

A-958-84

A-958-84

Dennis Brennan (Applicant)

v.

The Queen, as represented by the Treasury Board and Bonnie Robichaud (Respondents)

Court of Appeal, Thurlow C.J., Pratte and MacGuigan JJ.—Ottawa, November 7, 8, 9, 23, 1984 and February 18, 1985.

Human rights — Sexual harassment — Discrimination — Respondent Robichaud subjected to sexual overtures by supervisor Brennan while on probation as lead hand on cleaning staff at military base — On occasion, Brennan threatening to charge Robichaud with disobedience if she left his office, and saying that "Without my support you'll fall flat on your face" — Human Rights Tribunal dismissing Robichaud's complaint alleging sexual harassment, discrimination and intimidation against Brennan and Department of National Defence, on ground sexual acts could not have occurred without Robichaud's consent — Review Tribunal allowing appeal on holding Department of National Defence liable for Brennan's conduct — Brennan found guilty for failing to rebut prima facie case established by Robichaud and for creating poisoned work environment, contrary to s. 7(b) of Act — Sexual harassment constituting discriminatory practice — Review Tribunal's finding of coerced sexual acts open to it on evidence — Review Tribunal reversing inference drawn from facts, not initial Tribunal's view of facts, which inference constituted palpable and overriding error — Statement that onus of proof shifting to Brennan not error of law as not statement of law — Allegation that statement that no questions directed towards proving consent not unsupportable finding of fact, since extent of such questions insignificant and not finding of fact on which decision based — Sexual harassment occurring constituting discriminatory practice because adverse differentiation in course of employment on ground of sex — S. 7 covering superior in work place exercising authority over subordinate of opposite sex in vulnerable position to intimidate subordinate and secure participation in sexual conduct — In existing power-vulnerability relationship, mere fact of sexual encounters giving rise to prima facie case of sexual harassment and onus on manager to rebut case — Bell v. Ladas applied — Brennan's conduct destroying normal workplace relationship between supervisor and employee, thus making Robichaud's working conditions worse because female — Manifestation of adverse effect produced by unlawful discriminatory conduct — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2(a), 3, 4, 7(b), 41, 42, 42.1(4),(5), 48(5) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 23), (6) (as am. idem), 63 — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 11.

Dennis Brennan (requérant)

c.

a La Reine, représentée par le Conseil du Trésor et Bonnie Robichaud (intimés)

Cour d'appel, juge en chef Thurlow, juges Pratte et MacGuigan—Ottawa, 7, 8, 9, 23 novembre 1984 et 18 février 1985.

Droits de la personne — Harcèlement sexuel — Discrimination — L'intimée Robichaud a fait l'objet d'avances sexuelles par son supérieur Brennan pendant qu'elle occupait, à l'essai, un poste de chef nettoyeur manuel au sein du service de nettoyage de la base militaire — À une occasion, Brennan a menacé de porter contre Mme Robichaud une accusation d'insubordination si elle quittait son bureau et à une autre il lui a dit: «Sans mon soutien, tu te retrouverais devant rien» — Le tribunal des droits de la personne a rejeté la plainte de harcèlement sexuel, d'actes discriminatoires et d'intimidation portée par Mme Robichaud contre Brennan et le ministère de la Défense nationale au motif que les actes sexuels n'avaient pu se produire sans le consentement de Mme Robichaud — Le tribunal d'appel a accueilli l'appel et a conclu à la responsabilité du ministère de la Défense nationale à l'égard de la conduite de Brennan — Brennan a été trouvé coupable parce qu'il a fait défaut de réfuter la cause établie prima facie par Mme Robichaud et parce qu'il avait créé un climat de travail empoisonné en contravention de l'art. 7b) de la Loi — Le harcèlement sexuel constitue un acte discriminatoire — La conclusion du tribunal d'appel suivant laquelle les faveurs sexuelles ont été obtenues par la contrainte pouvait être tirée de la preuve — Le tribunal d'appel n'a pas infirmé l'opinion du premier tribunal sur les faits mais plutôt la conclusion que ce dernier en a tirée et qui constituait une erreur manifeste et dominante — La remarque concernant le renversement du fardeau de preuve sur les épaules de Brennan n'est pas une erreur de droit puisqu'elle ne constitue pas un exposé de droit — On allègue que la remarque suivant laquelle aucune question n'a été posée en vue de prouver qu'il y avait eu consentement ne constitue pas une conclusion de fait non fondée puisque les questions à ce sujet ont été peu nombreuses et que la décision ne repose pas sur cette conclusion de fait — Le harcèlement sexuel qui a eu lieu constitue un acte discriminatoire car il a eu pour effet de défavoriser l'employée pour des considérations fondées sur le sexe — L'art. 7 vise le cas d'un supérieur qui, au lieu de travail, tire avantage de son autorité vis-à-vis d'un subordonné de l'autre sexe se trouvant dans une situation vulnérable afin de l'intimider et de s'assurer sa participation dans sa conduite sexuelle — Étant donné le rapport pouvoir-vulnérabilité qui existait, le simple fait qu'il y ait eu des incidents à caractère sexuel donne naissance prima facie à une cause de harcèlement sexuel et renverse sur les épaules du gestionnaire le fardeau de réfuter cette cause — L'arrêt Bell v. Ladas s'applique — La conduite de Brennan a détruit les relations de travail normales entre le supérieur et l'employée, créant ainsi pour Mme Robichaud des conditions de travail plus défavorables parce qu'elle est une femme — La situation défavorable a été causée par des actes discriminatoires

Human rights — Vicarious liability — Review Tribunal erred in finding Crown strictly liable for supervisor's sexual harassment of female employee — S. 4, providing anyone engaging in discriminatory practice subject to orders in ss. 41 and 42, meaning person personally engaging in discriminatory practice or having someone else do it for him on his instructions — No obligation on employer to prevent employees from engaging in discriminating practices — Statute silent about vicarious, absolute or strict liability in accordance with common law tort or criminal law principles — Conduct of employees lower than Minister not attracting Crown's liability — Review Tribunal considering irrelevant matters not constituting adverse distinguishing on basis of sex such as Crown's failure to investigate more thoroughly Robichaud's complaint and source of complaints against her, change in work assignment giving impression that Robichaud disfavoured and that Brennan not disfavoured, and that Brennan's activities in relation to witnesses not monitored — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2(a), 3, 4, 7(b), 41, 42, 42.1(4),(5), 48(5) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 23), (6) (as am. idem), 63.

Jurisdiction — Federal Court, Appeal Division — Application to set aside decision of Canadian Human Rights Review Tribunal allowing appeal from decision of Human Rights Tribunal — Review Tribunal finding employee's supervisor guilty of sexual harassment and him and employer liable — Question of damages reserved for argument — Partial decision constituting reviewable judgment or order since clearly intended to be final on issues considered — VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, authority for proposition disposition that finally disposes of less than all issues can be decision under s. 28, applied — Allowing judicial review in present circumstances in accordance with policy of upholding integrity of administrative proceedings — Since VIA Rail decision, tribunals pausing before proceeding with consequential decisions to allow important matters on which final decision reached to be reviewed judicially — Final decision on all issues excepting remedy qualifying for judicial review since by such decision substantive question before tribunal finally disposed of — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

These are applications for review of a decision of a Human Rights Review Tribunal. The respondent, Robichaud, filed a

res illicites — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2a), 3, 4, 7b), 41, 42, 42.1(4),(5), 48(5) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 23), (6) (mod., idem), 63 — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. 1-23, art. 11.

^a *Droits de la personne — Responsabilité du fait d'autrui — Le tribunal d'appel a fait erreur en concluant à la responsabilité stricte de la Couronne à l'égard du harcèlement sexuel dont s'est rendu coupable le supérieur vis-à-vis de l'employée — L'art. 4, qui prévoit que toute personne reconnue coupable d'un acte discriminatoire peut faire l'objet des ordonnances prévues aux art. 41 et 42, vise toute personne commettant elle-même un acte discriminatoire ou ordonnant à quelqu'un d'autre de le faire pour elle — L'employeur n'a aucune obligation d'empêcher ses employés de commettre des actes discriminatoires — La loi est muette quant à la responsabilité du fait d'autrui, à la responsabilité absolue ou encore à la responsabilité stricte selon les principes de responsabilité délictuelle de la common law ou ceux du droit criminel — La conduite des employés occupant un poste inférieur à celui de ministre n'entraîne pas la responsabilité de la Couronne — Le tribunal d'appel a tenu compte de facteurs non pertinents qui ne constituaient pas un traitement défavorable fondé sur le sexe tels que le défaut de la Couronne de faire enquête plus à fond sur la plainte de Mme Robichaud et sur l'origine des plaintes formulées contre cette dernière, la modification de ses fonctions donnant l'impression qu'elle était traitée défavorablement et que Brennan ne l'était pas et le fait que les activités de Brennan en rapport avec les témoins n'ont pas été contrôlées*

^c *— Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2a), 3, 4, 7b), 41, 42, 42.1(4),(5), 48(5) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 23), (6) (mod., idem), 63.*

^d *Compétence — Cour fédérale, Division d'appel — Demande tendant à l'annulation de la décision du tribunal d'appel des droits de la personne qui a accueilli l'appel interjeté à l'encontre de la décision du tribunal des droits de la personne — Le tribunal d'appel a trouvé le supérieur de l'employée coupable de harcèlement sexuel et a conclu à la responsabilité du supérieur et de son employeur — La question des dommages-intérêts a été reportée à plus tard afin d'entendre les arguments à ce sujet — La décision partielle constitue un jugement ou une ordonnance pouvant faire l'objet d'un examen car elle se voulait manifestement une décision finale sur les questions examinées — On a appliqué l'arrêt VIA Rail Canada Inc. c. Butterill qui a établi le principe qu'une décision qui ne tranche définitivement qu'une partie des questions soumises à un tribunal peut constituer une décision au sens de l'art. 28 — Autoriser le contrôle judiciaire dans les circonstances actuelles permet de défendre l'intégrité des procédures administratives — Depuis la décision VIA Rail, les tribunaux interrompent les procédures pour permettre le contrôle judiciaire des questions importantes sur lesquelles ils ont rendu une décision finale avant d'examiner les questions en résultant — La décision finale qui tranche toutes les questions soumises sauf celle relative à la réparation peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire étant donné que, par cette décision, le tribunal tranche de manière définitive la question de fond dont il a été saisi — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.*

Il s'agit en l'espèce de demandes d'examen d'une décision rendue par un tribunal d'appel des droits de la personne.

complaint alleging sexual harassment, discrimination and intimidation by her supervisor, Brennan, and by the Department of National Defence. Robichaud was on probation as a lead hand on the cleaning staff at a military establishment when the sexual advances occurred. The Human Rights Tribunal dismissed Robichaud's complaint on the ground that the sexual acts complained of could not have occurred without Robichaud's consent. The Review Tribunal reversed the inference of fact that Robichaud consented to the activity in question, allowed Robichaud's appeal and found Brennan guilty of sexual harassment and found both him and his employer liable for his actions. The Review Tribunal found that Robichaud had established a *prima facie* case of sexual harassment and that the onus shifted to the defendants to show that these acts did not constitute sexual harassment. Brennan was found guilty because he failed to rebut the *prima facie* case and because he had created a poisoned work environment contrary to paragraph 7(b) of the *Canadian Human Rights Act*. The Review Tribunal reserved for argument its decision as to the damages to which Robichaud was entitled. The issues are whether the Review Tribunal's decision constituted a "decision or order" within the meaning of subsection 28(1) of the *Federal Court Act*; whether the sexual harassment found to have occurred is a discriminatory practice within the meaning of the Act; and, whether the Crown is liable for the conduct of its employee Brennan.

Held, the applications should be allowed and the Review Tribunal's decision set aside in so far as it purports to hold the Crown liable.

Per Thurlow C.J.: The Review Tribunal's decision under attack is not a decision or order within the meaning of subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. There is no indication of what it is that the complainant is to be compensated for or of the basis of the assessment to be made. Under section 41 a tribunal may dismiss a complaint or make an order for relief of the kind set out in subsections 41(2) and (3). Subsection 42.1(6) empowers the Review Tribunal to allow the appeal and make the order that the Tribunal should have made. This adds the power to allow the appeal, but by itself it has no effect to grant a remedy. Without an order of the kind contemplated by subsection 41(2) or (3) it would simply leave matters up in the air. The power of paragraph 42.1(6)(b) is not divisible, and in such a situation the allowing of an appeal without an order is not a decision or order. A decision setting aside the dismissal under appeal and making the order that is to take its place is required before there is a reviewable decision or order.

The Review Tribunal's finding that Robichaud was coerced into participating in sexual acts with Brennan was open to it on the evidence and within the power of the Review Tribunal to make. Therefore the findings can be set aside only if the Review Tribunal erred in law in making them. The applicant submits that the Review Tribunal erred when it said that the

L'intimée Robichaud a déposé une plainte dans laquelle elle alléguait avoir fait l'objet de harcèlement sexuel, d'actes discriminatoires et d'intimidation par son supérieur Brennan et par le ministère de la Défense nationale. Mme Robichaud était en stage d'essai à titre de chef nettoyeur manuel au sein du service de nettoyage d'un établissement militaire lorsque les avances sexuelles se sont produites. Le tribunal des droits de la personne a rejeté la plainte de Mme Robichaud pour le motif que les actes sexuels reprochés n'avaient pu avoir eu lieu sans son consentement. Le tribunal d'appel a infirmé la conclusion de fait suivant laquelle Mme Robichaud aurait consenti à l'activité en question, a accueilli l'appel de cette dernière et a trouvé Brennan coupable de harcèlement sexuel en plus de conclure que Brennan et son employeur étaient responsables des actions du premier. Le tribunal d'appel a jugé que Mme Robichaud avait établi *prima facie* une cause de harcèlement sexuel et que par suite du renversement du fardeau de preuve, il appartenait aux défendeurs d'établir que ces actes ne constituaient pas du harcèlement sexuel. Brennan a été trouvé coupable parce qu'il a fait défaut de réfuter la cause établie *prima facie* et parce qu'il avait créé un climat de travail empoisonné en contravention de l'alinéa 7b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le tribunal d'appel a reporté sa décision quant aux dommages-intérêts auxquels avait droit Mme Robichaud afin d'entendre les arguments des parties à ce sujet. Les questions qui se posent sont celles de savoir si la décision du tribunal d'appel constitue une «décision ou ordonnance» au sens du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*; si le harcèlement sexuel auquel on a conclu est un acte discriminatoire au sens de la Loi; et si la Couronne est responsable de la conduite de son employé Brennan.

Arrêt: les demandes devraient être accueillies et la décision du tribunal d'appel annulée dans la mesure où elle conclut à la responsabilité de la Couronne.

