

Newfoundland Association of Public Employees *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of Newfoundland and Newfoundland Hospital and Nursing Home Association, on behalf of Green Bay Health Care Centre *Respondents*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES v. NEWFOUNDLAND (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE)

File No.: 24525.

1996: February 29; 1996: May 2.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Civil rights — Discrimination — Bona fide occupation qualification — Collective agreement more stringent than legislation with respect to discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, s. 10(1).

Labour law — Collective agreements — Human rights legislation — Discrimination — Whether collective agreement can impose conditions beyond those provided in provincial human rights code.

Judicial review — Standards of review — Patently unreasonable or correctness standards — Collective agreement more stringent than provincial human rights code — Arbitration board deciding that agreement's definition of discrimination must be the same as the Code's — Whether the patently unreasonable standard should apply or the correctness standard in review of Board's decision.

The Green Bay Health Care Centre issued a job posting for a personal care attendant but did not specify that the applicants must be male. The employer, however, had determined that a male would be needed to meet the

Newfoundland Association of Public Employees *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve et la Newfoundland Hospital and Nursing Home Association, au nom du Green Bay Health Care Centre *Intimées*

RÉPERTORIÉ: NEWFOUNDLAND ASSOCIATION OF PUBLIC EMPLOYEES c. TERRE-NEUVE (GREEN BAY HEALTH CARE CENTRE)

N° du greffe: 24525.

1996: 29 février; 1996: 2 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Libertés publiques — Discrimination — Exigence professionnelle normale — Convention collective plus stricte que la loi en ce qui concerne la discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne? — Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62, art. 10(1).

Droit du travail — Conventions collectives — Lois sur les droits de la personne — Discrimination — Une convention collective peut-elle imposer des conditions en sus de celles prescrites par le code provincial des droits de la personne?

Contrôle judiciaire — Normes de contrôle — Norme du caractère manifestement déraisonnable ou norme de la décision correcte — Convention collective plus stricte que le code provincial des droits de la personne — Décision du conseil d'arbitrage que la définition de discrimination dans la convention collective doit être la même que dans le Code — Le contrôle judiciaire de la décision du conseil devrait-il être exercé selon la norme du caractère manifestement déraisonnable ou selon celle de la décision correcte?

Le Green Bay Health Care Centre a affiché un avis d'emploi pour un poste de préposé aux soins personnels, sans préciser que le poste était réservé aux candidats masculins. L'employeur avait toutefois déterminé qu'il

staffing requirement as the position involved intimate personal care of elderly male residents. The Newfoundland *Human Rights Code, 1988* provided that discrimination could be excused for a *bona fide* occupational qualification (BFOQ). The collective agreement, however, provided that there should be no discrimination in hiring by reason of sex and that union members were entitled to be hired ahead of external candidates. A female union member's application was rejected in favour of a male applicant who was not a member of the bargaining unit. An arbitration board decided that the employer, notwithstanding the collective agreement, was entitled to rely on a BFOQ to excuse the discrimination in hiring. This decision was reversed on judicial review. The Court of Appeal restored the decision of the Board. At issue were whether the parties could contract out of the Code, whether the collective agreement must be read in harmony with the Code, and whether the parties had bound themselves to the application of the Code. Underlying these issues was the standard of judicial review which governs on the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. A court should not interfere with a labour arbitration board's interpretation of a collective agreement unless that decision is patently unreasonable. When a tribunal interprets and applies questions of general law, however, its decision is reviewable on a standard of correctness.

The posting of a position merely sets out the technical requirements for application and cannot be the basis for demonstrating either that the parties contracted out of the Code or that the employer is estopped from relying on the BFOQ provision. Not mentioning the requirement that the applicant be male in the job posting did not preclude putting the requirement forward as a BFOQ.

The matter was not necessarily a contracting out situation even though it was dealt with on that assumption. Contracting out of human rights legislation is not permitted because, if it were, those without bargaining power might be coerced or forced to give up their rights under human rights legislation. No conflict existed with

serait nécessaire d'embaucher un homme pour combler le besoin en dotation, étant donné que le candidat reçu serait appelé à dispenser des soins personnels intimes aux pensionnaires âgés de sexe masculin. Le *Human Rights Code, 1988* de Terre-Neuve prévoyait que la discrimination pouvait être justifiée par une exigence professionnelle normale (EPN). Cependant, la convention collective interdisait toute discrimination fondée sur le sexe en matière d'embauche et prévoyait que les membres du syndicat auraient priorité d'embauche sur les candidats de l'extérieur. La candidature d'une femme membre du syndicat a été rejetée au profit d'un candidat masculin qui n'était pas membre de l'unité de négociation. Un conseil d'arbitrage a décidé que l'employeur avait, en dépit de la convention collective, le droit d'invoquer l'existence d'une EPN pour justifier la discrimination dans l'embauche. Cette décision a été infirmée lors d'un contrôle judiciaire. La Cour d'appel a rétabli la décision du conseil. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si les parties pouvaient se soustraire par contrat à l'application du Code, si la convention collective doit être interprétée de manière compatible avec le Code et si les parties s'étaient engagées à appliquer le Code? À leur tour, ces questions soulèvent celle de la norme de contrôle judiciaire à appliquer en l'espèce.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major. Les tribunaux ne devraient modifier la décision qu'un conseil d'arbitrage a prise relativement à l'interprétation d'une convention collective, que si cette décision est manifestement déraisonnable. Cependant, lorsqu'un tribunal administratif interprète des questions de droit général et se prononce sur celles-ci, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle suivant la norme de la décision correcte.

L'avis d'emploi ne fait qu'énoncer les exigences techniques des candidatures et ne peut servir à démontrer que les parties se sont soustraites par contrat à l'application du Code ou que l'employeur ne peut invoquer la disposition relative à l'EPN. Le fait de ne pas avoir mentionné, dans l'avis d'emploi, l'exigence que les candidats soient des hommes n'empêchait pas de la présenter comme une EPN.

Il ne s'agissait pas nécessairement d'une situation où on a tenté de se soustraire à quelque chose par contrat, même si l'affaire a été examinée en tenant pour acquis qu'on était en présence d'une telle situation. Il n'est pas permis de se soustraire par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne car, si cela était permis,

any of the provisions of the human rights legislation. The collective agreement did not affect any remedy under the Code and dealt only with remedies available by way of grievance.

Human rights legislation sets out a floor beneath which the parties cannot contract out. Parties can contract out of human rights legislation if the effect is to raise and further protect the human rights of the people affected. Here, the parties were entitled to contract out of the BFOQ provision contained in s. 10(1) of the Code. The contract could prevent the employer from discriminating in the employment process where a BFOQ might plainly exist. This conclusion has no effect on the rights of third parties.

The court will not interfere with a board's interpretation of a collective agreement unless that interpretation is patently unreasonable. The Board's decision that parties could not contract out of the BFOQ provision of the Code was wrong. It was not patently unreasonable, however, as the Board considered the relevant collective agreement provision and jurisprudence in its deliberations. Moreover, using the Code's definition of discrimination, which incorporated the concept of BFOQ, as the province's prevailing definition could reasonably result in a decision that the parties did not intend to further alter that definition when they added protection against discrimination based on union membership.

Per L'Heureux-Dubé J.: Parties to an employment contract or collective agreement may negotiate a non-discrimination clause conferring greater protection than the minimum guaranteed by human rights legislation. The ability to do so could not possibly offend the general policy behind human rights legislation. In particular, parties may freely negotiate a clause that prohibits all discrimination and need not allow an exception for a *bona fide* occupational qualification (BFOQ).

The term "contracting out" was misapplied here. The parties were not "contracting out" of the Code so long as the collective agreement did not purport either to

les parties qui n'ont aucun pouvoir de négociation risqueraient d'être contraintes ou forcées de renoncer aux droits que ces lois leur confèrent. Il n'y avait aucun conflit avec l'une ou l'autre des dispositions de la loi sur les droits de la personne. La convention collective ne modifiait pas une réparation prévue au Code et ne traitait que des réparations qu'il est possible d'obtenir par voie de grief.

Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés. Les parties en l'espèce pouvaient se soustraire par contrat à l'application de la disposition relative à l'EPN, contenue au par. 10(1) du Code. Le contrat pouvait empêcher l'employeur de faire preuve de discrimination dans le processus de recrutement lorsqu'une EPN pouvait manifestement exister. Cette conclusion n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

Lorsqu'un conseil d'arbitrage interprète une convention collective, les tribunaux ne modifieront son interprétation que si elle est manifestement déraisonnable. Le conseil a eu tort de décider que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. Toutefois, la décision du conseil n'était pas manifestement déraisonnable étant donné qu'en délibérant il a pris en considération la disposition de la convention collective et la jurisprudence pertinentes. De plus, le fait d'utiliser, comme définition applicable dans la province, la définition de la discrimination contenue dans le Code, qui incorpore la notion d'EPN, pourrait raisonnablement mener à la décision que les parties n'ont pas voulu s'écarter davantage de cette définition quand elles ont ajouté la protection contre la discrimination fondée sur l'adhésion au syndicat.

