(ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17. [Non souligné dans l'original.]

Plainte jugée fondée

Ces dispositions législatives ont préséance sur le droit de l'employeur de gérer sa propre entreprise à l'abri de toute ingérence de quelque autre entité ou personne extérieure.

[168] La Loi prévoit que toute personne victime d'acte discriminatoire peut être indemnisée sous forme d'indemnité pour perte de salaire et d'indemnité pour préjudice moral. Elle ne prévoit cependant pas que cette victime peut participer à l'élaboration de politiques visant à corriger les actes discriminatoires.

[169] En ordonnant à l'ASFC d'élaborer des politiques écrites visant à répondre aux demandes de mesures d'accommodement qui sont satisfaisantes pour M^{me} Johnstone en ce qui concerne ses obligations familiales, j'estime que le Tribunal a débordé le cadre des pouvoirs que la Loi lui conférerait d'ordonner des mesures réparatrices.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed subject to the exceptions that follow.
2. The Tribunal's award of full-time wages and benefits for the period from August 2007 to August 2008, when Ms. Johnstone opted for unpaid leave provisions under VSSA to accompany her spouse to Ottawa, is referred back to the Tribunal for reconsideration.
3. The portion of the Tribunal order that includes Ms. Johnstone as a party to be consulted in the development of written remedial policies is struck.
4. Costs are awarded to the respondent Johnstone.

JUGEMENT

LA COUR :

1. REJETTE la demande de contrôle judiciaire sous réserve des exceptions suivantes.
2. RENVOIE la partie de l'ordonnance du Tribunal par laquelle ce dernier a accordé à M^{me} Johnstone son plein salaire et ses avantages pour la période comprise entre août 2007 et août 2008 au cours de laquelle M^{me} Johnstone a choisi de prendre un congé sans solde conformément aux dispositions de l'EPHV pour accompagner son mari à Ottawa;
3. ANNULE la partie de son ordonnance dans lequel le Tribunal nomme M^{me} Johnstone parmi les personnes à consulter pour l'élaboration de politiques écrites réparatrices;
4. ADJUGE les dépens à la défenderesse M^{me} Johnstone.