Le juge en chef Thurlow: La décision du tribunal d'appel attaquée en l'espèce ne constitue ni une décision ni une ordonnance au sens du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Rien n'indique ce pourquoi la plaignante doit être indemnisée ni sur quel principe devrait se fonder l'évaluation de l'indemnité. En vertu de l'article 41, un tribunal peut rejeter la plainte ou rendre une ordonnance de redressement du type de ceux prévus aux paragraphes 41(2) et (3). Le paragraphe 42.1(6) a pour effet d'autoriser le tribunal d'appel à faire droit à l'appel et à prononcer l'ordonnance que, selon lui, le tribunal inférieur aurait dû rendre. Vient ainsi s'ajouter le pouvoir de faire droit à l'appel, mais en soi cela n'a pas pour effet d'accorder un redressement. Sans une ordonnance du type envisagé par les paragraphes 41(2) ou (3), cela ne ferait que laisser l'affaire en suspens. Le pouvoir prévu à l'alinéa 42.1(6)b) est indivisible et, dans une telle situation, le fait d'accueillir un appel sans prononcer d'ordonnance ne constitue pas une décision ni une ordonnance. Pour être en présence d'une décision ou d'une ordonnance susceptible d'examen, il faut une décision qui annule le rejet visé dans l'appel et qui prononce l'ordonnance devant lui être substituée.

La conclusion du tribunal d'appel suivant laquelle Mme Robichaud a été contrainte à participer aux actes sexuels avec Brennan pouvait être tirée de la preuve et le tribunal d'appel avait le pouvoir de la prononcer. Par conséquent, les conclusions ne peuvent être annulées que si le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en les prononçant. Le requérant

onus of proof shifted to him, and that the statement, that in the cross-examination of Robichaud no questions were directed towards proving that she consented to the acts, was an unsupported finding of fact. The statement about the onus of proof shifting was not a statement of law. It means only that the evidence for the complainant was so strong that in the absence of evidence to the contrary her case was made out. While counsel was able to point to cross-examination of Robichaud directed to the question of consent, the extent of such questioning was not significant. It was more significant for what was left out of the cross-examination. The statement of the Review Tribunal concerning cross-examination was not a finding of fact on which the decision is based.

The sexual harassment found to have occurred is a discriminatory practice by reason of its being an adverse differentiation in the course of Robichaud's employment on the ground of sex. Section 7 covers the situation of a superior in the work place exercising his position and authority over a subordinate of the other sex, who was in a vulnerable position, to intimidate her and secure participation in sexual activities. The case is similar to *Bell v. Ladas*, where it was said that a person who is disadvantaged because of her sex is being discriminated against in her employment when employer conduct denies her financial rewards because of her sex or exacts some form of sexual compliance to improve or maintain her existing benefits. Brennan's conduct destroyed the normal work-place relationship between supervisor and employee and thus made her working conditions worse because she was a woman. This is a manifestation of an adverse effect produced by the unlawful discriminatory conduct.

The Review Tribunal's decision as to the employer's liability is not sustainable. It is based on the concept that under the Act the Crown is strictly liable for the actions of its supervisor, a concept for which there is no basis in law. Section 4 provides that "anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order provided in sections 41 and 42." This means that if a person has personally engaged in a discriminatory practice or if someone else does it for him on his instructions he may be subjected to an order. There is nothing to impose on employers an obligation to prevent or to take effective measures to prevent employees from engaging in discriminatory practices. Nor is there anything imposing vicarious, absolute or strict liability in accordance with common law tort or criminal law principles for discrimination engaged in by someone else, whether an employer or not.

Under the Act, in the case of a corporation, the authorization that will attract liability must come from the director level. With respect to the Public Service, the Crown is not liable for the conduct of those lower than the official or body under whose authority the operation is carried on. In the instant case, these were the Minister of National Defence and the Treasury

soutient que le tribunal d'appel a fait erreur lorsqu'il a dit qu'il y avait eu renversement du fardeau de preuve sur ses épaules et que l'autre remarque du tribunal selon laquelle aucune question n'a été posée à Mme Robichaud durant son contre-interrogatoire en vue de tenter de démontrer qu'elle avait consenti aux actes constituait une conclusion de fait non fondée. La remarque concernant le renversement du fardeau de preuve n'était pas un exposé de droit. Elle n'est qu'une façon de dire que la preuve présentée par la plaignante était tellement forte qu'en l'absence de preuve contraire, sa cause était établie. Même si l'avocat a pu indiquer dans le contre-interrogatoire de Mme Robichaud des questions se rapportant au consentement, elles n'étaient pas nombreuses et faisaient davantage ressortir les aspects qui n'avaient pas été abordés durant le contre-interrogatoire. La remarque du tribunal d'appel concernant le contre-interrogatoire ne constituait pas une conclusion de fait sur laquelle était fondée la décision.

Le harcèlement sexuel auquel on a conclu constituait un acte discriminatoire en ce sens qu'il a eu pour effet de défavoriser l'employée Robichaud pour des considérations fondées sur son sexe. L'article 7 vise le cas d'un supérieur qui, au lieu de travail, tire avantage de son poste et de son autorité vis-à-vis d'un subordonné de l'autre sexe qui se trouve dans une situation vulnérable, afin de l'intimider et de s'assurer sa participation à des activités sexuelles. Le présent cas est semblable à l'affaire *Bell v. Ladas* dans laquelle on a dit qu'une personne, qui subit un désavantage à cause de son sexe, fait alors l'objet de discrimination dans son emploi lorsque la conduite de l'employeur la prive de rétributions financières à cause de son sexe ou lui soutire des faveurs sexuelles d'une forme ou d'une autre en retour de l'amélioration ou du maintien de ses avantages actuels. Le comportement de Brennan a détruit les relations de travail normales entre le supérieur et l'employée créant ainsi pour cette dernière des conditions de travail plus défavorables du fait qu'elle est une femme. Il s'agit d'une manifestation d'une conséquence défavorable d'un acte discriminatoire illicite.

La décision du tribunal d'appel sur la responsabilité de l'employeur n'est pas fondée. Elle repose sur le concept suivant lequel, en vertu de la Loi, la Couronne est strictement responsable des gestes de son surveillant, concept n'ayant aucun fondement en droit. L'article 4 prévoit que «toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 41 et 42». Il en ressort que si une personne commet elle-même un acte discriminatoire ou si quelqu'un le fait pour elle sur ses ordres, cette personne peut faire l'objet d'une ordonnance. Rien n'impose aux employeurs l'obligation d'empêcher ou de prendre des mesures efficaces afin d'empêcher leurs employés de commettre des actes discriminatoires. Il n'y a rien non plus qui permette de conclure à la responsabilité d'une personne, par le jeu de la responsabilité du fait d'autrui, de la responsabilité absolue ou encore de la responsabilité stricte selon les principes de responsabilité délictuelle de la *common law* ou ceux du droit criminel, pour des actes discriminatoires commis par quelqu'un d'autre, qu'il s'agisse ou non d'un employé.

En vertu de la Loi, dans le cas d'une société, l'autorisation susceptible d'engager la responsabilité doit émaner de la direction. Dans le cas de la Fonction publique, la Couronne n'est pas responsable de la conduite de ceux qui occupent des postes de niveau inférieur à celui du fonctionnaire ou de l'organisme sous l'autorité duquel est placé le service public. En l'espèce, il

Board. There is no suggestion that Brennan had authority from such sources to harass Robichaud.

Finally, the decision should not be allowed to stand because the Review Tribunal considered matters which were not adverse distinguishing on the basis of sex by the Crown against Robichaud, such as the Crown's failure to investigate more thoroughly Robichaud's complaint and the source of the complaints against her, the change in her work assignment giving the impression that she was disfavoured and that Brennan was not disfavoured, and that Brennan's activities in relation to witnesses were not monitored. None of these is relevant to the issue of the Crown's liability.

Per Pratte J.: This decision is reviewable under subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. There is no material distinction between this case and *VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, et al.*

Per MacGuigan J.: The applications should be dismissed. The partial decision of the Review Tribunal, since it is clearly intended to be a final decision on the issues considered, is a reviewable decision under subsection 28(1). The *VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, et al.* case is authority for the proposition that a disposition that finally disposes of less than all of the issues before a tribunal can be a decision under section 28. The result of the administrative process here is more incomplete than in the *VIA Rail* case. However, allowing judicial review to take place in the present circumstances would be to uphold the integrity of the administrative proceedings, a prime consideration expressed by Jackett C.J. in *In Re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.* Tribunals have made it a practice since the *VIA Rail* case to pause before proceeding with the consequential decisions to allow the important matters on which it had reached final decision to be reviewed judicially. A clearly final decision on all issues short only of the remedy or relief should qualify for judicial review since by such a decision the substantive question before the tribunal is finally disposed of.

Canadian human rights tribunals have consistently held that sexual harassment can amount to sexual discrimination. Given the power-vulnerability relationship existing here, the mere fact of sexual encounters gives rise to a *prima facie* case of sexual harassment and to an onus on the manager to show that the acts did not constitute sexual harassment. The Review Tribunal found that Brennan failed to discharge this onus, and also found him guilty of sexual harassment because of his creation of a poisoned work environment. The *Canadian Human Rights Act* requires simply adverse differentiation against an employee, a less precise and more easily established offence. Here sexual acts of a coerced nature which amounted to adverse differentiation having actually occurred, a poisoned work environment is *a fortiori*, but not necessary for the offence. There was adequate evidence for the Review Tribunal to find Brennan guilty of adverse differentiation based on sex. The Review Tribunal reversed an inference drawn from the facts rather than the initial tribunal's view of the facts. The

s'agissait du ministre de la Défense nationale et du Conseil du Trésor. Rien ne permet de penser que Brennan s'était vu confier par l'une de ces sources le pouvoir de harceler Mme Robichaud.

En dernier lieu, la décision devrait être infirmée parce que le tribunal d'appel a tenu compte de facteurs qui ne constituaient pas, de la part de la Couronne, un traitement défavorable fondé sur le sexe à l'égard de Mme Robichaud, tel le défaut de la Couronne de faire enquête plus à fond sur la plainte de Mme Robichaud et sur l'origine des plaintes formulées contre cette dernière, la modification de ses fonctions qui donne l'impression qu'elle a été traitée défavorablement et que Brennan ne l'a pas été et le fait que les activités de ce dernier en rapport avec les témoins n'ont pas été contrôlées. Aucun de ces facteurs n'est pertinent à la question de la responsabilité de la Couronne.

Le juge Pratte: La présente décision peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il n'y aucune distinction importante entre le présent cas et l'affaire *VIA Rail Canada Inc. c. Butterill, et autres*.

Le juge MacGuigan: Les demandes devraient être rejetées. La décision partielle du tribunal d'appel, comme elle se voulait manifestement une décision finale sur les questions examinées, peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1). L'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Butterill, et autres* a établi le principe qu'une décision qui ne tranche définitivement qu'une partie des questions soumises à un tribunal peut constituer une décision au sens de l'article 28. Le résultat du processus administratif en l'espèce est donc plus incomplet que dans l'arrêt *VIA Rail*. Toutefois, autoriser, dans les circonstances actuelles, le contrôle judiciaire permettrait de défendre l'intégrité des procédures administratives, considération de toute première importance comme l'a souligné le juge en chef Jackett dans *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.* Depuis l'arrêt *VIA Rail*, les tribunaux ont pris l'habitude d'interrompre les procédures pour permettre que les questions importantes sur lesquelles ils ont rendu une décision finale puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire avant d'examiner les questions en résultant. Une décision qui tranche manifestement toutes les questions soumises sauf celle relative à la réparation ou à l'indemnisation devrait faire l'objet d'un tel examen étant donné que, par cette décision, le tribunal tranche de manière définitive la question de fond dont il a été saisi.

Les tribunaux des droits de la personne au Canada ont régulièrement statué que le harcèlement sexuel peut constituer une forme de discrimination fondée sur le sexe. Étant donné le rapport pouvoir-vulnérabilité qui existait en l'espèce, le simple fait qu'il y ait eu des incidents à caractère sexuel donnent naissance à une présomption *prima facie* de harcèlement sexuel, et il incombe au contremaître de prouver que ses actes ne constituaient pas du harcèlement sexuel. Le tribunal d'appel a jugé que Brennan n'avait pas réussi à se libérer de ce fardeau de preuve et l'a également trouvé coupable de harcèlement sexuel parce qu'il avait créé un climat de travail empoisonné. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* exige simplement la distinction illicite exercée contre un employé, une infraction moins précise et plus facile à démontrer. En l'espèce, les actes sexuels obtenus par la contrainte et constituant une distinction illicite s'étant réellement produits, l'existence d'un climat de travail malsain vient renforcer les allégations, mais ne constitue pas un élément nécessaire à l'infraction. Le tribunal

Tribunal's inference was a palpable and overriding error and so was subject to reversal.

According to the Supreme Court of Canada, the *Ontario Human Rights Code* forecloses any civil action based on a breach of the Code and also excludes any common law action based on an invocation of the public policy expressed in the Code. Similar considerations apply to the *Canadian Human Rights Act*. Thus one looks for the principles of liability in the four corners of the statute itself. Section 2 states that the principle of the Act is that "every individual should have an equal opportunity . . . to make for himself . . . the life that he . . . is able and wishes to have . . . without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices." The combined effect of this principle and section 11 of the *Interpretation Act* amounts to a virtual direction to the Court to interpret the Act so as to render the largest and most liberal protection to those discriminated against. Such protection must needs include recourse against an employer. The broad remedies provided by section 41, the general necessity for effective follow-up, including the cessation of the discriminatory practice, imply a similar responsibility on the part of the employer. It is implied that if the development of a common law tort of discrimination is preempted by the legislative development of a human rights code, such a development should leave those discriminated against with rights of enforcement at least as broad as those which they would have had at common law, and would therefore include some concept of employer liability. The words "directly or indirectly" in section 7 indicate, particularly with respect to this form of discrimination, a clear acceptance of employer liability. "Directly or indirectly" connote some form of participation by those deemed responsible. An employer must have at least an opportunity of disclaiming liability by reasons of *bona fide* conduct. The Review Tribunal correctly stated the law when it said that the liability of the employer for its supervisory personnel is a strict liability. For the employer to allow Robichaud to have her duties adversely affected just after having completed her probation without complaint, as a result of the letters and petitions against her, which were part of an orchestrated campaign directed by Brennan, was evidence on the basis of which the Review Tribunal could find a lack of due care and concern. There is no evidence that the Review Tribunal based its decision on an erroneous finding of fact. The final argument was that the Review Tribunal was not justified in substituting its view of the facts in relation to the employer's liability for that of the initial tribunal. Since the first Tribunal found that Brennan did not sexually discriminate against Robichaud given her consent, it did not have to decide the issue of employer's liability. The respondents argued that the statement that the Tribunal could not hold the employer (excluding Brennan) responsible for adverse differential treatment was an alternative finding that Brennan was solely liable for his conduct. What the Tribunal must have had in mind was an independent discriminatory practice, subsequent and unrelated to Brennan's, which the employer might have been thought to be liable for.

d'appel avait été saisi d'une preuve suffisante pour lui permettre de statuer que Brennan était coupable de distinction illicite fondée sur le sexe. Le tribunal d'appel a infirmé une conclusion tirée des faits plutôt que l'opinion du premier tribunal sur les faits eux-mêmes. La conclusion du tribunal constituait une erreur manifeste et dominante et pouvait donc être infirmée.