Le juge L'Heureux-Dubé: Les parties à un contrat de travail ou à une convention collective peuvent négocier une clause de non-discrimination qui confère une protection plus grande que le minimum garanti par les lois sur les droits de la personne. La faculté de le faire ne saurait enfreindre la politique générale qui sous-tend les lois sur les droits de la personne. Plus particulièrement, les parties peuvent négocier librement une clause qui interdit toute discrimination, sans être obligées de permettre une exception relative à des exigences professionnelles normales (EPN).

L'expression «se soustraire par contrat» a été mal utilisée en l'espèce. Les parties ne se sont pas «soustraites par contrat» à l'application du Code, dans la mesure où

authorize discrimination or to affect the remedies which are available under the Code in proceedings before the human rights commission. The collective agreement left intact all remedies available under the Code and added remedies by means of the grievance procedure in the event of discrimination on the part of the employer.

The Board erred in holding that parties are not permitted to negotiate a non-discrimination clause that does not provide for a BFOQ defence. Moreover, while an arbitration board may refer to a human rights statute for guidance when interpreting an analogous provision of a collective agreement, the Board did not do so here. Rather, the Board found that the contractual non-discrimination clause must be read as incorporating a BFOQ because any other interpretation would amount to "contracting out" of the Code. The Board made no finding on the crucial issue of whether the parties actually wished to incorporate a BFOQ provision; it merely deemed the parties to have intended to include such a provision.

As this appeal arose out of an application for judicial review, the remedies sought by the appellant were discretionary. Given that almost eight years had passed since the Board convened, that the collective agreement has long expired, and that the Board would almost certainly dismiss the grievance if it were sent back, the normal course of sending the grievance back for redetermination would serve no purpose. The appeal accordingly should be dismissed.

Cases Cited

By Major J.

Considered: *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **referred to:** *Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board*, [1991] 2 S.C.R. 201; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412; *Insurance Corporation of British Columbia v.*

la convention collective n'avait pas pour but d'autoriser la discrimination ni de modifier les recours qui, en vertu du Code, peuvent être exercés devant la commission des droits de la personne. La convention collective ne touchait aucunement les recours qui peuvent être exercés en vertu du Code, et elle ajoutait des réparations qui pourraient être obtenues, au moyen de la procédure de grief, dans le cas où il y aurait discrimination de la part de l'employeur.

Le conseil a commis une erreur en statuant qu'il n'est pas loisible aux parties de négocier une clause de non-discrimination qui ne prévoit pas qu'une EPN peut être invoquée comme moyen de défense. En outre, bien qu'un conseil d'arbitrage puisse s'inspirer d'une loi sur les droits de la personne pour interpréter une disposition analogue dans une convention collective, ce n'est pas ce que le conseil a fait en l'espèce. Au contraire, le conseil a conclu que la clause contractuelle de non-discrimination devait être interprétée comme incorporant une EPN, parce que toute autre interprétation reviendrait à «se soustraire par contrat» à l'application du Code. Le conseil n'a tiré aucune conclusion sur la question cruciale de savoir si les parties avaient vraiment voulu incorporer une disposition relative à l'EPN; il a simplement tenu pour acquis que les parties avaient voulu inclure une telle disposition.

Étant donné que le présent pourvoi résulte d'une demande de contrôle judiciaire, les réparations demandées par l'appelante sont discrétionnaires. Étant donné que presque huit années se sont écoulées depuis la séance du conseil, que la convention collective est expirée depuis longtemps et qu'il est presque certain que le conseil rejetterait le grief s'il lui était renvoyé, il ne servirait à rien de procéder de façon normale en renvoyant le grief pour qu'il fasse l'objet d'une nouvelle décision. Il y a donc lieu de rejeter le pourvoi.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts examinés: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **arrêts mentionnés:** *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board*, [1991] 2 R.C.S. 201; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412; *Insurance Corporation*

Heerspink, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103.

of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103.

By L'Heureux-Dubé J.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Considered: *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **distinguished:** *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; **referred to:** *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078, rev'd [1973] F.C. 745, rev'd sub nom. *P.P. G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. v. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061; *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545.

Arrêt examiné: *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85; **distinction d'avec l'arrêt:** *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; **arrêts mentionnés:** *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078, inf. par [1973] C.F. 745, inf. par sub nom. *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. c. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061; *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545.

Statutes and Regulations Cited

Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, c. 62, s. 10(1).

Lois et règlements cités

Human Rights Code, 1988, S.N. 1988, ch. 62, art. 10(1).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, 389 A.P.R. 271, 119 D.L.R. (4th) 604, 95 C.L.L.C. ¶230-001, allowing an appeal from a judgment of Puddester J. (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201, 255 A.P.R. 201, allowing an application for judicial review of a decision of the Newfoundland Arbitration Board (1989), 14 C.L.A.S. 10, 6 L.A.C. (4th) 81, and remitting the matter back to the Board. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, 389 A.P.R. 271, 119 D.L.R. (4th) 604, 95 C.L.L.C. ¶230-001, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Puddester (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201, 255 A.P.R. 201, qui avait accueilli une demande de contrôle judiciaire d'une décision du conseil d'arbitrage terre-neuvien (1989), 14 C.L.A.S. 10, 6 L.A.C. (4th) 81, et renvoyé l'affaire devant le conseil. Pourvoi rejeté.

V. Randell J. Earle, Q.C., and Thomas Johnson, for the appellant.

V. Randell J. Earle, c.r., et Thomas Johnson, pour l'appelante.

Augustus G. Lilly, for the respondents.

Augustus G. Lilly, pour les intimées.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

1 MAJOR J. — The issue in this appeal is whether the respondent employer may rely on the *bona fide* occupational qualification (“BFOQ”) provision in the Newfoundland *Human Rights Code, 1988*, S.N. 1988, c. 62, to discriminate on the basis of sex, in hiring employees to care for elderly male patients. The collective agreement between the parties contained a no-discrimination provision without reference to BFOQs.

I. Background

2 The respondent operated the Green Bay Health Care Centre, which included, among other facilities, a nursing home. On November 12, 1987 the respondent issued a job posting for the position of personal care attendant. Prior to issuing the posting the respondent had determined that its staffing need would be best met by hiring a male, as the position required intimate personal care of elderly male residents of the nursing home. The position when posted did not specify that applicants must be male. The respondent was aware of the BFOQ provision in the Code.

3 Rose Howe, an employee of the Green Bay Health Care Centre, and a member of the bargaining unit represented by the appellant, applied for the position. Under the terms of the collective agreement she was entitled to be hired ahead of external candidates.

4 The respondent rejected Ms. Howe’s application because she was a female. The successful male candidate was not a member of the bargaining unit.

5 Ms. Howe filed a grievance before a board of arbitration claiming that the respondent had discriminated against her on the basis of sex, contrary

LE JUGE MAJOR — En l’espèce, il s’agit de déterminer si, dans le recrutement de préposés aux soins de patients âgés de sexe masculin, l’employeur intimé peut invoquer la disposition relative à l’exigence professionnelle normale («EPN»), contenue dans le *Human Rights Code, 1988* de Terre-Neuve, S.N. 1988, ch. 62, pour justifier un acte discriminatoire fondé sur le sexe. La convention collective qui liait les parties contenait une clause de non-discrimination, sans renvoi aux EPN.

I. Le contexte

L’intimé exploitait le Green Bay Health Care Centre dont les installations comprenaient, notamment, un centre d’hébergement. Le 12 novembre 1987, l’intimé a affiché un avis d’emploi pour un poste de préposé aux soins personnels. Avant d’afficher l’avis, l’intimé avait déterminé que ses besoins en dotation seraient mieux comblés s’il embauchait un homme, puisque le candidat reçu serait appelé à dispenser des soins personnels intimes aux pensionnaires âgés de sexe masculin qui séjournent au centre d’hébergement. L’avis d’emploi affiché ne précisait pas que le poste était réservé aux candidats masculins. L’intimé connaissait l’existence de la disposition relative à l’EPN dans le Code.

Rose Howe, employée du Green Bay Health Care Centre et membre de l’unité de négociation représentée par l’appelante, a posé sa candidature au poste. Selon la convention collective, elle avait priorité d’embauche sur les candidats de l’extérieur.

L’intimé a écarté la candidature de Mme Howe parce qu’elle était une femme. Le candidat reçu, un homme, n’était pas membre de l’unité de négociation.

Madame Howe a déposé un grief devant un conseil d’arbitrage, faisant valoir que l’intimé avait fait preuve, envers elle, de discrimination fondée

to art. 4.01 of the Collective Agreement, which provides:

4.01 Employer Shall Not Discriminate

The Employer agrees that there shall be no discrimination with respect to any employee in the matter of hiring, wage rates, training, upgrading, promotion, transfer, lay-off, recall, discipline, classification, discharge, assignment of work, or otherwise by reason of age, race, creed, color, national origin, political or religious affiliation, sex, or marital status, nor by reason of his/her membership or activity in the Association.

The collective agreement does not have a BFOQ provision.

The respondent, in reply to the grievance, argued that notwithstanding art. 4.01, it was entitled to rely on s. 10(1) of the Code and employ a male personal care attendant because the need for such an employee in the circumstances of this case was a BFOQ. Section 10(1) states:

10. (1) No employer, or person acting on behalf of an employer, shall refuse to employ or to continue to employ or otherwise discriminate against a person in regard to employment or a term or condition of employment because of

- (a) that person's race, religion, religious creed, political opinion, colour or ethnic, national or social origin, sex, marital status, physical disability or mental disability; or
- (b) subject to subsection (5), that person's age, if that person has attained the age of nineteen years and has not attained the age of sixty-five years,

but this subsection does not apply to the expression of a limitation, specification or preference based on a *bona fide* occupational qualification.