Selon la Cour suprême du Canada, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario empêche toute action civile fondée sur une violation de ses dispositions et exclut aussi toute action qui découle de la *common law* et qui est fondée sur l'invocation de la politique générale énoncée dans le Code. Le même raisonnement s'applique à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Par conséquent, c'est dans le texte même de la loi qu'il faut chercher les principes de responsabilité applicables. L'article 2 énonce que le principe de la Loi est que «tous ont droit . . . à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur [des motifs de distinction illicite]». Il résulte du rapprochement de ce principe et de l'article 11 de la *Loi d'interprétation* que les tribunaux sont à toutes fins pratiques tenus d'interpréter la Loi de façon à donner aux personnes victimes de discrimination la protection la plus large et la plus libérale possible. Cette protection doit comprendre un recours contre l'employeur. Les mesures de redressement étendues que prévoit l'article 41 et, de façon générale, la nécessité d'assurer un suivi et de mettre fin aux actes discriminatoires, supposent une responsabilité semblable de la part de l'employeur. Il en découlerait que si l'émergence du délit de discrimination sanctionnée par la *common law* est devancée par l'évolution des lois et l'adoption d'un code des droits de la personne, cette évolution viendrait conférer aux victimes de discrimination des recours au moins aussi larges que ceux que la *common law* leur aurait accordés, ce qui incluerait, par conséquent, le recours fondé sur le principe de la responsabilité de l'employeur. On peut voir dans l'expression «directement ou indirectement» de l'article 7 la reconnaissance manifeste du principe de la responsabilité de l'employeur en ce qui concerne, en particulier, cette forme de discrimination. L'expression «directement ou indirectement» implique l'idée d'une participation de ceux qui sont réputés responsables. L'employeur doit avoir à tout le moins l'occasion de décliner sa responsabilité en excipant de sa bonne foi. Le tribunal d'appel a correctement exposé le droit lorsqu'il a énoncé la responsabilité stricte de l'employeur envers les actes de son personnel cadre. Un élément de preuve justifiait le tribunal d'appel de conclure à l'insouciance et à l'absence de diligence raisonnable: le fait que l'employeur ait permis que Mme Robichaud subisse, en conséquence des lettres et pétitions défavorables à son endroit qui faisaient partie d'une tentative de discrédit bien orchestrée par Brennan, un traitement défavorable dans son emploi tout juste un mois après qu'elle eut terminé sans reproche sa période d'essai. Il n'y a aucune preuve que le tribunal d'appel a fondé sa décision sur une conclusion de faits erronée. On prétend enfin que le tribunal d'appel n'était pas justifié de substituer son appréciation des faits relatifs à la responsabilité de l'employeur à celle du premier tribunal. Ce dernier en est venu à la conclusion que Brennan n'avait pas commis d'actes discriminatoires fondés sur le sexe à l'encontre de Mme Robichaud, vu le consentement de cette dernière. Il n'avait donc pas à se prononcer sur la responsabilité de l'employeur. Les intimés ont prétendu que la remarque suivant laquelle le tribunal ne pouvait tenir l'employeur (en excluant M. Brennan) responsable du

traitement défavorable constituait une conclusion subsidiaire portant que Brennan était seul responsable de ses actes. Ce que le tribunal visait, c'était un acte discriminatoire subséquent qui n'avait eu rien à voir avec celui de Brennan et qui aurait pu engager la responsabilité de l'employeur.

a

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, et al., [1982] 2 F.C. 830 (C.A.); *Cherie Bell and Anna Korczak v. Ernest Ladas and The Flaming Steer Steak House* (1980), 1 C.H.R.R. D/155 (Ont. Board of Inquiry); *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22 (C.A.); *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977); *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; 62 D.L.R. (3d) 1; *Turenko v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner* (1984), 55 N.R. 314 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

National Indian Brotherhood, et al. v. Juneau, et al., [1971] F.C. 73 (C.A.); *Hoffmann-La Roche Limited v. Delmar Chemicals Limited*, [1966] Ex.C.R. 713; *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981).

CONSIDERED:

Chuba v. Canadian Human Rights Tribunal, judgment dated November 7, 1984, Federal Court, Appeal Division, A-193-84, not yet reported (affirming *sub nom. Jane Kotyk and Barbara Allary v. Canada Employment and Immigration Commission and Jack Chuba* (1983), Human Rights Review Tribunal, unreported); *Edilma Olarte et al. v. Rafael DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Board of Inquiry).

REFERRED TO:

The Attorney General of Canada v. Cylieu, [1973] F.C. 1166 (C.A.); *Smith Kline & French Inter-American Corporation v. Micro Chemicals Limited*, [1968] 1 Ex.C.R. 326; *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*, [1983] 1 F.C. 679 (C.A.); *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; 124 D.L.R. (3d) 193; *Re Nelson et al. and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 (B.C.C.A.); *In the Matter of an Appeal from a Board of Enquiry under the Ontario Human Rights Code, etc. Commodore Business Machines Ltd., and Rafael DeFilippis v. The Minister of Labour for Ontario et al.*, judgment dated November 22, 1984, Ontario Divisional Court, A-279-83, not yet reported; *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.* (1974), 18 C.C.C. (2d) 248 (Alta. Div. Ct.); *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185 (B.C.C.A.); *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd.*, [1969] 3 C.C.C. 263 (Ont. C.A.); *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

VIA Rail Canada Inc. c. Butterill, et autres, [1982] 2 C.F. 830 (C.A.); *Cherie Bell and Anna Korczak v. Ernest Ladas and The Flaming Steer Steak House* (1980), 1 C.H.R.R. D/155 (Comm. d'enquête de l'Ont.); *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22 (C.A.); *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977); *Stein et al. c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; 62 D.L.R. (3d) 1; *Turenko c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada* (1984), 55 N.R. 314 (C.F. Appel).

DISTINCTION FAITE AVEC:

National Indian Brotherhood, et autres c. Juneau, et autres, [1971] C.F. 73 (C.A.); *Hoffmann-La Roche Limited v. Delmar Chemicals Limited*, [1966] R.C.É. 713; *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Chuba c. Tribunal canadien des droits de la personne, jugement en date du 7 novembre 1984, Division d'appel de la Cour fédérale, A-193-84, encore inédit (confirmant *sub nom. Jane Kotyk and Barbara Allary v. Canada Employment and Immigration Commission and Jack Chuba* (1983), tribunal des droits de la personne, non publié); *Edilma Olarte et al. v. Rafael DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Comm. d'enquête).

DÉCISIONS CITÉES:

Le procureur général du Canada c. Cylieu, [1973] C.F. 1166 (C.A.); *Smith Kline & French Inter-American Corporation v. Micro Chemicals Limited*, [1968] 1 R.C.É. 326; *Ferrow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1983] 1 C.F. 679 (C.A.); *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; 124 D.L.R. (3d) 193; *Re Nelson et al. and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 (C.A.C.-B.); *In the Matter of an Appeal from a Board of Enquiry under the Ontario Human Rights Code, etc. Commodore Business Machines Ltd., and Rafael DeFilippis v. The Minister of Labour for Ontario et al.*, jugement en date du 22 novembre 1984, Cour divisionnaire de l'Ontario, A-279-83, encore inédit; *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.* (1974), 18 C.C.C. (2d) 248 (C. div. Alb.); *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185 (C.A.C.-B.); *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd.*, [1969] 3 C.C.C. 263 (C.A. Ont.); *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

COUNSEL:

William A. Sangster for applicant.
Peter K. Doody for respondent, Her Majesty the Queen as represented by the Treasury Board. *a*
K. Scott McLean for respondent, Bonnie Robichaud.
Russell G. Juriansz for Canadian Human Rights Commission. *b*

SOLICITORS:

McLachlan & Sangster, North Bay, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent, Her Majesty the Queen as represented by the Treasury Board. *c*
Herridge, Tolmie, Ottawa, for respondent, Bonnie Robichaud.
Russell G. Juriansz, Legal Counsel, Human Rights Commission, for Canadian Human Rights Commission. *d*

The following are the reasons for judgment rendered in English by *e*

THURLOW C.J.: This application seeks review of a decision of a Human Rights Review Tribunal constituted under section 42.1 of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33]. The Court heard at the same time an application by Her Majesty the Queen, as represented by the Treasury Board, on file A-279-83 seeking a review of the same decision. These reasons apply to both applications. *f*

The matter arises on a complaint filed by the respondent, Bonnie Robichaud, with the Canadian Human Rights Commission on January 26, 1980, alleging sexual harassment, discrimination and intimidation by the Department of National Defence and naming the applicant, Brennan, as the individual who sexually harassed her. Following lengthy proceedings held in 1981 and 1982 the complaint was dismissed [*Robichaud et al. v. Brennan et al.* (1982), 82 CLLC 1091], the Human Rights Tribunal constituted to hear the complaint having concluded that the allegations had not been established. Mrs. Robichaud then *g*

AVOCATS:

William A. Sangster pour le requérant.
Peter K. Doody pour la Reine représentée par le Conseil du Trésor, intimée.
K. Scott McLean pour Bonnie Robichaud, intimée.
Russell G. Juriansz pour la Commission canadienne des droits de la personne. *b*

PROCUREURS:

McLachlan & Sangster, North Bay (Ontario) pour le requérant.
Le sous-procureur général du Canada pour la Reine représentée par le Conseil du Trésor, intimée.
Herridge, Tolmie, Ottawa, pour Bonnie Robichaud, intimée.
Russell G. Juriansz, conseiller juridique, Commission des droits de la personne, pour la Commission canadienne des droits de la personne. *c*

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

LE JUGE EN CHEF THURLOW: Il s'agit en l'espèce d'une demande d'examen d'une décision rendue par un tribunal d'appel des droits de la personne constitué en vertu de l'article 42.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33]. La Cour a instruit par la même occasion la demande d'examen portant le numéro de greffe A-279-83 présentée par Sa Majesté la Reine représentée par le Conseil du Trésor à l'égard de cette même décision. Les présents motifs s'appliquent à ces deux demandes. *f*

L'affaire résulte de la plainte déposée par l'intimée, Bonnie Robichaud, le 26 janvier 1980, auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Dans cette plainte, elle alléguait avoir fait l'objet de harcèlement sexuel, d'actes discriminatoires et d'intimidation par le ministère de la Défense nationale et désignait nommément le requérant, Brennan, comme étant l'individu l'ayant harcelée sexuellement. Au terme de longues procédures qui se sont déroulées en 1981 et 1982 [*Robichaud et al. c. Brennan et al.* (1982), 82 CLLC 1091], le tribunal des droits de la personne constitué pour instruire la plainte l'a finale- *g*

appealed to a Human Rights Review Tribunal [*Robichaud v. Brennan et al.* (1983), 83 CLLC 16,050] which on February 14, 1983, by a document purporting to be a decision, disagreed with the conclusions of the Human Rights Tribunal, found Brennan guilty of sexual harassment of Mrs. Robichaud and the Department of National Defence liable for his actions, and concluded as follows [at pages 16,053-16,054]:

We are therefore allowing the appeal of Mrs. Robichaud against both respondents, Dennis Brennan and Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by The Treasury Board.

Having found liability on the part of both Mr. Brennan and his employer, we must still determine the damages to which Mrs. Robichaud is entitled and determine what other award, if any, should be made as a consequence of our finding. Since these issues have never been dealt with by a Canadian Human Rights Tribunal before and no argument was made on them either here or below, this portion of our decision will be reserved for argument.

The first issue requiring determination is whether this is a "decision or order" within the meaning of subsection 28(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]. If so, the Court has jurisdiction to entertain these applications. But if not, the Court does not have jurisdiction and the applications should be quashed.

The question of what constitutes such a decision or order was discussed in general terms by Jackett C.J., in *National Indian Brotherhood, et al. v. Juneau, et al.*¹ and in appendices to the decision of the Court in *The Attorney General of Canada v. Cylien*² and *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*³ and it has been the subject of consideration on numerous occasions since those cases were decided.

In the *National Indian Brotherhood* case, the learned Judge said, at pages 77-79:

Probably the most important question that has to be decided concerning the application of s. 28(1) is the question as to the

¹ [1971] F.C. 73 (C.A.).

² [1973] F.C. 1166 (C.A.).

³ [1974] 1 F.C. 22 (C.A.).

ment rejetée concluant que le bien-fondé des allé-gations n'avait pas été établi. Mme Robichaud a par la suite interjeté appel devant un tribunal d'appel des droits de la personne [*Robichaud c. Brennan et al.* (1983), 83 CLLC 16,050] qui, le 14 février 1983, dans un document constituant sa décision, a infirmé les conclusions du tribunal des droits de la personne, a trouvé Brennan coupable de harcèlement sexuel à l'endroit de Mme Robichaud et le ministère de la Défense nationale responsable des actes de Brennan, et a conclu comme suit [aux pages 16,053 et 16,054]:

En conséquence, l'appel de madame Robichaud est accueilli aux dépens des deux intimés, Dennis Brennan et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor.

La responsabilité à la fois de monsieur Brennan et de son employeur est établie et il nous reste maintenant à fixer les dommages auxquels madame Robichaud a droit et toute autre compensation qui devrait, le cas échéant, découler de notre décision. Jamais auparavant un tribunal de la Commission canadienne des droits de la personne a-t-il eu à traiter des questions de dommages en jeu en cette cause et ni ce tribunal ni le tribunal inférieur n'a entendu d'arguments à ce sujet. Nous reportons donc notre décision sur cet aspect afin d'entendre les arguments des parties.

La première question qu'il nous faut trancher consiste à déterminer s'il s'agit là d'une «décision ou ordonnance» au sens du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10]. Dans l'affirmative, la Cour a compétence pour connaître des présentes demandes. Dans le cas contraire, la Cour n'a pas compétence et les demandes doivent être annulées.

La question de savoir ce qui constitue une telle décision ou ordonnance a été traitée dans des termes généraux par le juge en chef Jackett dans l'arrêt *National Indian Brotherhood, et autres c. Juneau, et autres*¹ et dans les annexes aux décisions de cette Cour dans *Le procureur général du Canada c. Cylien*² et *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*³, en plus d'être examinée à maintes reprises depuis que ces décisions ont été rendues.

Dans l'arrêt *National Indian Brotherhood*, le juge déclarait aux pages 77 à 79:

La question la plus importante à trancher relativement à l'application de l'art. 28(1) est probablement celle de la signifi-

¹ [1971] C.F. 73 (C.A.).

² [1973] C.F. 1166 (C.A.).

³ [1974] 1 C.F. 22 (C.A.).

meaning of the words "decision or order". Clearly, those words apply to the decision or order that emanates from a tribunal in response to an application that has been made to it for an exercise of its powers after it has taken such steps as it decides to take for the purpose of reaching a conclusion as to what it ought to do in response to the application. I should have thought, however, that there is some doubt as to whether those words—i.e., decision or order—apply to the myriad of decisions or orders that the tribunal must make in the course of the decision-making process. I have in mind decisions such as

- (a) decisions as to dates of hearings,
- (b) decisions on requests for adjournments,
- (c) decisions concerning the order in which parties will be heard,
- (d) decisions concerning admissibility of evidence,
- (e) decisions on objections to questions to witnesses, and
- (f) decisions on whether it will permit written or oral arguments.