The arbitration board (the "Board"), (1989), 6 L.A.C. (4th) 81, agreed with the respondent that it was entitled to rely on the existence of a BFOQ to

sur le sexe, contrairement à l'art. 4.01 de la convention collective, qui se lit ainsi:

[TRADUCTION]

4.01 Discrimination interdite de la part de l'employeur

L'employeur convient de ne faire preuve d'aucune discrimination à l'égard d'un employé en matière notamment de recrutement, de taux de rémunération, de formation, d'avancement temporaire, de promotion, de mutation, de mise en disponibilité, de rappel, de discipline, de classification, de congédiement, d'assignation des tâches, du fait de son âge, de sa race, de ses croyances, de sa couleur, de son origine ethnique, de son appartenance politique ou religieuse, de son sexe, ou de son état matrimonial, ou encore en raison de son adhésion à l'Association ou de ses activités au sein de celle-ci.

La convention collective ne renferme aucune disposition en matière d'EPN.

En réponse au grief, l'intimé a soutenu que, malgré l'art. 4.01, il pouvait invoquer le par. 10(1) du Code et recruter un préposé aux soins personnels de sexe masculin parce que la nécessité d'embaucher un tel employé dans les circonstances était une EPN. Le paragraphe 10(1) prévoit:

[TRADUCTION] **10. (1)** Nul employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit refuser d'employer ou de continuer à employer une personne ni de quelque autre manière faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

- a) en raison de la race, de la religion, des croyances religieuses, des opinions politiques, de la couleur, de l'origine ethnique, nationale ou sociale, du sexe, de l'état matrimonial, d'une déficience physique ou mentale de cette personne;
- b) sous réserve du paragraphe (5), en raison de l'âge de cette personne, si elle est âgée d'au moins dix-neuf ans et d'au plus soixante-quatre ans.

Le présent paragraphe ne s'applique pas, cependant, à une restriction, spécification ou préférence fondées sur une exigence professionnelle normale.

Le conseil d'arbitrage (le «conseil»), (1989), 6 L.A.C. (4th) 81, a donné raison à l'intimé en affirmant qu'il avait le droit d'invoquer l'existence

excuse the discrimination in the hiring in question. The Board concluded at p. 116:

In summary, the board finds (1) that the parties cannot contract out of the *Human Rights Code*, 1988; (2) that the collective agreement must be read in conjunction with the Code; (3) that the employer has the burden of proving that a BOQ existed in this case; (4) that the employer has discharged its burden by meeting the subjective and objective tests in these circumstances; (5) that the employer's selection of a male for the third position on the male rota was based on a *bona fide* occupational qualification pursuant to s. 10 of the *Human Rights Code*, 1988.

8 The decision of the Board was reversed by Puddester J., of the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, on judicial review: (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201. He held that the Board erred in deciding that the parties could not contract out of the BFOQ provision of the Code. The Newfoundland Court of Appeal (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, in turn reversed Puddester J. and restored the decision of the Board, Cameron J.A. dissenting.

II. Analysis

9 By considering only applications from males, the respondent *prima facie* discriminated against females and *prima facie* violated art. 4.01. The question is whether the Board's decision, that such discrimination was not prohibited by the collective agreement, should stand.

10 The duties of the employee here included assisting in the personal hygiene of elderly male patients and it was not disputed that for the purposes of this appeal a BFOQ existed.

11 The dispute centred on the Board's finding that the parties could not contract out of the Code, that the collective agreement must be read in harmony with the Code, and that the parties had (at p. 108) "bound themselves to the application of the

d'une EPN pour justifier la discrimination dans l'embauche en question. Le conseil conclut, à la p. 116:

[TRANSLATION] Bref, le conseil tire les conclusions suivantes: (1) les parties ne peuvent se soustraire par contrat à l'application du *Human Rights Code*, 1988; (2) la convention collective doit être interprétée conjointement avec le Code; (3) il incombe à l'employeur d'établir qu'une EPN existait en l'espèce; (4) l'employeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait en satisfaisant aux critères subjectif et objectif dans les circonstances; (5) le choix par l'employeur d'un homme pour occuper le troisième poste du tableau de garde des hommes reposait sur une exigence professionnelle normale, conformément à l'art. 10 du *Human Rights Code*, 1988.

La décision du conseil a été infirmée par le juge Puddester de la section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve dans le cadre d'un contrôle judiciaire: (1990), 81 Nfld. & P.E.I.R. 201. Celui-ci a conclu que le conseil avait commis une erreur en décidant que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. La Cour d'appel de Terre-Neuve, (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 271, a, à son tour, infirmé la décision du juge Puddester et rétabli celle du conseil, le juge Cameron étant dissident.

II. Analyse

En ne retenant que les candidatures d'hommes, l'intimé a, à première vue, fait preuve de discrimination envers les femmes et violé l'art. 4.01. Il s'agit de savoir s'il y a lieu de maintenir la décision du conseil, selon laquelle cette discrimination n'était pas interdite par la convention collective.

Les tâches de l'employé, en l'espèce, consistaient notamment à aider les personnes âgées de sexe masculin à faire leur toilette, et on ne conteste pas qu'aux fins du présent pourvoi une EPN existait.

Le conflit était axé sur la conclusion du conseil que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application du Code, que la convention collective doit être interprétée de manière compatible avec le Code et que les parties s'étaient (à la

Human Rights Code, 1988". These findings raise the issue of what standard of judicial review governs on the appeal.

A. Standard of Review

The Board was a tribunal established by agreement of the parties under art. 12 of the collective agreement. Its decisions are protected by the privative clause in art. 12.04. It is a generally accepted principle that a decision of a properly constituted labour arbitration board in the interpretation of a collective agreement should not be interfered with by a court unless it is patently unreasonable. See *Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospitals Board*, [1991] 2 S.C.R. 201. However, when such a tribunal interprets and applies questions of general law, such as application of the Code, the Board's decision is reviewable on a standard of correctness. See *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517.

Patent unreasonableness was described by Beetz J. in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada Labour Relations Board*, [1984] 2 S.C.R. 412, at p. 420:

[Patently unreasonable refers to an error in] interpretation of a provision which an administrative tribunal is required to apply within the limits of its jurisdiction. This kind of error amounts to a fraud on the law or a deliberate refusal to comply with it. As Dickson J. (as he then was) described it, speaking for the whole Court in *Canadian Union of Public Employees Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 at p. 237, it is

... so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review ...

An error of this kind is treated as an act which is done arbitrarily or in bad faith and is contrary to the principles of natural justice.

p. 108) [TRADUCTION] «engagées à appliquer le *Human Rights Code, 1988*». Ces conclusions soulèvent la question de savoir quelle norme de contrôle judiciaire s'applique en l'espèce.

A. La norme de contrôle

Le conseil est un tribunal administratif établi par consentement des parties aux termes de l'art. 12 de la convention collective. Ses décisions sont protégées par la clause privative de l'art. 12.04. Il est généralement accepté que les tribunaux ne devraient modifier la décision qu'un conseil d'arbitrage régulièrement constitué a prise relativement à l'interprétation d'une convention collective, que si cette décision est manifestement déraisonnable. Voir *Alberta Union of Provincial Employees c. University Hospitals Board*, [1991] 2 R.C.S. 201. Cependant, lorsqu'un tel tribunal administratif interprète des questions de droit général, comme l'application du Code, et se prononce sur celles-ci, sa décision peut faire l'objet d'un contrôle suivant la norme de la décision correcte. Voir *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517.

Dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Conseil canadien des relations du travail*, [1984] 2 R.C.S. 412, à la p. 420, le juge Beetz décrit ainsi le caractère manifestement déraisonnable:

[Le caractère manifestement déraisonnable tient à l'erreur commise dans l'interprétation [...] d'une disposition qu'un tribunal administratif est chargé d'appliquer dans les cadres de sa compétence. Cette sorte d'erreur équivaut à une fraude à la loi ou à un refus délibéré d'y obéir. Comme l'a décrite le juge Dickson — il n'était pas encore Juge en chef — parlant pour toute la Cour dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 à la p. 237, elle est

... déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire ...

Une erreur de cette nature est assimilée à un acte arbitraire ou posé de mauvaise foi et contraire aux principes de la justice naturelle.

In considering the Board's interpretation of the collective agreement, the Court should not interfere unless the decision cannot be rationally supported by the collective agreement. The focus will be on whether a rational basis for the Board's decision exists.

Dans son examen de l'interprétation que le conseil a donnée à la convention collective, la cour ne devrait intervenir que si la décision ne peut pas rationnellement s'appuyer sur la convention collective. Il s'agira donc de savoir si la décision du conseil est rationnellement justifiée.

In the present appeal, both the "patently unreasonable" and the "correctness" standards of review are involved. The Board interpreted the collective agreement and the Code. If the Board was incorrect but not patently unreasonable in all of its findings, the Court can only interfere on the "correctness" standard with those portions of the decision that as questions of law interpret the Code.

En l'espèce, les normes de contrôle du «caractère manifestement déraisonnable» et de «la décision correcte» s'appliquent toutes deux. Le conseil a interprété la convention collective et le Code. Si toutes les conclusions tirées par le conseil étaient incorrectes sans toutefois être manifestement déraisonnables, la cour ne pourrait modifier, selon la norme de «la décision correcte», que les parties de la décision qui, en tant que questions de droit, portent sur l'interprétation du Code.

B. Contracting out of BFOQ Provisions

B. Le pouvoir de se soustraire par contrat à l'application des dispositions relatives à l'EPN

The Board found that parties could not "contract out" of the BFOQ provision of the Code. In doing so, the Board interpreted the Code and its interpretation must be correct; with respect, I do not think that it is.

Le conseil a conclu que les parties ne pouvaient pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. Ce faisant, le conseil a interprété le Code, et son interprétation doit être correcte. En toute déférence, je ne crois pas que ce soit le cas.

An initial point to consider is the argument that, since the job posting made no mention of the requirement that the applicant be male, the respondent is precluded from putting the requirement forward as a BFOQ. In my opinion, this argument fails. The posting of the position merely sets out the technical requirements for application and cannot be the basis to demonstrate that either the parties contracted out of the Code or that the employer is estopped from relying on the BFOQ provision.

Un des premiers points à examiner est l'argument voulant que, puisque l'avis d'emploi ne mentionnait pas l'exigence que les candidats soient des hommes, l'intimé ne puisse la présenter comme une EPN. À mon avis, cet argument échoue. L'avis d'emploi ne fait qu'énoncer les exigences techniques des candidatures et ne peut servir à démontrer que les parties se sont soustraites par contrat à l'application du Code ou que l'employeur ne peut invoquer la disposition relative à l'EPN.

In reaching its decision, the Board relied on *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, where a provision of a collective agreement required mandatory retirement at age sixty. This was directly contrary to *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318,

Pour arriver à sa décision, le conseil a invoqué l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, dans lequel une disposition d'une convention collective prescrivait la retraite obligatoire à soixante ans. Comme cette clause allait directement à l'encontre de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, par. 4(6), la Cour a conclu à son

s. 4(6), and the Court held that such a provision was invalid. At pp. 213-14, McIntyre J. stated:

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy. . . . *The Ontario Human Rights Code* has been enacted by the Legislature of the Province of Ontario for the benefit of the community at large and of its individual members and clearly falls within that category of enactment which may not be waived or varied by private contract; therefore this argument cannot receive effect.

In *Etobicoke*, the parties were attempting to contract for less protection against discrimination than was guaranteed by the statute. See *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, and *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145. However, in this appeal it was argued that parties cannot contract out of the legislation even in those cases where the result would be more protection for the individual.

On one view of the matter, it is not a question of contracting out. The collective agreement does not purport to affect any remedy under the Code nor does either party seek to set up a provision in the collective agreement in respect of such a remedy. The collective agreement deals only with what remedies are available by way of grievance. In this regard, there is no conflict with any of the provisions of the human rights legislation. The situation in *Etobicoke* was quite different in that the employer sought to rely on the collective agreement to affect the remedy sought under *The Ontario Human Rights Code*. The argument before this Court, however, proceeded on the basis of an alleged attempt to contract out. The Board also proceeded on this basis. I will, therefore, deal with the matter on the assumption that it is a contracting out situation. It should be noted that this issue is of minor importance here as I conclude that the

invalidité. Aux pages 213 et 214, le juge McIntyre affirme:

Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public. [. . .] La législature de l'Ontario a adopté *The Ontario Human Rights Code* dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et de chacun de ses membres, et il est évident que cette loi tombe dans la catégorie des lois auxquelles on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé; par conséquent, cet argument ne peut être admis.

Dans l'affaire *Etobicoke*, les parties tentaient de prescrire par contrat une moins grande protection contre la discrimination que celle garantie par la loi en cause. Voir *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, et *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145. Toutefois, on a soutenu, en l'espèce, que les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat à l'application de la loi même dans les cas où la protection de la personne s'en trouverait accrue.

À un certain égard, le pouvoir de se soustraire par contrat à l'application du Code n'est pas en cause. La convention collective ne vise pas à modifier une réparation prévue au Code, et ni l'une ni l'autre des parties ne cherche à invoquer une disposition de la convention collective relativement à une telle réparation. La convention collective ne traite que des réparations qu'il est possible d'obtenir par voie de grief. À cet égard, il n'y a aucun conflit avec l'une ou l'autre des dispositions de la loi sur les droits de la personne. La situation dans *Etobicoke* était entièrement différente du fait que l'employeur cherchait à invoquer la convention collective pour modifier la réparation demandée en vertu de *The Ontario Human Rights Code*. Devant nous, cependant, l'argumentation était fondée sur une allégation de tentative de se soustraire à quelque chose par contrat. Le conseil a également procédé en fonction de cela. Je vais donc

18

19

collective agreement is in fact consistent with the Code.

examiner la question en tenant pour acquis qu'il s'agit d'une situation où l'on a tenté de se soustraire à quelque chose par contrat. Notons que cette question revêt peu d'importance en l'espèce puisque je conclus que la convention collective est effectivement compatible avec le Code.

20

The rationale for the rule against contracting out of human rights legislation is in part because of its *quasi*-constitutional status. In *Craton*, McIntyre J. described human rights legislation, at p. 156:

La raison d'être de la règle qui interdit de se soustraire par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne s'explique en partie par leur statut quasi constitutionnel. À la page 156 de l'arrêt *Craton*, le juge McIntyre décrit ainsi les lois sur les droits de la personne:

In any event, I am in agreement with Monnin C.J.M. where he said:

Quoi qu'il en soit, je partage l'avis du juge en chef Monnin lorsqu'il dit:

Human rights legislation is public and fundamental law of general application. If there is a conflict between this fundamental law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation must govern.

[TRADUCTION] Une loi sur les droits de la personne est une loi d'application générale d'intérêt public et fondamentale. S'il y a conflit entre cette loi fondamentale et une autre loi particulière, à moins qu'une exception ne soit créée, la loi sur les droits de la personne doit prévaloir.

This is in accordance with the views expressed by Lamer J. [as he then was] in [*Heerspink*, *supra*]. Human rights legislation is of a special nature and declares public policy regarding matters of general concern. It is not constitutional in nature in the sense that it may not be altered, amended, or repealed by the Legislature. It is, however, of such nature that it may not be altered, amended, or repealed, nor may exceptions be created to its provisions, save by clear legislative pronouncement. To adopt and apply any theory of implied repeal by later statutory enactment to legislation of this kind would be to rob it of its special nature and give scant protection to the rights it proclaims.

Cela est conforme au point de vue exprimé par le juge Lamer [maintenant Juge en chef] dans l'arrêt [*Heerspink*, précité]. Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur équivaudrait à la déjouer de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame.

21

Human rights legislation frequently deals with situations where the parties may not possess equal bargaining power. By prohibiting the ability to contract out of the statute, the courts have prevented the exploitation of inequality of bargaining power. If contracting out were allowed, those without bargaining power might be coerced or forced to give up their rights under human rights legislation.

Il arrive souvent que les lois sur les droits de la personne portent sur des situations où il se peut que les parties n'aient pas le même pouvoir de négociation. En interdisant de se soustraire par contrat à l'application de la loi, les tribunaux ont empêché l'exploitation de l'inégalité du pouvoir de négociation. S'il était permis aux parties de se soustraire par contrat à l'application d'une loi, celles qui n'ont aucun pouvoir de négociation risqueraient d'être contraintes ou forcées de renoncer aux droits que leur confèrent les lois sur les droits de la personne.

The overriding purpose of human rights legislation is the elimination of discrimination. In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, McIntyre J. said, at p. 547, "[t]he Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious." In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, Dickson C.J. noted, at p. 1134, that the legislation seeks to "prevent all 'discriminatory practices'", and cited with approval at p. 1138 the following passage from *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717 (Sask. C.A.), at p. 735:

Generally human rights legislation has been given a broad interpretation to ensure that the stated objects and purposes are fulfilled. A narrow restrictive interpretation which would defeat the purpose of the legislation, that is, the elimination of discrimination, should be avoided.

If the purpose of human rights legislation is prevention of discrimination, it seems obvious that parties should be able to negotiate increased protection against discrimination than that provided by the legislation. The ability to do so could not possibly offend the general policy behind human rights legislation.

This Court has commented, at least obliquely, on the characterization of BFOQ provisions, and in doing so has described them as a mere exemption or defence. See McIntyre J. (dissenting, but not on this point) in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175-76:

It should be noted as well that when the Human Rights Acts create exemptions or defences, such as a *bona fide* occupational requirement, an exemption for religious and political organizations, or definitional limits on age discrimination, these generally have the effect of completely removing the conduct complained of from the reach of the Act. [Emphasis added.]