Any of such decisions may well be a part of the picture in an attack made on the ultimate decision of the tribunal on the ground that there was not a fair hearing. If, however, an interested party has a right to come to this Court under s. 28 on the occasion of every such decision, it would seem that an instrument for delay and frustration has been put in the hands of parties who are reluctant to have a tribunal exercise its jurisdiction, which is quite inconsistent with the spirit of s. 28(5). A similar question arises where a tribunal proceeds by stages in reaching a conclusion on the ultimate matter that it has to decide (compare *Smith Kline & French Inter-American Corp. v. Micro Chemicals Ltd* [1968] 1 Ex.C.R. 326, at pages 326 to 330), and I have doubts that s. 28(1) authorizes an application in such a case before the ultimate decision is reached. I also have doubts as to whether a refusal by a tribunal to entertain an application or its decision to embark on an inquiry is a decision that falls within s. 28(1). It may well be that, in respect of such matters, the dividing line falls between decisions of a tribunal before it embarks, and completes, its processing of a matter, where a party must proceed by one of the old Crown writ proceedings and build a case upon which the Court may decide whether he is entitled to relief, and decisions based on a case which has been made before the tribunal, where the Court of Appeal may base its decision on what was or was not done before the tribunal.

I do not pretend to have formulated any view as to what the words "decision or order" mean in the context of s. 28(1), but it does seem to me that what is meant is the ultimate decision or order taken or made by the tribunal under its statute and not the myriad of incidental orders or decisions that must be made in the process of getting to the ultimate disposition of a matter. [Emphasis added.]

In *Smith Kline & French Inter-American Corporation v. Micro Chemicals Limited*,⁴ to which Jackett C.J., referred in the passage cited and in *Hoffmann-La Roche Limited v. Delmar Chemi-*

⁴ [1968] 1 Ex.C.R. 326.

cation des termes «décision ou ordonnance». Ces termes s'appliquent clairement à la décision ou ordonnance émanant d'un tribunal en réponse à une requête lui demandant d'exercer ses pouvoirs après avoir adopté la procédure qu'il décide d'adopter pour conclure sur ce qu'il doit faire en réponse à la demande. Je suis enclin à croire, cependant, qu'il est douteux que ces termes—i.e., décision ou ordonnance—s'appliquent aux innombrables décisions ou ordonnances que le tribunal doit rendre au cours des procédures qui aboutissent au prononcé du jugement. J'ai à l'esprit des décisions telles que

- a) des décisions relatives aux dates d'audition,
- b) des décisions sur des requêtes en ajournement,
- c) des décisions concernant l'ordre d'audition des parties,
- d) des décisions ayant trait à l'admissibilité de la preuve,
- e) des décisions sur des objections à des questions posées aux témoins, et
- f) des décisions sur l'autorisation de présenter une argumentation écrite ou orale.

Chacune de ces décisions peut fort bien faire partie du tableau lors d'un pourvoi à l'encontre de la décision ultime du tribunal au motif qu'il n'y a pas eu une audition loyale. Cependant, si une partie intéressée a le droit de s'adresser à cette Cour en vertu de l'art. 28 chaque fois qu'une décision de ce genre est rendue, il semble qu'on ait mis entre les mains de parties peu disposées à ce qu'un tribunal exerce sa compétence un moyen dilatoire et frustratoire incompatible avec l'esprit de l'art. 28(5). Une question semblable se soulève lorsqu'un tribunal procède par étapes pour arriver à trancher le problème ultime qu'il doit trancher (comparer *Smith Kline & French Inter-American Corp. c. Micro Chemicals Ltd.* [1968] 1 R.C.É. 326, aux pages 326 à 330), et je doute que l'art. 28(1) autorise une demande en ce sens avant qu'on ne soit arrivé à la décision ultime. Je doute également que le refus d'un tribunal de connaître d'une requête ou sa décision de procéder à une enquête entrent dans le cadre de l'art. 28(1). A ce sujet, il se peut fort bien que la ligne de partage se situe entre des décisions d'un tribunal avant qu'il n'entreprenne et n'achève l'instruction d'une affaire où une partie doit procéder par la voie des anciennes procédures de la Couronne et instituer une action où la Cour peut décider s'il a droit à réparation, et des décisions fondées sur une action déjà présentée au tribunal où la Cour d'appel peut fonder sa décision sur ce qui a été fait ou ne l'a pas été devant ce tribunal.

Je ne prétends pas avoir formulé d'opinion quant au sens des termes «décision ou ordonnance» dans le contexte de l'art. 28(1), mais il me semble que l'on veut dire qu'il s'agit d'une décision ou ordonnance ultime prise ou rendue par le tribunal en vertu de sa constitution et non pas la myriade d'ordonnances ou de décisions accessoires qui doivent être rendues avant de trancher définitivement l'affaire. [C'est moi qui souligne.]

Dans l'affaire *Smith Kline & French Inter-American Corporation v. Micro Chemicals Limited*⁴, dont le juge en chef Jackett a fait mention dans le passage précité, et dans l'arrêt *Hoff-*

⁴ [1968] 1 R.C.É. 326.

cals Limited,⁵ the learned Judge had held to be nullities appeals launched against decisions of the Commissioner of Patents granting compulsory licences but reserving the fixing of the royalty to be paid by the licencees to be determined later. In the *Hoffmann-La Roche Limited v. Delmar Chemicals Limited* case he said at page 716:

Subsection (4) of section 41 provides for an appeal from a "decision of the Commissioner under this section". The only authority conferred on the Commissioner by section 41 to make a decision is that impliedly conferred by that part of subsection (3) thereof which requires him "unless he sees good reason to the contrary" to "grant" a "licence" to any person applying for one. The balance of this subsection makes it clear that he will ordinarily include various terms in a licence including a provision for royalty or other consideration. What is contemplated by that subsection, therefore, is

- (a) an application by an applicant for licence, and
- (b) a decision by the Commissioner
 - (i) refusing the application, or
 - (ii) granting a licence containing appropriate terms and providing for royalty or other consideration.

In my view, it is that "decision" that is subject to an appeal to this Court. It is of course true that, before the Commissioner reaches the point of making a decision disposing of an application by refusing it or granting a licence, the application will have given rise to the necessity of his making many decisions, which are impliedly authorized by subsection (3) of section 41. He must decide on the procedure to be followed in processing the application; he must decide whether there will be an oral hearing; he must decide the disposition of applications to hear further evidence or argument; and, indeed, he must decide each of the preliminary questions that arise in the course of formulating his decision as to the disposition of the application. (Compare *J. K. Smit & Sons International Limited v. Packsack Diamond Drills Ltd.* [1964] Ex. C.R. 226, per Thurlow J. at pages 230-1, where he discusses a similar problem as to the meaning of "decision" in section 56(2) of the *Trade Marks Act*, chapter 49 of 1952-3.)

In my view, however, Parliament did not contemplate a whole series of appeals in the course of the hearing of the rather simple application contemplated by subsection (3) of section 41. Parliament did not, therefore, contemplate that there should be an appeal either from the Commissioner's refusal to hear further evidence and submissions or from his conclusion on the question whether a licence should be granted. (The formulation of such conclusion is, of course, only a part of the process of deciding what disposition to make of the appeal.) Both these matters can be brought under review in an appeal from the ultimate decision disposing of the application.

It follows, therefore, that, in my view, the appeal is a nullity and should be quashed.

⁵ [1966] Ex.C.R. 713.

*mann-La Roche Limited v. Delmar Chemicals Limited*⁵, le savant juge a conclu à la nullité des appels formés contre des décisions du commissaire des brevets d'accorder les licences obligatoires tout en reportant à plus tard la détermination de la redevance devant être versée par les preneurs de licence. Dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche Limited v. Delmar Chemicals Limited*, le juge déclarait à la page 716:

[TRADUCTION] Le paragraphe (4) de l'article 41 prévoit un appel d'une «décision rendue par le commissaire en vertu du présent article». Le seul pouvoir conféré au commissaire par l'article 41 est celui que lui attribue implicitement le passage du paragraphe (3) dudit article qui l'oblige «à moins qu'il ne trouve de bonnes raisons justifiant le contraire» à «accorder» une «licence» à quiconque en fait la demande. Il ressort clairement du reste du texte de ce paragraphe que le commissaire va normalement insérer diverses conditions dans la licence, notamment une disposition prévoyant le paiement d'une redevance ou autre considération. Ce paragraphe envisage donc

- a) une demande de licence, et
- b) une décision du commissaire
 - (i) de rejeter la demande, ou
 - (ii) d'accorder une licence arrêtant les conditions appropriées et fixant la redevance ou autre considération.

À mon avis, c'est cette «décision» qui peut faire l'objet d'un appel devant cette Cour. Il va de soi qu'avant de rendre une décision finale, en refusant ou en accordant la licence demandée, le commissaire aura été appelé dans le cadre de cette demande à prendre de nombreuses décisions qu'il a implicitement le pouvoir de prendre en vertu du paragraphe (3) de l'article 41. Il doit décider de la procédure à suivre dans l'examen de la demande; il doit décider s'il y aura une audition; il doit décider du sort des demandes présentées en vue de faire entendre des témoignages ou des plaidoyers additionnels; et, en fait, il doit statuer sur chacune des questions préliminaires qui se posent durant l'élaboration de sa décision quant au sort de la demande. (Comparer avec les propos du juge Thurlow aux pages 230 et 231 de l'arrêt *J. K. Smit & Sons International Limited v. Packsack Diamond Drills Ltd.* [1964] R.C.É. 226, qui traite d'un problème semblable relativement au sens du mot «décision» utilisé au paragraphe 56(2) de la *Loi sur les marques de commerce*, chapitre 49 des lois de 1952-3.)

À mon avis, toutefois, le Parlement n'a pas envisagé toute une série d'appels au cours de l'audition d'une simple demande prévue par le paragraphe (3) de l'article 41. Par conséquent, il n'a pas envisagé qu'il y aurait appel du refus du commissaire d'entendre des témoignages et des plaidoyers additionnels, ou de sa décision d'accorder ou non une licence. (La formulation d'une telle conclusion n'est qu'une partie du processus qui vise à décider quel sort réserver à l'appel.) On peut demander l'examen de ces deux questions lors d'un appel de la décision finale statuant sur la demande.

Il s'ensuit donc, à mon avis, que l'appel est frappé de nullité.

⁵ [1966] R.C.É. 713.

Plainly it is this reasoning that Jackett C.J., had in mind when in the *National Indian Brotherhood* case he expressed doubt that subsection 28(1) authorizes an application at each stage of a proceeding carried out by a tribunal in stages to reach an ultimate conclusion. The reasoning was carried further in the appendix to the judgment in the *Danmor Shoe* case at pages 34-35:

It is, of course, for Parliament to decide, as a matter of policy, to what extent the proceedings of administrative tribunals should be subject to judicial supervision. The task of the courts is to interpret and implement the statutes whereby Parliament manifests its decisions. However, it is not entirely irrelevant to judicial interpretation of a statute that the view adopted is calculated, and the alternative view is not calculated, to attain the object of the statute. See section 11 of the *Interpretation Act*. (Section 11 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, reads as follows: 11. Every enactment shall be deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.) In my view, the object of sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* is to provide a speedy and effective judicial supervision of the work of federal boards, commissions and other tribunals with a minimum of interference with the work of those tribunals. Applying section 11 of the *Interpretation Act*, with that object in mind, to the question raised by these section 28 applications, it must be recognized that the lack of a right to have the Court review the position taken by a tribunal as to its jurisdiction or as to some procedural matter, at an early stage in a hearing, may well result, in some cases, in expensive hearings being abortive. On the other hand, a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal. On balance, it would seem that the object of section 28 is more effectively achieved by leaving the right to invoke judicial review to the stage after the tribunal has rendered its decision. There will then have been no unnecessary delay in cases where the tribunal has been guilty of no error in its intermediate positions and rulings and, even when the tribunal has erred at an intermediate stage, in the vast majority of cases, such errors will not have affected the ultimate result in such a way as to warrant invoking judicial review. Admitting that there may be problems that should be solved judicially at an intermediate stage, surely no party should have the right to decide whether a situation has arisen in which that should be done. It is not without interest, in this connection, that Parliament has given the tribunal the necessary discretion to deal with such problems. See section 28(4) of the *Federal Court Act* which authorizes a tribunal "at any stage of its proceedings" to refer "any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure" to the Court for "hearing and determination". [Emphasis added.]

To this may, I think, be added the consideration that if the view expressed by a tribunal at each

De toute évidence, c'est ce raisonnement que le juge en chef Jackett avait à l'esprit lorsque, dans l'arrêt *National Indian Brotherhood*, il a dit douter que le paragraphe 28(1) autorise la présentation d'une demande à chacune des étapes d'une procédure lorsqu'un tribunal procède par étapes pour en arriver à sa conclusion ultime. Ce raisonnement a été précisé davantage dans l'annexe de l'arrêt *Danmor Shoe*, aux pages 34 et 35:

b Décider dans quelle mesure les procédures des tribunaux administratifs seront soumises à un contrôle judiciaire est bien sûr une question de politique qu'il appartient au Parlement de trancher. Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer les lois par lesquelles le Parlement exprime ses préférences. Cependant, il n'est pas entièrement sans rapport avec l'interprétation judiciaire d'une loi que l'opinion adoptée vise, ou au contraire ne vise pas, la réalisation de l'objet de la loi. Voir l'article 11 de la *Loi d'interprétation*. (L'article 11 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, se lit comme suit: 11. Chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de ses objets.) A mon avis le but des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* est de fournir un contrôle judiciaire rapide et efficace des travaux des offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux. Si, en tenant compte de ce point de vue, on applique l'article 11 de la *Loi d'interprétation* à la question soulevée par les demandes fondées sur l'article 28, il faut reconnaître que le fait que la Cour n'a pas le pouvoir d'examiner la position prise par un tribunal quant à sa propre compétence ou quant à des questions de procédure au tout début de l'audience peut entraîner, dans certains cas, la tenue d'auditions coûteuses qui seraient sans issue. Par contre, si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal. A tout prendre, il semble que le but de l'article 28 sera atteint plus efficacement si le droit de demander un examen judiciaire intervient seulement après que le tribunal a rendu sa décision. Il n'y aura donc aucun retard inutile dans les cas où le tribunal ne commet pas d'erreur en exprimant des opinions ou en prenant des décisions intermédiaires et, même si le tribunal commet une erreur à un stade intermédiaire, de telles erreurs n'influenceront pas dans la plupart des cas sur le résultat final de manière suffisante pour justifier le recours à l'examen judiciaire. Si l'on admet qu'il y a des problèmes qui devaient être résolus de manière judiciaire à un stade intermédiaire, aucune des parties ne doit assurément avoir le droit de décider si une situation donnée l'exige. A cet égard, il est intéressant de remarquer que le Parlement a donné à un tribunal le pouvoir discrétionnaire nécessaire pour traiter de ces problèmes. Voir l'article 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui autorise un tribunal «à tout stade de ses procédures» à renvoyer devant la Cour «toute question de droit, de compétence ou de pratique, ... pour audition et jugement». [C'est moi qui souligne.]

À cela vient s'ajouter, selon moi, le fait que si l'opinion exprimée par un tribunal à chacune des

stage of a proceeding carried out in stages may be regarded as a decision, inconvenience is bound to arise since its character as a decision will trigger the commencement of the time limit within which a review application must be launched.

In none of the three cases to which I have referred which arose on the meaning of "decision or order" in subsection 28(1) was the situation comparable with that in the present case since they were not instances of proceedings of a tribunal being carried on by stages.

The situation in *Ferrow v. Minister of Employment and Immigration*⁶ was closer in principle. That in *VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, et al.*⁷ was much closer. There a Human Rights Tribunal had found that the discrimination complained of had been substantiated and had made several orders against the employer, VIA Rail, but had declined to award compensation under paragraph 41(2)(c) for lost wages or under subsection 41(3) for suffering in respect of feelings or self-respect. On appeal, a Human Rights Review Tribunal held the complainants entitled to compensation under both provisions and indicated the principles on which it was to be assessed as well as the period of time in respect of which it was to be computed and paid but left it to the parties to agree on the amounts failing which the Review Tribunal would assess them. A section 28 review application was brought by the employer at that stage and the intervenant's motion to quash the application was dismissed, the Court holding [at page 833, footnote 1] that the interim decision "clearly disposed of some of the issues that the Tribunal was empowered to determine" and was not a mere expression of opinion that would not be reviewable under section 28. Close as the situation was to that in the present case, there is still a marked difference in that the Review Tribunal had concluded not merely that the complainants were entitled to compensation but had decided and described what it was that they were to be compensated for, leaving only its quantification in amount uncompleted. On that basis it was possible on the hearing of the review application to treat the decision as

étapes d'une procédure menée par étapes pouvait être considérée comme une décision, cela ne manquerait pas de créer des difficultés puisque, ainsi qualifiée, une telle décision marquerait le point de départ du délai imparti pour présenter une demande d'examen.

Dans aucun des trois arrêts précités qui portaient sur le sens des mots «décision ou ordonnance» utilisés au paragraphe 28(1), la situation n'était comparable à celle de la présente espèce puisqu'il ne s'agissait pas de cas où le tribunal menait les procédures par étapes.

La situation dans l'affaire *Ferrow c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*⁶ s'en rapprochait davantage au plan du principe, tandis que dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Butterill, et autres*⁷ elle était beaucoup plus proche de celle qui nous intéresse. Dans cette dernière affaire, un tribunal des droits de la personne avait jugé que la preuve avait été faite des actes discriminatoires reprochés et avait prononcé plusieurs ordonnances contre l'employeur, VIA Rail, mais refusait cependant d'accorder une indemnité en vertu de l'alinéa 41(2)c) pour perte de salaire ou en vertu du paragraphe 41(3) pour le préjudice moral souffert. En appel, le tribunal d'appel des droits de la personne a jugé que les plaignants avaient droit d'être indemnisés en vertu des deux dispositions et a indiqué les principes à partir desquels l'indemnité devait être évaluée de même que la période visée par cette dernière, mais avait laissé aux parties le soin de convenir du montant de l'indemnité à défaut de quoi il se chargerait de le fixer. L'employeur a, à cette étape, présenté une demande d'examen fondée sur l'article 28 et la requête de l'intervenante en vue de faire casser cette demande a été rejetée, la Cour ayant jugé [à la page 833, note 1] que la décision provisoire «a clairement statué sur certaines des questions que le tribunal avait le pouvoir de trancher» et n'était pas une simple expression d'opinions qui ne serait pas susceptible d'examen sous le régime de l'article 28. Même si la situation dans cette affaire se rapproche énormément de celle qui nous intéresse, elle s'en distingue néanmoins de façon notable en raison du fait que le tribunal d'appel avait non

⁶ [1983] 1 F.C. 679 (C.A.).

⁷ [1982] 2 F.C. 830 (C.A.).

⁶ [1983] 1 C.F. 679 (C.A.).

⁷ [1982] 2 C.F. 830 (C.A.).

analogous to the entering of a judgment for damages to be assessed. Here there is as yet no indication or finding of what it is that the complainant Mrs. Robichaud is to be compensated for or of the basis of the assessment to be made. Nor is there yet any decision as to what if any other orders under subsection 41(2) are to be made.

The powers exercisable by a Review Tribunal are set out in subsection 42.1(6). It provides:

42.1 . . .

(6) A Review Tribunal may dispose of an appeal under this section by

- (a) dismissing it; or
- (b) allowing it and rendering the decision or making the order that, in its opinion, the Tribunal appealed from should have rendered or made.

This authorizes the Review Tribunal to exercise where appropriate the powers conferred by section 41 on a Human Rights Tribunal. These include:

41. (1) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is not substantiated, it shall dismiss the complaint.

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

- (a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;
- (b) that such person make available to the victim of the discriminatory practice on the first reasonable occasion such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;
- (c) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

seulement conclu que les plaignants avaient droit d'être indemnisés, mais il avait également décrit ce pour quoi ils devaient être indemnisés, ne laissant sans réponse que la question du montant. C'est ce qui a permis durant l'instruction de la demande d'examen de traiter cette décision de la même façon que l'enregistrement d'un jugement accordant des dommages-intérêts dont le montant reste à fixer. En l'espèce, aucune indication ou conclusion n'est venue préciser ce pour quoi la plaignante, Mme Robichaud, doit être indemnisée ni sur quel principe devrait se fonder l'évaluation de l'indemnité. En outre, aucune décision n'a encore été prise quant aux autres ordonnances prévues au paragraphe 41(2) qui doivent, le cas échéant, être prononcées.

Les pouvoirs d'un tribunal d'appel sont énoncés au paragraphe 42.1(6) qui porte:

d 42.1 . . .

(6) Le tribunal d'appel qui statue sur les appels prévus au présent article peut

- a) les rejeter; ou
- b) y faire droit et substituer ses décisions ou ordonnances à celles du tribunal dont la décision fait l'objet de l'appel.

Le tribunal d'appel est ainsi autorisé à exercer, selon les circonstances, les pouvoirs conférés à un tribunal des droits de la personne par l'article 41. Ces pouvoirs comprennent:

41. (1) A l'issue de son enquête, le tribunal rejette la plainte qu'il juge non fondée.

(2) A l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

- a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);
- b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;
- c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte; et

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

The effect of this provision as I read it is that when a Tribunal finds the complaint substantiated, it may make an order and include in it provisions of the kind contemplated. A step in the process is that of considering and determining whether the complaint is substantiated but by itself that amounts to no more than a basis on which to determine whether subsection (1) is applicable so that the complaint must be dismissed or whether the powers of the following subsections may be exercised. The decision or order that may be made by a Tribunal under section 41 in my opinion is to dismiss the complaint under subsection (1) or to make an order for relief of the kind or kinds set out in the succeeding subsections.

The effect of subsection 42.1(6) as applicable to the present case, where the Review Tribunal has concluded that the complaint is substantiated, is to empower the Review Tribunal to allow the appeal and make the order that in its opinion the Tribunal should have made. What this adds is the power to allow the appeal. In the circumstances of the present case this means at most that the decision of the Tribunal dismissing the complaint is overruled and set aside. By itself it has no effect to grant a remedy. Without an order of the kind contemplated by subsection 41(2) or (3) it would simply leave matters up in the air. This leads me to think that the power of paragraph 42.1(6)(b) is not divisible and that in such a situation the allowing of an appeal without an order is not a decision or order. As it seems to me what is required before there is a reviewable decision or order is a decision both setting aside the dismissal under appeal and making the order that is to take

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal, ayant conclu

a) que la personne a commis l'acte discriminatoire de propos délibéré ou avec négligence, ou

b) que la victime a souffert un préjudice moral par suite de l'acte discriminatoire,

peut ordonner à la personne de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars.

Cette disposition a pour effet, si je comprends bien, de permettre au tribunal qui juge une plainte fondée de prononcer une ordonnance et d'y inclure une ou plusieurs des modalités prévues à cette disposition. Une des étapes du processus consiste à examiner la plainte et à décider si elle est fondée, mais en soi cette étape n'est rien d'autre que la base sur laquelle il se fonde pour déterminer si le paragraphe (1) s'applique, auquel cas la plainte doit être rejetée, ou pour déterminer s'il y a lieu d'exercer les pouvoirs prévus aux paragraphes suivants. À mon avis, la décision ou ordonnance que peut rendre un tribunal en vertu de l'article 41 consiste soit à rejeter la plainte en vertu du paragraphe (1) soit à prononcer une ordonnance renfermant le ou les redressements énoncés aux paragraphes qui suivent.

Le paragraphe 42.1(6) qui s'applique à la présente espèce, dans laquelle le tribunal d'appel a conclu que la plainte était fondée, a pour effet d'autoriser ce dernier à faire droit à l'appel et à prononcer l'ordonnance que selon lui le tribunal inférieur aurait dû rendre. Ce que le paragraphe ajoute, c'est le pouvoir de faire droit à l'appel. Dans les circonstances de l'espèce, cela veut tout au plus dire que la décision du tribunal rejetant la plainte est infirmée et annulée. En soi, cela n'a pas pour effet d'accorder un redressement. Sans une ordonnance du type envisagé par les paragraphes 41(2) ou (3), cela ne ferait que laisser l'affaire en suspens. Cela m'amène à penser que le pouvoir prévu à l'alinéa 42.1(6)b) est indivisible et que, dans une telle situation, le fait d'accueillir un appel sans prononcer d'ordonnance ne constitue pas une décision ni une ordonnance. À mon avis, pour être en présence d'une décision ou d'une ordonnance susceptible d'examen, il faut une décision qui

its place. It follows, in my opinion, that what is attacked by these applications is not a decision or order within the meaning of subsection 28(1) of the *Federal Court Act* and that they should be quashed.

However, as this is a preliminary issue and the other members of the Court do not share my view on it, it becomes necessary to consider the merits of the application.

While substantial amendments have been made by chapter 143 of Statutes of Canada 1980-81-82-83 to the provisions of the *Canadian Human Rights Act* relating to cases of this kind, the provisions applicable when the present case arose were those of the Act as it was prior to the amendments, that is to say, S.C. 1976-77, c. 33. It included:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap;

3. For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, conviction for which a pardon has been granted and, in matters related to employment, physical handicap, are prohibited grounds of discrimination.

4. A discriminatory practice, as described in sections 5 to 13, may be the subject of a complaint under Part III and anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order as provided in sections 41 and 42.

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

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

on a prohibited ground of discrimination.

annule le rejet visé dans l'appel et qui prononce l'ordonnance devant lui être substituée. Il s'ensuit, selon moi, que les présentes demandes ne visent pas une décision ni une ordonnance au sens du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et qu'en conséquence, elles doivent être annulées.

Toutefois, comme il s'agit là d'une question préliminaire et que les autres membres de la Cour ne partagent pas mon opinion sur ce point, je dois examiner maintenant le fond de la demande.

Bien que des modifications importantes aient été apportées par le chapitre 143 des Statuts du Canada 1980-81-82-83 aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* se rapportant aux cas du genre de celui qui nous intéresse, les dispositions qui s'appliquaient lorsque l'espèce a pris naissance étaient celles en vigueur avant les modifications susdites, soit les dispositions des S.C. 1976-77, chap. 33, parmi lesquelles:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne gracée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

3. Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne gracée et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.

4. Les actes discriminatoires prévus aux articles 5 à 13 peuvent faire l'objet d'une plainte en vertu de la Partie III et toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 41 et 42.

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

b) de défavoriser un employé,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

63. (1) This Act is binding on Her Majesty in right of Canada.

As related to these provisions the complaint, as I understand it, was that the Crown as Mrs. Robichaud's employer and Brennan had, in the course of her employment, by sexual harassment, discrimination and intimidation, differentiated adversely in relation to Mrs. Robichaud on the ground that she was a woman.

THE COMPLAINT AGAINST BRENNAN

The Human Rights Tribunal, Professor R. D. Abbott, after a lengthy hearing, dismissed the complaint. In the course of his reasons, which, including his supplementary reasons, cover some 119 pages, he found that sexual encounters had occurred between Brennan and Mrs. Robichaud including propositioning by Brennan of Mrs. Robichaud to have sexual intercourse with him, questioning her about intimate details of her relationship with her husband, and extremely intimate sexual acts between them falling short, however, of sexual intercourse. At the material times Mrs. Robichaud was a member of the cleaning staff at a military establishment. Brennan was a supervisor with authority over her and, except on the last occasion, when sexual intercourse was unsuccessfully attempted, she was on probation as a lead hand, a position in which she had some supervisory authority with respect to other cleaners.

Evidence of the encounters had been given by Mrs. Robichaud. Brennan had denied that any of them ever occurred. Professor Abbott found Mrs. Robichaud truthful and reliable with respect to the occurrence of the encounters. He discredited Brennan. But he was not persuaded by Mrs. Robichaud's evidence that the encounters were not consensual or that the encounters constituted sexual harassment of Mrs. Robichaud by Brennan. It is not without importance to note that while Mrs. Robichaud gave evidence of efforts by her to persuade Brennan to desist from importuning her, she also said that throughout March and April and until May 24 when she told her doctor and her husband of what was going on and May 25 when

63. (1) La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada.

À la lumière de ces dispositions, la plainte, si j'ai bien compris, reprochait à la Couronne, en tant qu'employeur de Mme Robichaud, et à Brennan d'avoir, par voie de harcèlement sexuel, d'actes discriminatoires et d'intimidation, défavorisé un employé, Mme Robichaud, au motif qu'elle était une femme.

LA PLAINTÉ PORTÉE CONTRE BRENNAN

Le tribunal des droits de la personne, le professeur R. D. Abbott, a rejeté la plainte au terme d'une longue audition. Dans ses motifs qui s'étalent sur quelque 119 pages si l'on tient compte de ses motifs supplémentaires, il a conclu qu'il y avait eu entre M. Brennan et Mme Robichaud des rencontres sexuelles, notamment la proposition de Brennan à Mme Robichaud lui demandant d'avoir des rapports sexuels avec lui, les questions posées par ce dernier à Mme Robichaud sur des détails intimes de ses relations avec son époux et les actes sexuels extrêmement intimes, auxquels les deux intéressés se sont livrés sans toutefois aller jusqu'aux rapports sexuels complets. À l'époque pertinente, Mme Robichaud faisait partie du service de nettoyage d'un établissement militaire. Brennan était son surveillant et donc en position d'autorité vis-à-vis de Mme Robichaud et, sauf en la dernière occasion, lorsqu'il y a eu tentative infructueuse de rapports sexuels complets, cette dernière occupait, à l'essai, un poste de chef nettoyeur manuel qui lui conférerait un certain pouvoir de surveillance à l'endroit d'autres nettoyeurs.