Les lois sur les droits de la personne visent d'abord et avant tout à éliminer la discrimination. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, le juge McIntyre affirme, à la p. 547, que «[l]e Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence.» 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, le juge en chef Dickson fait remarquer, à la p. 1134, que la Loi cherche à «interdire «les considérations» fondées notamment sur le sexe», et, à la p. 1138, il cite, en l'approuvant, le passage suivant de l'arrêt *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717 (C.A. Sask.), à la p. 735:

[TRADUCTION] En général, la législation sur les droits de la personne a reçu une interprétation large afin d'assurer que ses objectifs déclarés soient atteints. Une interprétation restrictive contraire à l'objet de la législation, qui est d'éliminer la discrimination, devrait être évitée.

Si les lois sur les droits de la personne visent à empêcher la discrimination, il semble évident que les parties devraient pouvoir négocier une plus grande protection contre la discrimination que celle offerte par la loi. La faculté de le faire ne saurait enfreindre la politique générale qui sous-tend les lois sur les droits de la personne.

Notre Cour a commenté, à tout le moins indirectement, la qualification des dispositions relatives à l'EPN et a, du même coup, qualifié ces dispositions de simples exemptions ou moyens de défense. Voir le juge McIntyre (dissident sur un autre point) dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 175 et 176:

Il convient également de souligner que, lorsque des lois sur les droits de la personne créent des exemptions ou des moyens de défense, comme l'exigence professionnelle normale, une exemption relative à des organisations religieuses ou politiques, ou des limites définitionnelles applicables à la discrimination fondée sur l'âge, cela a généralement pour effet de soustraire complètement à l'application de la loi la conduite dont on se plaint. [Je souligne.]

22

23

24

25

In *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, Cory J., for the majority, said at p. 1121:

The right against discrimination provided in human rights statutes will be subject to any defence provided by those same statutes to those who discriminate. However, as McIntyre J. recognized in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, a defence which allows discrimination to continue stands as an exception to the rule of non-discrimination. In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, this Court held that while rights should receive a broad interpretation, defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly. [Emphasis added.]

26

Human rights legislation sets out a floor beneath which the parties cannot contract out. Parties can contract out of human rights legislation if the effect is to raise and further protect the human rights of the people affected. In my opinion, the parties to this appeal were entitled to contract out of the BFOQ provision contained in s. 10(1) of the Code. The contract could prevent the employer from discriminating in the employment process where a BFOQ might plainly exist. This conclusion has no effect on the rights of third parties. Those rights, if any, are deferred to another day.

27

Here, the respondent employer is not prohibited from discriminating against women where a BFOQ of "maleness" exists. However, the respondent is free to agree not to discriminate against women in spite of this fact. If it does so, it should be bound by the agreement.

28

Support in this construction of the effect of the BFOQ provision is found in the numerous statements of this Court that human rights legislation should be interpreted broadly in protecting against discrimination and narrowly in restricting such protection. See *Simpsons-Sears Ltd.*, *Dickason*, and *Canadian National Railway Co.* These

Dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, le juge Cory affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 1121:

Le droit à la protection contre la discrimination prévu par les lois sur les droits de la personne est assujéti aux moyens de défense que ces mêmes lois accordent aux auteurs de discrimination. Toutefois, comme l'a reconnu le juge McIntyre dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, un moyen de défense qui permet à la discrimination de se poursuivre constitue une exception à la règle de non-discrimination. Dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, notre Cour a conclu que, bien que les droits doivent recevoir une interprétation large, les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive. [Je souligne.]

Les lois sur les droits de la personne fixent un minimum auquel les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat. Elles pourront le faire si, de ce fait, elles accroissent et protègent davantage les droits de la personne des gens concernés. À mon avis, les parties en l'espèce pouvaient se soustraire par contrat à l'application de la disposition relative à l'EPN, contenue au par. 10(1) du Code. Le contrat pouvait empêcher l'employeur de faire preuve de discrimination dans le processus de recrutement lorsqu'une EPN pouvait manifestement exister. Cette conclusion n'a aucune incidence sur les droits des tiers. L'examen de ces droits, s'il en est, est reporté à une autre occasion.

En l'espèce, il n'est pas interdit à l'employeur intimé de faire preuve de discrimination envers les femmes lorsqu'il existe une EPN d'embauche de personnes du sexe masculin. Cependant, l'intimé est, malgré cela, libre de convenir de ne faire preuve d'aucune discrimination envers les femmes. Le cas échéant, il devrait être lié par la convention.

Cette interprétation de l'incidence de l'EPN trouve appui dans les nombreux énoncés où notre Cour affirme que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation large lorsqu'il s'agit de protéger contre la discrimination, et restrictive lorsqu'il s'agit de restreindre cette protection. Voir les arrêts *Simpsons-Sears*

statements support the notion that protection against discrimination is the overriding policy concern of human rights legislation. Discrimination permitted under BFOQ provisions and other exceptions is a derogation of the right, and not a right unto itself.

The Board was incorrect in its opinion that parties cannot contract out of the BFOQ provision of the Code, as was the majority in the Court of Appeal in upholding that portion of the Board's decision. It remains to determine whether the parties contracted out of s. 10(1), and if not, whether the Board was patently unreasonable in its determination that the collective agreement was to be read in harmony with the Code, and that the parties bound themselves to the BFOQ provision of the Code.

C. Construction of the Collective Agreement

As stated, when an arbitration board interprets a collective agreement the court will not interfere with the decision unless it is patently unreasonable.

In interpreting the collective agreement in this case, the Board held that the parties had bound themselves to the Code and said at p. 108:

Indeed, the board is of the opinion that the parties have clearly and unequivocally bound themselves to the application of the *Human Rights Code, 1988* by the first sentence of art. 31.01 of the collective agreement:

All provisions of this Agreement are subject to applicable laws now or hereafter in effect . . .

This statement confirms that the Board found that the parties intended to incorporate the BFOQ provision into the definition of discrimination found in the collective agreement.

The Board relied on art. 31.01 and on *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District*

Ltd., Dickason, et Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Ces énoncés appuient l'idée que la protection contre la discrimination est la question d'intérêt supérieur qui sous-tend les lois sur les droits de la personne. La discrimination permise aux termes d'une EPN et d'autres exceptions est une dérogation au droit et non un droit en soi.

Le conseil a eu tort de croire que les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN, tout comme les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort de maintenir cette partie de la décision du conseil. Il reste à déterminer si les parties se sont soustraites par contrat à l'application du par. 10(1) et, dans la négative, si le conseil a agi de façon manifestement déraisonnable en décidant que la convention collective devait être interprétée de manière compatible avec le Code et que les parties s'étaient engagées à appliquer la disposition du Code relative à l'EPN.

C. Interprétation de la convention collective

Comme nous l'avons vu, lorsqu'un conseil d'arbitrage interprète une convention collective, les tribunaux ne modifieront sa décision que si elle est manifestement déraisonnable.

En interprétant la convention collective en l'espèce, le conseil a conclu que les parties s'étaient engagées à appliquer le Code, et a affirmé (à la p. 108):

[TRADUCTION] En fait, le conseil est d'avis que les parties se sont clairement et manifestement engagées à appliquer le *Human Rights Code, 1988* dans la première phrase de l'art. 31.01 de la convention collective:

Toutes les dispositions de la présente convention sont assujetties aux lois qui sont actuellement en vigueur ou qui le seront ultérieurement . . .

Cet énoncé confirme que le conseil a conclu que les parties ont voulu incorporer la disposition relative à l'EPN dans la définition de discrimination contenue dans la convention collective.

Le conseil s'est fondé sur l'art. 31.01 et sur la décision *Re Sunnyside Home for the Aged and*

29

30

31

32

Service Workers' Union, Local 220 (1985), 21 L.A.C. (3d) 85, where the facts are strikingly similar to the present appeal. In that case a male nursing attendant employed at the Sunnyside Home for the Aged alleged that his employer had discriminated against him on the basis of sex.

London & District Service Workers' Union, Local 220 (1985), 21 L.A.C. (3d) 85, où les faits présentent une ressemblance frappante avec ceux du présent pourvoi. Dans cette affaire, un infirmier du Sunnyside Home for the Aged alléguait que son employeur avait fait preuve, envers lui, de discrimination fondée sur le sexe.

33

The Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 contained a BFOQ provision similar in effect to the provision in the present appeal. The collective agreement between the grievor's union and the employer contained a prohibition against discrimination which is almost identical to that in the present appeal. The provision (quoted at p. 86) stated:

Le *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, contenait une disposition relative à l'EPN qui avait une incidence semblable à celle de la disposition visée en l'espèce. La convention collective conclue entre l'employeur et le syndicat de l'auteur du grief comportait une interdiction de faire preuve de discrimination quasi identique à celle dont il est question dans le présent pourvoi. La disposition en cause (citée à la p. 86) se lisait ainsi.

[TRADUCTION]

2.04 *The Employer and the Union agree that there will be no discrimination, interference, restriction or coercion exercised or practiced by the Employer or by the Union or by any of their representatives with respect to any employees by reason of race, colour, age, sex, marital status, national origin, political or religious affiliation, nor by reason of his membership or non-membership in the Union which is hereby recognized as a voluntary act on the part of the individual concerned. [Emphasis in original.]*

2.04 *L'employeur et le syndicat conviennent qu'aucun employé ne fera l'objet de discrimination, d'une entrave, d'une restriction ou de coercition de leur part, ou de la part d'un de leurs représentants, du fait de sa race, de sa couleur, de son âge, de son sexe, de son état matrimonial, de son origine ethnique, de son appartenance politique ou religieuse, ou en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion au syndicat qui est reconnue, par les présentes, comme un acte volontaire de la part de l'employé concerné. [En italique dans l'original.]*

34

The *Sunnyside* arbitration board held, at p. 94, that "the parties intended the 'no discrimination' clause in their agreement to incorporate the general and well understood meaning of discrimination established by the *Human Rights Code, 1981*." At p. 95 the arbitration board made the following ruling, upon which the Board in the present case relied:

Dans l'affaire *Sunnyside*, le conseil arbitral a conclu, à la p. 94, que [TRADUCTION] «les parties ont voulu que la clause de «non-discrimination» dans leur convention englobe le sens général et bien reconnu de la discrimination établi par le *Code des droits de la personne (1981)*». À la page 95, le conseil d'arbitrage a rendu la décision suivante, sur laquelle le conseil s'est fondé en l'espèce:

[The employer] asserts, more generally, that consistent with the *Human Rights Code, 1981* the parties must be understood as having intended to prohibit unjustifiable discrimination and not simply any and all differences between males and females. We agree. It is our conclusion, then, that the "no discrimination" clause of the collective agreement should be construed consistently and in harmony with the *Human Rights Code, 1981*, and thus understood as prohibiting the [employer] from dis-

[TRADUCTION] [L'employeur] affirme, de manière plus générale, que, conformément au *Code des droits de la personne (1981)*, les parties sont censées avoir voulu interdire la discrimination injustifiable, et non pas simplement toutes et chacune des différences de traitement des hommes et des femmes. Nous sommes de cet avis. Nous concluons donc que la clause de «non-discrimination» de la convention collective devrait être interprétée de manière compatible avec le *Code des droits de la*

criminating against an employee in his employment on the basis of sex where, using the words of s. 23(b) of the *Human Rights Code, 1981*, it is not a "reasonable and bona fide qualification because of the nature of the employment".

The arbitration board there held that the employer had not established that a BFOQ of "femaleness" existed and the grievance was allowed. It is clear, however, that the arbitration board viewed the parties as having incorporated the BFOQ provision of the Ontario *Human Rights Code, 1981* into their collective agreement. Had a BFOQ existed, the grievance would have failed. This was an interpretation of the collective agreement by an expert tribunal and would have been reviewable only on a standard of patent unreasonableness.

The Board in this appeal felt that the *Sunnyside* case was "on all fours" with the present appeal, except that in the present appeal a BFOQ did exist on the facts. Since the arbitration board in *Sunnyside* held that the parties had intended to incorporate the relevant human rights legislation, including the BFOQ provision, it is clear that the Board interpreted the collective agreement between the appellant and the respondent in the same way.

By relying on art. 31.01 and *Sunnyside*, the Board was interpreting the collective agreement, not "outside" legislation, and thus is entitled to deference. The Board's method of interpretation, reading the collective agreement in harmony with the Code, was not patently unreasonable. While the Board's conclusion, that the parties intended to be bound by the BFOQ provision, could be incorrect, it cannot be said that it is patently unreasonable. The reliance on art. 31.01 and *Sunnyside* provide a rational basis for the Board's decision. This alone is sufficient to uphold the decision of the Board.

personne (1981), et ainsi comme interdisant à [l'employeur] d'agir de façon discriminatoire envers l'employé, dans le cadre de son emploi, du fait de son sexe là où, pour reprendre les termes de l'al. 23b) du *Code des droits de la personne (1981)*, il ne s'agit pas d'une «qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi».

Le conseil d'arbitrage y a conclu que l'employeur n'avait pas établi qu'une EPN d'embauche de personnes du sexe féminin existait, et le grief a été accueilli. Cependant, il est évident que le conseil d'arbitrage a considéré que les parties avaient inclus, dans leur convention collective, la disposition relative à l'EPN, contenue dans le *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario. Si une EPN avait existé, le grief aurait échoué. Il s'agissait d'une interprétation de la convention collective par un tribunal expert, qui n'aurait pu faire l'objet d'un contrôle que selon la norme du caractère manifestement déraisonnable.

Dans la présente affaire, le conseil a estimé qu'une analogie parfaite pouvait être établie entre l'affaire *Sunnyside* et le présent pourvoi, sauf qu'en l'espèce une EPN existait effectivement d'après les faits. Puisque le conseil d'arbitrage, dans l'affaire *Sunnyside*, a conclu que les parties avaient voulu incorporer les mesures législatives pertinentes sur les droits de la personne, dont une disposition relative à l'EPN, il est évident qu'il a interprété de la même façon la convention collective conclue entre l'appelante et l'intimé.

En se fondant sur l'art. 31.01 et l'affaire *Sunnyside*, le conseil interprétait la convention collective et non pas une loi «extérieure», de sorte qu'il a droit à ce que l'on fasse preuve de retenue à son égard. En choisissant d'interpréter la convention collective d'une manière compatible avec le Code, le conseil n'a pas agi de façon manifestement déraisonnable. Bien que sa conclusion que les parties ont voulu être liées par la disposition relative à l'EPN puisse être erronée, on ne saurait dire qu'elle est manifestement déraisonnable. En se fondant sur l'art. 31.01 et l'affaire *Sunnyside*, le conseil a donné une assise rationnelle à sa décision. Cela est suffisant pour maintenir la décision du conseil.

35

36

37

38

Another way of reaching the conclusion that the parties did not preclude application of the BFOQ to the collective agreement is by examining the definition of discrimination as used in the collective agreement. In determining what the parties meant by prohibiting "discrimination" one must refer to the definition of discrimination which prevails in Newfoundland, namely, that found in the Code. This definition incorporates the concept of BFOQ, pursuant to s. 10(1). Parties may contract for more protection than the "base" of the Code, for the reasons stated above. In this case they did so in adding protection against discrimination based on membership in the union. Without more, however, it cannot be said that the parties intended to alter further the prevailing definition of discrimination from that found in the Code.

III. Conclusion

39

The appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

40

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major, and share his view that parties to an employment contract or collective agreement may negotiate a non-discrimination clause that confers greater protection than the minimum guaranteed by human rights legislation. I also agree that, despite the error of the arbitration board (the "Board") on this point, the appeal should be dismissed. I am unable however, to agree, with my colleague's reasons for dismissing the appeal as they are based, in my opinion, upon a mistaken understanding of the reasons of the Board.

Whether Parties Can Agree Contractually to More Protection from Discrimination than the Minimum Guaranteed by Human Rights Legislation

41

The purpose of the Newfoundland *Human Rights Code*, 1988, S.N. 1988, c. 62, is to prevent and eliminate discrimination. As my colleague

Une autre façon d'en arriver à la conclusion que les parties n'ont pas exclu l'application de l'EPN à la convention collective consiste à examiner la définition de la discrimination utilisée dans la convention collective. Pour déterminer ce que les parties ont voulu faire en interdisant la «discrimination», il faut se référer à la définition qui est donnée à ce terme à Terre-Neuve, notamment celle qui se trouve dans le Code. Cette définition incorpore la notion d'EPN, selon le par. 10(1). Pour les raisons susmentionnées, les parties peuvent par contrat convenir d'une protection plus grande que la protection «de base» prévue dans le Code. En l'espèce, elles l'ont fait en ajoutant la protection contre la discrimination fondée sur l'adhésion au syndicat. Toutefois, on ne saurait dire, sans plus, que les parties ont voulu s'écarter davantage de la définition de la discrimination inscrite dans le Code.

III. Conclusion

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Major et je partage son point de vue selon lequel les parties à un contrat de travail ou à une convention collective peuvent négocier une clause de non-discrimination qui confère une protection plus grande que le minimum garanti par les lois sur les droits de la personne. Je conviens aussi que, malgré l'erreur du conseil d'arbitrage (le «conseil») sur ce point, il y a lieu de rejeter le pourvoi. Toutefois, je ne puis être d'accord avec les raisons que mon collègue invoque pour rejeter le pourvoi, car elles sont fondées, selon moi, sur une interprétation erronée des motifs du conseil.

Les parties peuvent-elles convenir par contrat d'une plus grande protection contre la discrimination que le minimum garanti par les lois sur les droits de la personne?

Le *Human Rights Code*, 1988 de Terre-Neuve, S.N. 1988, ch. 62, a pour but de prévenir et d'éliminer la discrimination. Comme mon collègue le

Major J. observes at para. 23, "it seems obvious that parties should be able to negotiate increased protection against discrimination than that provided by the legislation. The ability to do so could not possibly offend the general policy behind human rights legislation." In particular, parties may freely negotiate a clause that prohibits all discrimination and need not allow an exception for a *bona fide* occupational qualification (BFOQ).

The parties and the courts below refer to the negotiation of such a clause as "contracting out" of the BFOQ provision of the Code. In my opinion, the term is misapplied in this case. The parties have not attempted to "contract out" of the Code as the term was used in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202.

In *Etobicoke*, the employer argued in essence that a human rights board of inquiry should not apply s. 4(6) of *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, because the discriminatory employment qualification had been agreed to by the parties. The employer's argument, in effect, was that the collective agreement authorized the discrimination and immunized the parties' relationship from review under *The Ontario Human Rights Code*. The Court rejected the argument on the ground that *The Ontario Human Rights Code* is a public enactment and that (at p. 213) "parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments".