Dans son témoignage, Mme Robichaud a fourni des détails au sujet de ces rencontres alors que Brennan a nié qu'elles avaient même eu lieu. Le professeur Abbott a jugé que le témoignage de Mme Robichaud relativement à l'existence de ces rencontres était sincère et digne de foi. Il n'a pas cru la version de Brennan. Cependant, il n'a pas été convaincu par le témoignage de Mme Robichaud que celle-ci ne consentait pas aux rencontres ou que ces dernières constituaient du harcèlement sexuel à son endroit par Brennan. Il importe de signaler que, si Mme Robichaud a fait état, dans son témoignage, des efforts qu'elle a faits pour persuader Brennan de cesser de l'importuner, elle a également déclaré que du début du mois de mars

she told Brennan that it must stop, she had been trying to handle the situation on her own in the hope that she could bring Brennan to think that terminating the relationship was his own idea. There was also evidence of telephone calls made by Mrs. Robichaud to Brennan arranging to meet him, of the meetings that resulted, in which some of the encounters occurred, and of her waiting for him to return to the union office when he left it following Brennan's unsuccessful attempt to have sexual intercourse with her. On the other hand, there had also been evidence of Brennan's having on one occasion told Mrs. Robichaud that he was her boss and if she left his office, as she had proposed to do, she would be charged with disobedience, and of another occasion when she was on probation when he told her "Without my support you'll fall flat on your face." Professor Abbott found that these statements were made but that Mrs. Robichaud would have had no reason to fear the first of them and that without knowledge of the circumstances in which the second was made it was a true statement from which he would not imply a threat, veiled or otherwise, to extract further sexual favours from Mrs. Robichaud.

Professor Abbott summarized his findings as follows [at page 1099]:

In the present case, what I find is that even if the sexual approaches by Mr. Brennan to Mrs. Robichaud were unsolicited by the latter, they were not rejected in such a way as to make it clear to Mr. Brennan that they were unwelcome. No doubt, Mr. Brennan's approaches were persistent; no doubt, they were rejected, in the "piece of tail" incident, and were protested in general terms on several other occasions. The point is, it cannot be concluded that, until the final protest, May 25, 1979, Mr. Brennan must have known that his advances were unwelcome. Two rejections or protests consecutively, without an intervening act by the complainant of voluntary participation in sexual conduct might have convinced me that persistence and, therefore, harassment had occurred. Such is not the case here, so far as the evidence reveals. It was not until June 18, 1979, when Mr. Brennan attempted to engage Mrs. Robichaud in conversation having sexual overtones, following her protest to him of May 25, without an intervening incident of voluntary participation by her, that Mr. Brennan must have known that his advances were unsolicited and unwelcome and that he was obliged to refrain from any further advances. The testimony of Mrs. Robichaud clearly reveals that this obliga-

au 24 mai, date à laquelle elle a révélé à son médecin et à son époux ce qui se passait et jusqu'au 25 mai, lorsqu'elle a dit à Brennan qu'il fallait que cela cesse, elle avait tenté de s'occuper elle-même de la situation, espérant amener Brennan à décider de lui même de mettre fin à leurs relations. Des éléments de preuve ont également été produits relativement à des appels téléphoniques de Mme Robichaud à Brennan en vue d'organiser des rencontres, aux rencontres qui ont suivi et au cours desquelles sont survenus certains des incidents, et relativement au fait qu'elle a attendu le retour de Brennan au local du syndicat qu'il avait quitté après avoir tenté en vain d'avoir des rapports sexuels complets avec elle. Par ailleurs, la preuve indique également qu'à une occasion Brennan a dit à Mme Robichaud qu'il était son patron et que si elle quittait son bureau, comme elle se proposait de le faire, il l'accuserait de désobéissance et qu'à une autre occasion durant sa période de stage, il lui a dit «Sans mon soutien, tu te retrouverais devant rien.» Le professeur Abbott a jugé que ces déclarations avaient effectivement été faites, mais que Mme Robichaud n'aurait eu aucune raison de craindre la première et que, dans le cas de la seconde, sans connaître les circonstances dans lesquelles elle avait été prononcée, il considérait qu'il s'agissait d'une déclaration exacte dans laquelle il ne voyait pas de menace, voilée ou non, en vue d'obtenir d'autres faveurs sexuelles de Mme Robichaud.

Le professeur Abbott a résumé ses conclusions de la façon suivante [à la page 1099]:

Dans la présente cause, je conclus que, même si les avances sexuelles de M. Brennan à l'endroit de Mme Robichaud n'avaient pas été sollicitées par cette dernière, elles ne furent pas refusées d'une manière telle que M. Brennan pouvait clairement comprendre qu'elles étaient malvenues. Sans doute, les avances de M. Brennan étaient-elles persistantes; sans doute, furent-elles refusées, dans l'incident du «coup de queue», et en termes généraux en plusieurs autres occasions. Le fait est qu'on ne peut conclure que M. Brennan savait que ses avances étaient malvenues avant la protestation finale du 25 mai 1979. S'il y avait eu deux refus ou protestations consécutifs, sans qu'en l'intervalle la plaignante participe volontairement à un comportement sexuel, j'aurais probablement été convaincu qu'il y avait eu persistance et, donc, harcèlement. Ce n'est toutefois pas le cas ici, si l'on s'en tient à la preuve. Ce n'est pas avant le 18 juin 1979 que M. Brennan, ayant alors essayé d'entraîner Mme Robichaud dans une conversation aux allusions sexuelles, ceci après sa protestation du 25 mai et sans qu'intervienne un incident de participation volontaire de la part de Mme Robichaud, que M. Brennan, donc, a dû savoir que ses avances étaient malvenues et non sollicitées et qu'il était alors dans

tion was indeed satisfied. No further sexual approaches occurred.

Furthermore, as I have indicated previously, I cannot conclude that Mrs. Robichaud's participation in sexual conduct with Mr. Brennan was secured by his employment-related threats or promises. That uncoerced conduct stands as a nullification of the impact that her rejection and protests should otherwise have.

In other words, Mrs. Robichaud, by her voluntary participation in sexual conduct with Mr. Brennan, such participation not having been secured improperly, lost the benefit that otherwise should attach to her early rejection and later protests. Only her protest of May 25, 1979, and her clear rejection of conversation with sexual overtones on June 18 can be taken to have significance. But, in view of her conduct prior to those dates, I cannot fault Mr. Brennan for his final approach, that of June 18: I cannot characterize that as improper "persistence" in all the circumstances. And, when his approach on that date was rejected, he acted properly by refraining from further approaches. It follows that the conduct of Mr. Brennan in the sexual encounters with Mrs. Robichaud cannot, in themselves, be held to constitute conduct prohibited by Section 7(b) of the Act.

The Human Rights Review Tribunal decision reverses this conclusion. It cites the portion of Professor Abbott's reasons finding Mrs. Robichaud's testimony as to the occurrence of the encounters credible, adds the fact that all but the last encounter took place while Mrs. Robichaud was on probation as a lead hand, a position never previously occupied by a woman, and proceeds [at page 16,051]:

These findings of fact have clearly satisfied the obligation on the complainant to establish a *prima facie* case of sexual harassment. Having done so, the onus shifts to the defendants to show that for some reason these acts did not constitute sexual harassment. Counsel for all the parties agreed that the test to be applied must be an objective one.

The respondent, Mr. Brennan, called no evidence to satisfy this onus but maintained throughout that none of these events took place. Even during the cross-examination of Mrs. Robichaud, no questions were directed toward attempting to show that if in fact these events did take place, they were with her consent. On the contrary, the only evidence before the Tribunal was the evidence of the complainant herself in which she stated quite clearly that she was fearful, that she was intimidated, that she was continually telling Mr. Brennan that his advances were not welcome, that she wanted him to stop. We respectfully disagree with the proposition that the nature of the acts of fellatio, masturbation, and fondling are of such a highly con-

l'obligation de s'abstenir d'en faire d'autres. Le témoignage de Mme Robichaud révèle clairement que cette obligation fut, de fait, respectée. Aucune autre avance d'ordre sexuel ne s'est produite par la suite.

a Bien plus, je l'ai déjà mentionné, je ne peux tirer la conclusion que la participation de Mme Robichaud au comportement sexuel de M. Brennan fut obtenue par les menaces ou les promesses de ce dernier sur le plan de l'emploi. Ce comportement dénué de contrainte assure l'annulation de l'effet que son refus et ses protestations auraient dû avoir.

b En d'autres mots, par sa participation volontaire au comportement sexuel de M. Brennan, cette participation n'ayant pas été obtenue incorrectement, Mme Robichaud perdit l'avantage que lui aurait autrement procuré son refus initial et ses protestations subséquentes. Seuls sa protestation du 25 mai 1979 et son refus non équivoque du 18 juin de s'engager dans une conversation aux allusions sexuelles peuvent être considérés comme significatifs. Compte tenu, toutefois, de sa conduite avant ces dates-là, je ne peux trouver à redire contre M. Brennan au sujet de ses dernières avances, celles du 18 juin: je ne peux, dans ces circonstances, caractériser cela de «persistance» déplacée. D'ailleurs lorsque ses avances furent repoussées ce jour-là, il a agi correctement en s'abstenant de faire d'autres avances. Il s'ensuit que le comportement de M. Brennan lors des engagements sexuels avec Mme Robichaud ne peut pas, en soi être tenu pour un comportement interdit par l'alinéa 7b) de la loi.

e Dans sa décision, le tribunal d'appel des droits de la personne infirme cette conclusion. Le tribunal d'appel cite le passage des motifs du professeur Abbott dans lequel ce dernier conclut que le témoignage de Mme Robichaud relativement à l'existence de ces rencontres est digne de foi, ajoute que toutes ces rencontres, à l'exception de la dernière, ont eu lieu pendant que Mme Robichaud occupait, à l'essai, le poste de chef nettoyeur manuel, poste que n'avait jamais occupé une femme auparavant, et il poursuit ainsi [à la page 16,051]:

L'obligation qui incombe à la plaignante d'établir le bien-fondé du harcèlement sexuel est pleinement satisfaite par ces constatations matérielles. Dans ces conditions, il appartient désormais aux intimés de faire la démonstration que ces actions ne constituent pas un cas de harcèlement sexuel. Les avocats de toutes les parties ont convenu qu'il fallait alors s'en remettre à un critère objectif.

Non seulement l'intimé, monsieur Brennan, n'a-t-il présenté aucun élément de preuve pour s'acquitter de cette obligation, mais il a constamment nié que ces événements se soient produits. Par surcroît, aucune question posée au cours du contre-interrogatoire de madame Robichaud ne visait à démontrer que dans l'hypothèse où ces incidents s'étaient réellement produits, elle y avait consenti. Bien au contraire, le tribunal n'a reçu en preuve que le témoignage de la seule plaignante: elle a déclaré sans équivoque qu'elle avait peur, qu'elle était intimidée et qu'elle n'avait de cesse de répéter à monsieur Brennan que ses avances étaient malvenues et qu'elle voulait qu'il y mette fin. Avec un profond respect, nous rejetons la proposition selon

sensual nature that she could not have engaged in them unless she was fully consenting thereto.

There is nothing in the nature of these acts that is in itself contrary to her evidence that she submitted to these encounters as a result of the intimidation and fear that she had for Mr. Brennan. Mr. Brennan was in a position of authority over her, made comments to her such as "If you don't have my support, you will fall flat on your face", and "I am your boss and I will charge you with disobedience". We also have other evidence that he used his authority in a capricious manner to reward and to punish; for example, the reward he gave the foreman who gave favourable evidence on his behalf before the Human Rights Tribunal by permitting him to take the night off without loss of pay and the punishment he gave out to Rose Grammond who gave unfavourable evidence against him before the same Tribunal.

Then, after summarizing and discussing a number of cases, the Tribunal concluded [at pages 16,052-16,053]:

The Tribunal is persuaded by the facts as found and the law as stated above. The Tribunal cannot overlook that the facts clearly showed a pattern of sexual inquiry and innuendo on the part of Mr. Brennan, and his awareness of Mrs. Robichaud's vulnerability as a probationer. The cumulative effect was to create a poisoned work environment for Mrs. Robichaud. In addition, the facts showed that this pattern of harassment and abuse of authority extended not only to Mrs. Robichaud but to at least one other female on the cleaning staff.

Accordingly, we have no hesitation in finding that Mr. Brennan was guilty of sexual harassment on two grounds:

1) By reason of his failure to rebut the *prima facie* case established by Mrs. Robichaud;

2) By reason of his creation of a poisoned work environment; both contrary to the Canadian Human Rights Act, section 7(b).

The powers of a Review Tribunal on an appeal under the *Canadian Human Rights Act* have been set out earlier in these reasons. Other provisions of the Act bearing on the nature of such an appeal are found in subsections 42.1(4) and (5):

42.1 . . .

(4) An appeal lies to a Review Tribunal from a decision or order of a Tribunal on any question of law or fact or mixed law and fact.

(5) A Review Tribunal shall hear an appeal on the basis of the record of the Tribunal whose decision or order is appealed from and of submissions of interested parties but the Review

laquelle la masturbation, le fellatio et le «pelotage» sont en soi des actes d'une nature si intimement volontaire qu'elle ne pouvait s'y être livrée sans y avoir pleinement consenti.

Rien dans la nature de ces actes ne contredit son témoignage à l'effet que sa soumission à ces contacts sont le résultat de l'intimidation et de la crainte dont monsieur Brennan l'affligeait. Monsieur Brennan était son supérieur et il l'apostrophait avec des remarques du genre «Sans mon soutien, tu te retrouverais devant rien» et «Je suis ton patron et je t'accuserai de désobéissance». D'autres éléments de preuve nous démontrent qu'il a exercé son pouvoir d'une manière inconsciente dans sa manière de punir et de récompenser. Ainsi, il récompensa le contremaître qui avait présenté devant le tribunal des droits de la personne un témoignage qui lui était favorable en lui accordant une nuit de congé sans perte de salaire, alors qu'il a puni Rose Grammond dont le témoignage devant le même tribunal lui avait été nuisible.

Ensuite, après avoir résumé un certain nombre de décisions et en avoir discuté, le tribunal a conclu [aux pages 16,052 et 16,053]:

Les faits mis en preuve et le droit tel qu'exposé suffisent à convaincre le Tribunal. Celui-ci ne peut faire abstraction ni des faits qui dénotent clairement de la part de monsieur Brennan un comportement axé sur des interrogations et des insinuations d'ordre sexuel ni du fait que monsieur Brennan était bel et bien conscient que madame Robichaud se trouvait dans une position vulnérable puisqu'elle était à l'essai. L'accumulation de ces circonstances eut pour effet de plonger madame Robichaud dans un climat de travail empoisonné. En outre, les faits démontrent que ce comportement axé sur le harcèlement et l'abus de pouvoir visait non seulement madame Robichaud mais au moins une autre employée du service de nettoyage.

En conséquence, nous n'hésitons aucunement à conclure que monsieur Brennan s'est rendu coupable de harcèlement sexuel pour deux motifs, contrevenant ainsi à l'alinéa 7b) de la Loi canadienne sur les droits de la personne:

1° pour son défaut de réfuter le bien-fondé de la preuve présentée par madame Robichaud,

2° pour avoir créé un climat de travail empoisonné.