The situation here is quite different. The collective agreement leaves intact all remedies available under the Code in proceedings before the provincial human rights commission. The parties have simply provided that, in addition to those remedies, discrimination by the employer shall give rise to remedies under the collective agreement by means of the grievance procedure. Even assuming that the non-discrimination clause in the collective agreement has a different scope from the Code, I do not see how the parties can be said to be

juge Major le note au par. 23, «il semble évident que les parties devraient pouvoir négocier une plus grande protection contre la discrimination que celle offerte par la loi. La faculté de le faire ne saurait enfreindre la politique générale qui sous-tend les lois sur les droits de la personne.» Plus particulièrement, les parties peuvent négocier librement une clause qui interdit toute discrimination, sans être obligées de permettre une exception relative à des exigences professionnelles normales (EPN).

Pour les parties et les tribunaux d'instance inférieure, la négociation d'une telle clause revient à «se soustraire par contrat» à l'application de la disposition du Code relative à l'EPN. À mon avis, cette expression est mal utilisée en l'espèce. Les parties n'ont pas tenté de «se soustraire par contrat» à l'application du Code, au sens dans lequel cette expression est utilisée dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

Dans l'affaire *Etobicoke*, l'employeur a plaidé essentiellement qu'un commissaire enquêteur sur les droits de la personne ne devrait pas appliquer le par. 4(6) de *The Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, parce que l'exigence professionnelle discriminatoire avait été convenue entre les parties. En fait, l'argument de l'employeur était que la convention collective autorisait la discrimination et soustrayait la relation entre les parties au contrôle prévu par *The Ontario Human Rights Code*. La Cour a rejeté cet argument pour le motif que *The Ontario Human Rights Code* est une loi publique et que (à la p. 213) «les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois».

La situation en l'espèce est entièrement différente. La convention collective ne touche aucunement les recours qui, en vertu du Code, peuvent être exercés devant la commission provinciale des droits de la personne. Les parties ont simplement prévu que, outre ces recours, la discrimination de la part de l'employeur donnerait droit d'obtenir réparation en vertu de la convention collective, au moyen de la procédure de grief. Même en présumant que la clause de non-discrimination contenue dans la convention collective a une portée

42

43

44

“contracting out” of the Code, within the meaning of *Etobicoke*, so long as the collective agreement does not purport either to authorize discrimination or to affect the remedies which are available under the Code in proceedings before the human rights commission.

The Board's Construction of the Collective Agreement

Like my colleague Major J., I conclude that the Board erred in holding that parties are not permitted to negotiate a non-discrimination clause that does not provide for a BFOQ defence. This error is not merely incidental to the Board's decision, but rather constitutes an essential pillar on which the decision rests. Major J. suggests that the Board's decision can be supported on the basis of its finding that the parties intended to incorporate the BFOQ provision of the Code into their collective agreement. I, however, do not believe that the Board made any such finding.

The Board's analysis ((1989, 6 L.A.C. (4th) 81) begins with a long quotation from pp. 213-14 of this Court's decision in *Etobicoke*, on the question of whether parties may “contract out” of human rights legislation. The Board, at p. 106, placed emphasis on McIntyre J.'s statement that *The Ontario Human Rights Code* “may not be waived or varied by private contract” and continued at p. 108:

In the board's view, the court's decision [in *Etobicoke*] may be read equally persuasively in the context of the dispute before us, and its ruling should apply *mutatis mutandis* to the status of the Newfoundland *Human Rights Code*, 1988 in interpreting the parties' collective agreement. Indeed, the board is of the opinion that the parties have clearly and unequivocally bound themselves to the application of the *Human Rights Code*, 1988 by the first sentence of art. 31.01 of the collective agreement:

différente des dispositions du Code, je ne vois pas comment on peut dire que les parties «se soustraient par contrat» à l'application du Code, au sens de l'arrêt *Etobicoke*, dans la mesure où la convention collective n'a pas pour but d'autoriser la discrimination ni de modifier les recours qui, en vertu du Code, peuvent être exercés devant la commission des droits de la personne.

Interprétation de la convention collective par le conseil

À l'instar de mon collègue le juge Major, je conclus que le conseil a commis une erreur en statuant qu'il n'est pas loisible aux parties de négocier une clause de non-discrimination qui ne prévoit pas qu'une EPN peut être invoquée comme moyen de défense. Il s'agit non pas d'une simple erreur sans conséquence dans la décision du conseil, mais, au contraire, de l'un des piliers sur lesquels repose cette décision. Le juge Major laisse entendre que la décision du conseil peut se justifier par sa conclusion que les parties ont voulu incorporer, dans leur convention collective, la disposition du Code relative à l'EPN. Pour ma part, je ne crois pas que le conseil ait tiré une telle conclusion.

L'analyse du conseil ((1989), 6 L.A.C. (4th) 81) débute par une longue citation tirée des pp. 213 et 214 de l'arrêt *Etobicoke* de notre Cour, relativement à la question de savoir si les parties peuvent «se soustraire par contrat» à l'application des lois sur les droits de la personne. Le conseil insiste, à la p. 106, sur l'affirmation du juge McIntyre que *The Ontario Human Rights Code* est une loi à laquelle «on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé», ajoutant, à la p. 108:

[TRADUCTION] Selon le conseil, l'arrêt [*Etobicoke*] de la cour peut être interprété d'une façon tout aussi convaincante dans le contexte du litige dont nous sommes saisis, et il devrait s'appliquer *mutatis mutandis* à la situation du *Human Rights Code*, 1988 de Terre-Neuve quant à l'interprétation de la convention collective des parties. En fait, le conseil est d'avis que les parties se sont clairement et manifestement engagées à appliquer le *Human Rights Code*, 1988 dans la première phrase de l'art. 31.01 de la convention collective:

All provisions of this Agreement are subject to applicable laws now or hereafter in effect . . .

Our thinking on this issue is further supported in *Studies in Labour Law* (1983), at p. 127, where the authors write:

The inclusion of no-discrimination clauses in so many collective agreements indicates a consensus not only that human rights principles ought to apply to the collective agreement administration, but that the parties envision a general rule against discrimination throughout the work-place. Given that allegations of discrimination may be enmeshed in disciplinary cases or in collective agreement interpretation, *it is essential that arbitrators maintain a role in such cases to ensure that the collective agreement is preserved and administered within the law*, including human rights legislation. It would be nearly impossible to carve out discrimination issues from the general authority of arbitrators, but we would not in any way recommend any restriction of arbitral authority over the entire range of collective agreement disputes. [Emphasis in original.]

According to Major J., at para. 31, the Board's reference to art. 31.01 of the collective agreement confirms that "the Board found that the parties intended to incorporate the BFOQ provision into the definition of discrimination". With respect, I am unable to discern any such finding in the above passage. In my view, the Board found only that the parties could not "contract out" of the Code, that the collective agreement contained a clause to this effect, and that the Board should not interpret the collective agreement in a manner that would violate the Code.

Immediately following the above-quoted passage, the Board discussed the decision of another arbitration board in *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85. According to Major J. at para. 36, the Board "felt that the *Sunnyside* case was 'on all fours' with the present appeal". My colleague at para. 37 asserts

Toutes les dispositions de la présente convention sont assujetties aux lois qui sont actuellement en vigueur ou qui le seront ultérieurement . . .

Notre réflexion sur cette question s'appuie également sur *Studies in Labour Law* (1983), à la p. 127, où les auteurs écrivent:

L'inclusion de clauses de non-discrimination dans tant de conventions collectives indique l'existence d'un consensus selon lequel non seulement les principes en matière de droits de la personne doivent être suivis dans l'application d'une convention collective, mais aussi que les parties envisagent une règle générale interdisant la discrimination dans les lieux de travail. Étant donné que des allégations de discrimination peuvent se greffer à des contentieux disciplinaires ou à l'interprétation d'une convention collective, *il est essentiel que les arbitres continuent, dans ces circonstances, d'assurer que la convention collective soit protégée et appliquée conformément à la loi*, y compris les lois sur les droits de la personne. Il serait quasi impossible de soustraire les questions de discrimination à la compétence générale des arbitres, mais nous ne recommanderions aucune restriction quelle qu'elle soit au pouvoir des arbitres de se prononcer sur toute la gamme des litiges relatifs à une convention collective. [En italique dans l'original.]

Selon le juge Major, au par. 31, le renvoi par le conseil à l'art. 31.01 de la convention collective confirme que «le conseil a conclu que les parties ont voulu incorporer la disposition relative à l'EPN dans la définition de discrimination». En toute déférence, je suis incapable de déceler une telle conclusion dans le passage précité. À mon avis, le conseil a seulement conclu que les parties ne pouvaient pas «se soustraire par contrat» à l'application du Code, que la convention collective comportait une clause reconnaissant ce fait, et que le conseil ne devrait pas interpréter la convention collective d'une manière contraire au Code.

Immédiatement après le passage précité, le conseil a analysé la décision rendue par un autre conseil d'arbitrage dans l'affaire *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union, Local 220* (1985), 21 L.A.C. (3d) 85. Selon le juge Major, au par. 36, le conseil «a estimé qu'une analogie parfaite pouvait être établie entre l'affaire *Sunnyside* et le présent pourvoi».

that the Board, like the board in *Sunnyside*, adopted a valid interpretive method in "reading the collective agreement in harmony with the Code". With respect, I do not agree with my colleague's description of the Board's reasoning. In fact, the Board said at p. 108:

Also in *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union*, Loc. 220 . . . the issue was sex discrimination in a nursing home for the aged. The board was almost exactly on point at p. 95:

In the instant matter the home does not seek to import a special or narrow definition for the factor of sex. Instead it asserts, more generally, that consistent with the *Human Rights Code*, 1981, the parties must be understood as having intended to prohibit unjustifiable discrimination and not simply any and all differences between males and females. We agree. It is our conclusion, then, that the "no discrimination" clause of the collective agreement should be construed consistently and in harmony with the *Human Rights Code*, 1981, and thus understood as prohibiting the home from discriminating against an employee in his employment on the basis of sex where, using the words of s. 23(b) of the *Human Rights Code*, 1981, it is not a "reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment".

Having determined that the parties cannot contract out of the *Human Rights Code*, 1988, we find that the discrimination clauses of the collective agreement — particularly art. 4.01 — are subject to the Code. Since the Code permits an exception to this general rule on discrimination on the basis of sex, we are satisfied that the employer is free to attempt to discharge its burden of proving that such a BOQ existed in these circumstances.

I do not dispute that an arbitration board may refer to a human rights statute for guidance when interpreting the analogous provision of a collective agreement. However, this is not what the Board did in the case at bar when it read the collective agreement "in harmony" with the Code. Rather,

Mon collègue affirme, au par. 37, que, à l'instar du conseil dans l'affaire *Sunnyside*, le conseil a adopté une méthode d'interprétation valide en «choisissant d'interpréter la convention collective d'une manière compatible avec le Code». En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec la façon dont mon collègue décrit le raisonnement du conseil. En fait, le conseil dit, à la p. 108:

[TRADUCTION] De plus, dans l'affaire *Re Sunnyside Home for the Aged and London & District Service Workers' Union*, Loc. 220 [. . .] il était question de discrimination sexuelle dans un centre d'hébergement pour personnes âgées. La remarque du conseil ne pourrait pas être plus pertinente, à la p. 95:

En l'espèce, le centre ne cherche pas à introduire une définition spéciale ou restrictive du facteur «sexe». Il affirme plutôt, de manière plus générale, que, conformément au *Code des droits de la personne* (1981), les parties sont censées avoir voulu interdire la discrimination injustifiable, et non pas simplement toutes et chacune des différences de traitement des hommes et des femmes. Nous sommes de cet avis. Nous concluons donc que la clause de «non-discrimination» de la convention collective devrait être interprétée de manière compatible avec le *Code des droits de la personne* (1981), et ainsi comme interdisant au centre d'agir de façon discriminatoire envers l'employé, dans le cadre de son emploi, du fait de son sexe là où, pour reprendre les termes de l'al. 23b) du *Code des droits de la personne* (1981), il ne s'agit pas d'une «qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi».

Après avoir décidé que les parties ne peuvent pas se soustraire par contrat à l'application du *Human Rights Code*, 1988, nous statuons que les clauses relatives à la discrimination contenues dans la convention collective — notamment l'art. 4.01 — sont assujetties au Code. Étant donné que le Code permet une exception à cette règle générale en matière de discrimination fondée sur le sexe, nous sommes convaincus qu'il est loisible à l'employeur de tenter de s'acquitter de son obligation de prouver qu'une telle EPN existait dans ces circonstances.

Je ne conteste pas qu'un conseil d'arbitrage puisse s'inspirer d'une loi sur les droits de la personne pour interpréter une disposition analogue dans une convention collective. Cependant, ce n'est pas ce que le conseil a fait en l'espèce en interprétant la convention collective «d'une manière compatible»

the Board found that the contractual non-discrimination clause must be read as incorporating a BFOQ because any other interpretation would amount to "contracting out" of the Code.

I have reproduced at length the Board's observations on these points because they show that the Board made no finding on the crucial issue of whether the parties actually wished to incorporate a BFOQ provision. Major J. relies on the Board's references to art. 31.01 of the collective agreement and to the *Sunnyside* decision. However, these references appear in the context of the Board's discussion of whether the parties could "contract out" of the BFOQ. The Board was under the mistaken impression that any attempt to adopt a non-discrimination clause without incorporating a BFOQ would constitute an impermissible attempt to "contract out" of the Code. As a result, it made no finding about the parties' actual intention. It merely deemed the parties to have intended to include such a provision.

Disposition of the Appeal

As this appeal arises out of an application for judicial review, it is within the discretion of the Court whether to grant the remedies sought by the appellant: see *In re Anti-dumping Tribunal and re transparent sheet glass*, [1972] F.C. 1078 (T.D.), rev'd [1973] F.C. 745 (C.A.), rev'd *sub nom. P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. v. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061 (Ont. C.A.); *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545 (C.A.), at p. 556. In ordinary circumstances, given the Board's error, I would have favoured allowing the appeal and sending the matter back to the Board so that it may interpret the collective agreement in accordance with the actual intention of the parties. Given that the interpretation of the collective agreement is within the specialized juris-

avec le Code. Au contraire, le conseil a conclu que la clause contractuelle de non-discrimination devait être interprétée comme incorporant une EPN parce que toute autre interprétation reviendrait à «se soustraire par contrat» à l'application du Code.

J'ai reproduit au long les observations du conseil sur ces points parce qu'elles montrent qu'il n'a tiré aucune conclusion sur la question cruciale de savoir si les parties avaient vraiment voulu incorporer une disposition relative à l'EPN. Le juge Major s'appuie sur le renvoi du conseil à l'art. 31.01 de la convention collective ainsi qu'à la décision *Sunnyside*. Cependant, ces renvois font partie de l'analyse, par le conseil, de la question de savoir si les parties pouvaient «se soustraire par contrat» à l'application de l'EPN. Le conseil croyait à tort que toute tentative d'adopter une clause de non-discrimination, sans incorporer une EPN, constituerait une tentative inacceptable de «se soustraire par contrat» à l'application du Code. Par conséquent, il n'a tiré aucune conclusion quant à l'intention véritable des parties. Il a simplement tenu pour acquis que les parties avaient voulu inclure une telle disposition.

Dispositif

Étant donné que le présent pourvoi résulte d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour a le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non les réparations demandées par l'appelante: voir *In re le Tribunal antidumping et le verre à vitre transparent*, [1972] C.F. 1078 (1^{re} inst.), inf. par [1973] C.F. 745 (C.A.), inf. par *sub nom. P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Frito-Lay Canada Ltd. c. Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local Union No. 647* (1976), 77 C.L.L.C. ¶14,061 (C.A. Ont.); *Re City of Toronto and Canadian Union of Public Employees, Local 79* (1982), 35 O.R. (2d) 545 (C.A.), à la p. 556. Dans des circonstances ordinaires, compte tenu de l'erreur du conseil, j'aurais préféré accueillir le pourvoi et renvoyer l'affaire au conseil pour qu'il puisse interpréter la convention collective en conformité avec l'intention véritable des parties. Étant donné que l'interprétation de la

diction and expertise of the Board, this Court should not normally be "examining the definition of discrimination as used in the collective agreement" or "determining what the parties meant by prohibiting 'discrimination'" as Major J. suggests at para. 38. However, almost eight years have passed since the Board convened. Assuming that the members of the Board are even available, it is almost certain that the Board will simply hold that the parties did not intend to adopt an absolute ban on discrimination, repeat its finding that a BFOQ existed on these facts, and dismiss the grievance. Moreover, the collective agreement, which was scheduled to expire six years ago, on March 31, 1990, has undoubtedly been renegotiated in whole or in part. In the exceptional circumstances of this case, sending the grievance back for redetermination would serve no purpose and would inflict additional, needless expense on the parties. For these reasons, I would dispose of the appeal in the manner proposed by Major J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: O'Dea, Earle, St. John's.

Solicitors for the respondents: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, St. John's.

convention collective relève de la compétence spécialisée et de l'expertise du conseil, notre Cour ne devrait pas normalement «examiner la définition de la discrimination utilisée dans la convention collective» ou «déterminer ce que les parties ont voulu faire en interdisant la «discrimination»», comme le propose le juge Major, au par. 38. Toutefois, presque huit années se sont écoulées depuis la séance du conseil. Même en supposant que les membres du conseil soient disponibles, il est presque certain que le conseil statuerait simplement que les parties n'ont pas voulu adopter une interdiction totale de toute discrimination, qu'il conclurait de nouveau qu'une EPN existait d'après les faits et qu'il rejetterait le grief. De plus, la convention collective, qui devait expirer il y a six ans, le 31 mars 1990, a sans doute été renégociée en totalité ou en partie. Compte tenu des circonstances exceptionnelles de la présente affaire, renvoyer le grief pour qu'il fasse l'objet d'une nouvelle décision ne servirait à rien et occasionnerait inutilement des dépenses additionnelles aux parties. Pour ces motifs, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Major.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: O'Dea, Earle, St. John's.

Procureurs des intimées: Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, St. John's.