Les pouvoirs dont dispose un tribunal d'appel à l'égard d'un appel formé en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont été énoncés plus tôt dans les présents motifs. D'autres dispositions de la Loi portant cette fois sur la nature d'un tel appel se retrouvent aux paragraphes 42.1(4) et (5):

42.1 . . .

(4) Le tribunal d'appel peut entendre les appels fondés sur des questions de droit ou de fait ou des questions mixtes de droit et de fait.

(5) Le tribunal d'appel entend l'appel en se basant sur le dossier du tribunal dont la décision ou l'ordonnance fait l'objet de l'appel et sur les arguments des parties intéressées mais il

Tribunal may, in its opinion it is essential in the interests of justice to do so, receive additional evidence or testimony.

peut, s'il l'estime indispensable à la bonne administration de la justice, recevoir de nouveaux éléments de preuve ou entendre des témoignages.

In the present instance no additional evidence was received.

a En l'espèce, aucun élément de preuve nouveau n'a été reçu.

It will be observed from the passages I have cited that the substance of what the Review Tribunal appears to have done is to reverse the inference of fact drawn by the Human Rights Tribunal that Mrs. Robichaud's participation in the sexual encounters had been with her consent and to substitute a finding that such participation was at least to some extent coerced. That is a finding which, as it appears to me, was open on the evidence and one that it was within the power of the Review Tribunal to make. It is no doubt true that in a situation of this kind where no evidence in addition to that before the Human Rights Tribunal was before the Review Tribunal the latter should, in accordance with the well-known principles adopted and applied in *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"*,⁸ accord due respect for the view of the facts taken by the Human Rights Tribunal and, in particular, for the advantage in assessing credibility which he had in having seen and heard the witnesses. But, that said, it was still the duty of the Review Tribunal to examine the evidence and substitute its view of the facts if persuaded that there was palpable or manifest error in the view taken by the Human Rights Tribunal. The Review Tribunal decision makes no reference to this principle but it seems to me to be apparent from the way in which the Review Tribunal dealt with the matter that it was persuaded that there was palpable error in the conclusion that the sexual encounters described did not amount to sexual harassment. That too is, in my opinion, a view which on the facts as found it was open to the Review Tribunal to take. It seems to me that it was open to the Tribunal on the evidence to think that the failure of Brennan to achieve sexual intercourse or male orgasm in any of the encounters served to demonstrate and confirm Mrs. Robichaud's evidence of her reluctance to participate and her objections to what was going on and that he knew or ought to have known that she was not freely participating.

b Il ressort des passages que je viens de citer qu'essentiellement, le tribunal d'appel semble avoir infirmé la conclusion de fait du tribunal des droits de la personne suivant laquelle Mme Robichaud avait consenti à participer aux rencontres sexuelles pour lui substituer sa conclusion suivant laquelle cette participation a été obtenue, dans une certaine mesure du moins, par la contrainte. Il s'agit là c d'une conclusion qui, à ce qu'il me semble, pouvait être tirée de la preuve et que le tribunal d'appel avait le pouvoir de prononcer. Il ne fait aucun doute que, dans une situation de ce genre où la preuve portée à la connaissance du tribunal d'appel est exactement la même que celle dont disposait le tribunal des droits de la personne, le premier doit, conformément aux principes bien connus, adoptés et appliqués dans *Stein et al. c. Le navire «Kathy K»*,⁸ accorder tout le respect qui convient à l'opinion du tribunal des droits de la personne quant aux faits, en raison particulièrement de l'avantage qu'a eu ce dernier de pouvoir évaluer la crédibilité des témoins puisqu'il les a vus et entendus. Toutefois, cela dit, le tribunal d'appel avait néanmoins le devoir d'examiner la preuve et de substituer sa propre conclusion sur les faits s'il était convaincu que la conclusion du tribunal des droits de la personne était entachée d'une erreur évidente ou manifeste. Dans sa décision, le tribunal d'appel ne fait pas mention de ce principe, mais la façon dont le tribunal d'appel a traité de la question indique, à mon avis, qu'il était convaincu que la conclusion suivant laquelle les rencontres sexuelles décrites ne constituaient pas du harcèlement sexuel était entachée d'une erreur évidente. Il s'agit là également, à mon avis, d'une opinion que le tribunal d'appel pouvait tirer des faits tels que présentés. J'estime que, sur le fondement de la preuve soumise, le tribunal pouvait conclure que le fait que Brennan n'ait pas réussi à avoir des rapports sexuels complets ou à atteindre l'orgasme durant toutes ces rencontres permettait d'établir et d i de confirmer le témoignage de Mme Robichaud j

⁸ [1976] 2 S.C.R. 802; 62 D.L.R. (3d) 1.

⁸ [1976] 2 R.C.S. 802; 62 D.L.R. (3d) 1.

It may be well to note at this point that the proceeding in this Court under section 28 of the *Federal Court Act* is not a further appeal on the facts. It is a review proceeding on the legality of what has been done. As there was in the record evidence on which the findings of the Review Tribunal could be made they can be set aside only if the Review Tribunal erred in law in making them.

Counsel for Brennan pointed to the statement of the Review Tribunal as to the onus of proof shifting to him as an error of law and to the statement that in the cross-examination of Mrs. Robichaud no questions were directed towards attempting to show that if in fact these events took place they were with her consent as being an unsupportable finding of fact.

I do not regard what the Tribunal said about the onus of proof shifting as being a statement of law. In its context it appears to me to mean only that the evidence for the complainant was so strong that in the absence of evidence to the contrary her case was made out. That, in my view, is how the finding (1) at the end of the passage cited should also be interpreted. Neither sexual harassment nor unlawful discrimination contrary to paragraph 7(b) of the Act consists in failure to bring evidence to rebut a *prima facie* case but I do not think the meaning of the Review Tribunal is put in doubt by the way in which the conclusion is expressed.

Moreover, while counsel was able to point to cross-examination of Mrs. Robichaud directed to the question of consent, the extent of such questioning was not significant; indeed it was more significant for what was not addressed or questioned than for what was. No counsel elicited evidence of what sort of physical conduct of the

concernant sa réticence à participer à ces actes et ses objections à ce qui se déroulait, et que Brennan savait ou aurait dû savoir que cette dernière n'y participait pas librement.

^a Il serait peut être bon de signaler à ce stade que la procédure intentée devant cette Cour en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne constitue pas un autre appel sur des questions de fait. Il s'agit d'une procédure d'examen de la légalité de ce qui s'est fait. Comme le dossier renfermait des éléments de preuve sur lesquels le tribunal d'appel pouvait fonder ses conclusions, ces dernières ne peuvent être annulées que si le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en tirant ces conclusions.

L'avocat de Brennan a soutenu que la remarque du tribunal d'appel concernant le renversement du fardeau de preuve sur ses épaules constitue une erreur de droit et que l'autre remarque du tribunal d'appel selon laquelle, au contre-interrogatoire de Mme Robichaud, aucune question ne lui a été posée en vue de tenter de démontrer que même si ces incidents ont bel et bien eu lieu, c'était avec son consentement, constitue une conclusion de fait non fondée.

^f À mon avis, la remarque du tribunal sur le renversement du fardeau de la preuve ne constitue pas un exposé de droit. Compte tenu du contexte dans lequel elle a été formulée, elle n'est selon moi qu'une façon de dire que la preuve présentée par la plaignante était tellement forte qu'en l'absence de preuve contraire, sa cause était établie. C'est ainsi qu'il faut également interpréter selon moi la conclusion (1) formulée à la fin du passage cité. Le défaut de produire des éléments de preuve réfutant la cause établie *prima facie* ne permet pas de conclure qu'il y a eu harcèlement sexuel ou actes discriminatoires illicites en contravention de l'alinéa 7b) de la Loi. Toutefois, je ne crois pas que la façon dont la conclusion est formulée jette quelque doute sur ce que le tribunal d'appel a voulu dire.

ⁱ En outre, même si l'avocat a pu nous indiquer dans le contre-interrogatoire de Mme Robichaud des questions se rapportant au consentement, elles n'étaient pas nombreuses et, en fait, elles faisaient davantage ressortir les aspects qui n'avaient pas été abordés que ceux qui l'avaient été. Aucun des avocats n'a pu obtenir d'éléments de preuve sur le

parties preceded the intimate sexual action in the encounters described by Mrs. Robichaud. I would interpret the statement of the Review Tribunal that there had not been cross-examination as meaning that nothing brought out in the cross-examination persuaded them that Mrs. Robichaud was fully or freely consenting.

In any event, in my view, the statement of the Review Tribunal that there had not been cross-examination is not a finding of fact on which the decision is based within the meaning of paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*. Nor is it a misdirection or error as to the applicable law.

There remains the question whether the sexual harassment found to have occurred is a discriminatory practice within the meaning of the Act, by reason of it being an adverse differentiation in the course of Mrs. Robichaud's employment on the ground of sex. The language of section 7 of the Act, though broad, does not lend itself easily to embrace a situation of this kind and I do not think it is desirable or appropriate to endeavour to define its limits. It is sufficient for the purposes of this case to say that I think the language is broad enough to cover the situation in the present case of a superior in the work place exercising his position and authority over a subordinate of the other sex, who was in a vulnerable position, to intimidate her and secure participation in his sexual overtures and conduct. Though the harassment was by a supervisor rather than by an employer the case appears to me to be similar in principle to that referred to in *Cherie Bell and Anna Korczak v. Ernest Ladas and The Flaming Steer Steak House* [at page D/156]:⁹

Subject to the exception provided in Section 4(6), discrimination based on sex is prohibited by The Code. Thus, the paying of a female person less than a male person for the same job is prohibited, or dismissing an employee on the basis of sex is also prohibited. But what about sexual harassment? Clearly a person who is disadvantaged because of her sex is being discriminated against in her employment when employer conduct denies her financial rewards because of her sex, or exacts some form of sexual compliance to improve or maintain her existing benefits. [Emphasis added.]

⁹ (1980), 1 C.H.R.R. D/155 (Ont. Board of Inquiry).

comportement physique des parties avant les actes sexuels intimes posés durant les rencontres décrites par Mme Robichaud. À mon avis, lorsque le tribunal d'appel a déclaré qu'il n'y avait pas eu contre-interrogatoire, il voulait dire que ce contre-interrogatoire n'avait rien révélé qui le convainque que Mme Robichaud consentait pleinement ou librement à ces actes.

De toute façon, je suis d'avis que la remarque du tribunal d'appel suivant laquelle il n'y a pas eu contre-interrogatoire ne constitue pas une conclusion de fait sur laquelle se fonde la décision au sens de l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il ne s'agit pas non plus d'une mauvaise interprétation ni d'une erreur quant au droit applicable.

Reste la question de savoir si le harcèlement sexuel qu'on a jugé avoir eu lieu constitue un acte discriminatoire au sens de la Loi en ce sens qu'il aurait eu pour effet de défavoriser l'employée Mme Robichaud, pour des considérations fondées sur son sexe. Bien que l'article 7 de la Loi soit formulé en des termes généraux, il n'est pas aisé de déterminer de quelle manière il s'applique à une situation de ce genre et je ne crois pas qu'il soit souhaitable ou opportun d'essayer d'en définir les limites. Qu'il me suffise de dire pour les fins de la présente espèce qu'à mon avis, sa formulation est assez générale pour viser le présent cas dans lequel un supérieur au lieu de travail a tiré avantage de son poste et de son autorité vis-à-vis d'une subordonnée de l'autre sexe qui se trouvait dans une situation vulnérable afin de l'intimider et de s'assurer sa participation dans ses avances et sa conduite sexuelles. Bien que le harcèlement ait été le fait d'un surveillant plutôt que celui d'un employeur, le présent cas m'apparaît semblable, en principe, au cas dont il est question dans *Cherie Bell and Anna Korczak v. Ernest Ladas and The Flaming Steer Steak House* [à la page D/156]⁹:

[TRADUCTION] Sous réserve de l'exception prévue au paragraphe 4(6), la discrimination fondée sur le sexe est interdite par le Code. Ainsi, il est interdit de verser à un employé féminin une rémunération moindre qu'à un employé masculin pour le même travail, ou encore de renvoyer un employé à cause de son sexe. Mais qu'en est-il du harcèlement sexuel? Il est manifeste qu'une personne, qui subit un désavantage à cause de son sexe, fait alors l'objet de discrimination dans son emploi lorsque la conduite de l'employeur la prive de rétributions financières à cause de son sexe ou lui soutire des faveurs sexuelles d'une forme ou d'une autre en retour de l'amélioration ou du maintien de ses avantages actuels. [C'est moi qui souligne.]

⁹ (1980), 1 C.H.R.R. D/155 (Comm. d'enquête de l'Ont.).

I also think, as did the Review Tribunal, that Brennan's objectionable conduct can be regarded as having destroyed or damaged the normal workplace relationship that otherwise would have continued between Brennan and Mrs. Robichaud and thus made her working conditions worse for her because she was a woman. But this, as I see it, is but a manifestation of an adverse effect produced by the unlawful discriminatory conduct.

The application of Brennan accordingly fails and I would dismiss it. I should add that the Human Rights Tribunal found in Brennan's favour on the allegation of intimidation and discrimination in the imposition of adverse employment conditions on Mrs. Robichaud following her allegation of sexual harassment to Captain Adlard on June 28, 1979, on the ground that such imposition was not based on sex. As the decision of the Review Tribunal does not deal with this finding in my view it stands and is not in issue on either of these applications.

THE COMPLAINT AGAINST THE CROWN

The findings of the Human Rights Tribunal with respect to the complaint against the Crown are summarized in the following excerpts.

First, with respect to the complaint of sexual harassment, after describing the meeting on June 28, 1979, with Captain Adlard and Brennan when Mrs. Robichaud raised the matter, Professor Abbott said [at page 1101]:

It is quite apparent that this was the first opportunity for anyone superior in the hierarchy to Mrs. Robichaud other than Mr. Brennan to know that she was alleging sexual harassment against Mr. Brennan. She gave no details at this time to Capt. Adlard of the nature of the incidents which she perceived as constituting harassment. At that point in time, in the light of what I have already determined, the encounters between Mrs. Robichaud and Mr. Brennan did not, in fact or law, constitute an infringement of Section 7(b) of the Act so that, even if she had provided Capt. Adlard with all the details to which she testified at the hearings by me, Capt. Adlard would have been justified in taking the stance he did; even more so, considering the generality of Mrs. Robichaud's accusation, and considering

De plus, j'estime, tout comme le tribunal d'appel, qu'il est permis de considérer que le comportement choquant de Brennan a détruit ou porté atteinte aux relations de travail normales qui auraient pu autrement continuer d'exister entre lui et Mme Robichaud et que par là il a créé pour cette dernière des conditions de travail plus défavorables du fait qu'elle est une femme. Selon moi, toutefois il ne s'agit là que d'une manifestation d'une conséquence défavorable d'un acte discriminatoire illicite.

En conséquence, je rejette la demande de Brennan. Je dois ajouter que le tribunal des droits de la personne a statué en faveur de Brennan quant à la plainte d'intimidation et d'actes discriminatoires lui reprochant d'avoir imposé à Mme Robichaud des conditions d'emploi défavorables après qu'elle se soit plainte de harcèlement sexuel auprès du capitaine Adlard le 28 juin 1979, au motif que les conditions d'emploi défavorables ainsi imposées n'étaient pas motivées par des considérations fondées sur le sexe. Comme la décision du tribunal d'appel ne traite pas de cette conclusion, elle reste inchangée à mon avis, et n'est pas en litige dans les demandes sous examen.

LA PLAINTÉ PORTÉE CONTRE LA COURONNE

Les conclusions du tribunal des droits de la personne relativement à la plainte portée contre la Couronne sont résumées dans les extraits suivants.

Premièrement, au sujet de la plainte de harcèlement sexuel, après avoir décrit la réunion du 28 juin 1979 au cours de laquelle Mme Robichaud, en présence du capitaine Adlard et de Brennan, souleva la question, le professeur Abbott a déclaré [à la page 1101]:

Très manifestement, c'était la première occasion pour quiconque supérieur à Mme Robichaud dans la ligne hiérarchique, autre que M. Brennan, de savoir qu'elle alléguait contre M. Brennan le harcèlement sexuel. Elle n'a pas fourni, à ce moment-là, de détails au capitaine Adlard sur la nature des incidents qu'elle considérait être du harcèlement. À la lumière de ce que j'ai déjà établi, les engagements entre Mme Robichaud et M. Brennan ne constituaient pas, à ce moment-là, en fait ou en droit, une violation de l'alinéa 7b) de la loi. Dès lors, même si elle avait fourni au capitaine Adlard tous les détails qui ont fait l'objet de son témoignage devant moi, le capitaine Adlard aurait eu raison d'adopter la position qu'il a prise; encore plus, si l'on considère la généralité de l'accusation de

her admission that the encounters with Mr. Brennan had probably stopped. Capt. Adlard was justified in attempting to gloss over the matter, at the same time warning both that whatever relationship had existed was to cease. I cannot now, in retrospect, impose on him a higher duty of enquiry or action. It appears also that Capt. Adlard and others in Base management took steps thereafter to separate Mrs. Robichaud and Mr. Brennan geographically and they also, subsequently, arranged that Mrs. Robichaud's chain of command was to be through her Area Foreman directly to the Assistant Base Administrative Officer, bypassing Mr. Brennan. These moves were a reasonable response in the circumstances. In view of this, and other circumstances which I infer from the evidence, I am unwilling to find that the employer must be deemed to have condoned Mr. Brennan's alleged sexual harassment (which I have found not to have been such) or, it follows, to be liable for his conduct in any other way, vicariously or indirectly.

Next, with respect to the letters of complaint, he concluded [at page 1101]:

Certainly, I cannot fault the employer. Clearly, no member of Base management other than Mr. Brennan is subject to any suspicion of having instigated the letters and petitions against Mrs. Robichaud. Indeed, Base management disassociated itself from those letters and petitions when in August, 1979, through the grievance procedure which Mrs. Robichaud resorted to, the letters and petitions, along with a "memorandum of shortcomings" relating to her were torn up in the presence of herself and her union representative.

With respect to the changes in Mrs. Robichaud's duties, he found [at page 1102]:

These changes in Mrs. Robichaud's employment all came soon after her complaint to Capt. Adlard on June 28, 1979. They spanned a period of several weeks and were the subject of a number of grievances filed by Mrs. Robichaud pursuant to Section 90 of the *Public Service Staff Relations Act* in late July, 1979. Most of those grievances were redressed through the grievance process, in favour of Mrs. Robichaud. I can find no evidence that the changes complained of were motivated by an intention on the part of the employer, as distinct from Mr. Brennan, to differentiate adversely against Mrs. Robichaud because she was a woman or because she had complained about Mr. Brennan. Nor do the circumstances of the changes provide any foundation for a conclusion that the employer in any way condoned Mr. Brennan's allegedly sexually harassing conduct. Steps were taken to remedy the situation when Mrs. Robichaud's dissatisfaction became known to higher management and the matter should, as against the employer, be considered closed.

I disregard, in addition, Mrs. Robichaud's complaints regarding her employment treatment after August, 1979, more particularly, the circumstances of her assignment to, and removal from, the cleaning of the Base elementary school in the

Mme Robichaud et son aveu que les engagements avec M. Brennan avaient probablement pris fin. Le capitaine Adlard avait raison d'essayer de glisser sur la chose, tout en les avertissant tous les deux de mettre fin aux relations qui avaient existé. Je ne peux maintenant, rétrospectivement, lui imposer une plus grande obligation d'enquête ou d'action. Il semble également que, par la suite, le capitaine Adlard et d'autres appartenant à la direction de la Base ont pris des mesures pour éloigner l'un de l'autre Mme Robichaud et M. Brennan. Plus tard, ils ont également fait en sorte que la voie hiérarchique à laquelle était rattachée Mme Robichaud passe de son contre-maître de secteur directement à l'officier adjoint d'administration de la Base, en contournant M. Brennan. Ces mesures étaient raisonnables dans les circonstances. En présence de ces faits et d'autres circonstances que j'ai déduites des éléments de preuve, je ne suis pas disposé à conclure qu'il faille estimer que l'employeur a fermé les yeux sur le harcèlement sexuel allégué (qui n'en était pas selon mes conclusions) ou, par voie de conséquence, qu'il soit responsable pour sa conduite de toute autre façon soit par personne déléguée ou indirectement.

Ensuite, relativement aux lettres de plainte, il a conclu [à la page 1101]:

Vraiment, je ne peux blâmer l'employeur. Il est évident qu'à part M. Brennan, aucun membre de la direction de la Base n'est soupçonné d'avoir été l'instigateur des lettres et des pétitions contre Mme Robichaud. À vrai dire, la direction de la Base s'est placée hors cause au sujet de ces lettres et de ces pétitions lorsqu'en août 1979, au cours de la procédure de grief à laquelle Mme Robichaud a eu recours, les lettres et les pétitions ainsi que «le mémoire des points faibles» à son sujet furent déchirés en sa présence et celle du représentant du syndicat.

À propos des changements apportés aux fonctions de Mme Robichaud, il a conclu [à la page 1102]:

Tous ces changements à l'emploi de Mme Robichaud se produisirent très tôt après sa plainte au capitaine Adlard, le 28 juin 1979. Ils couvrent une période de plusieurs semaines et ils firent l'objet, à la fin de juillet 1979, d'un certain nombre de griefs déposés par Mme Robichaud conformément à l'article 90 de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*. Grâce à la procédure de grief, Mme Robichaud obtint réparation de la plupart de ces griefs. Je ne peux discerner aucun élément de preuve démontrant que les changements à l'origine des plaintes furent motivés par l'intention de l'employeur, mis à part M. Brennan, de défavoriser Mme Robichaud parce qu'elle était une femme ou parce qu'elle s'était plainte au sujet de M. Brennan. Les circonstances entourant les changements ne permettent pas non plus de conclure que l'employeur avait fermé les yeux sur l'allégation de harcèlement sexuel imputé à M. Brennan. Des mesures furent prises pour corriger la situation lorsque le mécontentement de Mme Robichaud parvint à la connaissance de la direction supérieure et pour ce qui est de l'employeur, la chose doit être considérée close.

Je passe outre, également, aux plaintes de Mme Robichaud au sujet du traitement dont elle fut l'objet sur le plan de l'emploi, après le mois d'août 1979. Je réfère plus particulièrement aux circonstances qui ont entouré son affectation, suivi de

autumn of 1980 (transcript, page 688 and following). I can find here no indication that she was being discriminated against because of her gender and certainly no indication that she was being discriminated against because of her rejection of Mr. Brennan's advances. It may appear that she was treated differently, and adversely, because she had, by then, complained to the Canadian Human Rights Commission. However, there is strong reason to infer, from the testimony of the school principal, Mrs. Wardlaw (whom I found to be entirely credible) that Mrs. Robichaud was preoccupied with, and vociferous about, the nature of her complaints against Mr. Brennan and that this was what precipitated her differential treatment, if such there was. The motivation for her later treatment is what is important, and I cannot find that that motivation was improper.

On the whole, therefore, I cannot hold the employer (excluding Mr. Brennan) in any way responsible for adverse differential treatment of Mrs. Robichaud after her complaints about Mr. Brennan became known to Base management. The employment changes in respect of her were motivated properly and were not retaliatory or evidence of condonation of Mr. Brennan's conduct. Where there was legitimate reason for her to complain, as in respect of the letters and petitions complaining about her, or as in respect of the nature of her work and her supervision, reasonable steps were taken to remedy the matter. I will not fall into the logical fallacy of assuming "after this, therefore because of this", i.e., to assume that changes in Mrs. Robichaud's employment to the extent that Base management was responsible for them, must have been caused by her rejection of Mr. Brennan's advances and by her complaint to Capt. Adlard and the Commission. The causal connection has not been established. She was not discriminated against because of her gender. Her complaint against the employer must, accordingly, be dismissed.

The Review Tribunal dealt with the complaint against the Crown in the following passage [at page 16,053]:

We must now determine the question of the liability of the employer, the Department of National Defence (The Treasury Board) for the actions of its employee, Mr. Brennan. In this regard, we note that Mr. Brennan was the senior civilian managerial employee on the Base. The authorities provided to this Tribunal make it quite clear that the liability of the employer for its supervisory personnel is a strict liability.

The Tribunal was referred to the *Bundy* case, *supra*, at page 943 where it was held that:

an employer is liable for discriminatory acts committed by supervisory personnel . . . and there is obviously no dispute that the men who harassed Bundy were her (superiors).

This case, however, goes further to point out at page 947, that:

an employer may negate liability by taking immediate and appropriate corrective action when it learns of any illegal harassment . . .

sa désaffectation, au nettoyage de l'école élémentaire de la Base à l'automne de 1980 (pages 688 et suivantes de la transcription). Je ne puis déceler aucun indice de discrimination à son endroit fondée sur son sexe et certainement pas de discrimination à cause de son rejet des avances de M. Brennan. Peut-être semble-t-elle avoir subi un traitement différent et défavorable, parce qu'à ce point, elle avait déposé sa plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Toutefois, le témoignage de la directrice de l'école, Mme Wardlaw (absolument digne de foi, selon moi) permet avec raison de tirer la conclusion que Mme Robichaud était préoccupée de la nature de sa plainte contre M. Brennan, qu'elle vociférait à ce sujet, et que c'est ce qui a précipité son traitement défavorable si de fait il en fut ainsi. Ce qui importe, c'est la motivation à l'origine de son traitement ultérieur et je ne peux conclure que cette motivation fut viciée.

Tout bien considéré, donc, je ne peux tenir l'employeur (en excluant M. Brennan) responsable du traitement défavorable infligé à Mme Robichaud après que ses plaintes au sujet de M. Brennan furent connues de la direction de la Base. La motivation à l'origine des changements apportés à son emploi était juste et ces changements n'étaient pas des représailles ni une preuve d'indulgence envers la conduite de M. Brennan. Lorsque ses plaintes étaient légitimes, au sujet des lettres et des pétitions se plaignant d'elle, par exemple, ou encore au sujet de la nature de son travail et de sa surveillance, des mesures acceptables furent prises pour corriger la situation. Je ne me laisserai pas prendre au sophisme «après cela, donc à cause de cela», c'est-à-dire de déduire que les changements survenus à l'emploi de Mme Robichaud, dans la mesure où la direction de la Base en a la responsabilité, doivent trouver leur cause dans son rejet des avances de M. Brennan et dans sa plainte au capitaine Adlard et à la Commission. Le lien causal n'a pas été démontré. Elle n'a pas fait l'objet de discrimination à cause de son sexe. En conséquence, sa plainte contre l'employeur doit être rejetée.

Le tribunal d'appel a traité de la plainte portée contre la Couronne dans le passage suivant [à la page 16,053]:

Il nous faut maintenant statuer sur la responsabilité de l'employeur, le ministère de la Défense nationale (le Conseil du trésor), à l'égard des actes de son employé, monsieur Brennan. Dans ce contexte, nous prenons acte que monsieur Brennan était le gestionnaire civil supérieur de la Base. La jurisprudence invoquée devant le Tribunal atteste clairement de la responsabilité stricte de l'employeur envers les actes de son personnel cadre.

On a prié le Tribunal de se reporter à l'arrêt *Bundy* (*supra*) où on peut lire la conclusion suivante, à la page 943:

[TRADUCTION] un employeur est responsable des actes discriminatoires de son personnel cadre . . . et il ne fait manifestement aucun doute que les hommes qui harcelèrent Bundy étaient ses (supérieurs).

L'arrêt explicite davantage, toutefois, en précisant à la page 947:

Un employeur peut annuler sa responsabilité en prenant des mesures correctives pertinentes et immédiates lorsqu'il entend parler d'actes qui constituent un harcèlement illégal . . .

In the *Bell* case, *supra*, at page 156, the Tribunal was referred to this statement:

The next issue to be decided is the extent of liability under the Code. If a foreman or supervisor discriminates because of sex, will the company be liable? The law is quite clear that companies are liable where members of management, no matter what their rank, engage in other forms of discriminatory activity.

Mr. Shime goes on to say that:

Thus I would have no hesitation in finding the corporate Respondent liable for a violation of the Code if one of his officers engaged in a prohibited conduct . . .

The Review Tribunal considered the case of *Oram and McLaren v. Pho* (B.C. Board of Inquiry, 1975). The case involved a complaint against a restaurant owner on refusal of service because of the length of the Complainant's hair. It was contended that nothing happened to the Complainant on the evening in question which was attributable to Mr. Pho, the owner. At page 24, the following statement occurs:

Dealing with this submission it can be seen immediately that if given effect it would provide a convenient loophole through which the owners and managers of public houses and other establishments which offer services or facilities customarily available to the public could escape responsibility for violations of the Code by having an agent or servant effect the denial and enforcing the discriminatory policy without doing so personally. Fortunately the common law of this country is not so short-sighted. The law provides that a master is responsible for the wrongful act done by his servants in the course of his employment.

In this case, there was no clearly defined policy against sexual harassment which had been communicated to the employees. Secondly, when the complaints were brought to the attention of Mr. Brennan's superiors, no investigation was conducted by the employer to determine the truth or otherwise of the allegations and in particular no investigation was requested or made pursuant to the *Financial Administration Act*, Section 10. On the contrary, steps were taken to remove Mrs. Robichaud from the normal routine of a lead hand. She was ultimately transferred to the so-called "punishment block" on the barracks where her duties were severely curtailed. This treatment of Mrs. Robichaud would give the impression to the other employees on the base that she had fallen out of favour with the people in charge of personnel. There was certainly no indication that Mr. Brennan was disfavoured. There was the orchestrated attempt to discredit Mrs. Robichaud after she had filed her complaint by the flood of letters and petitions against her, a circumstance which should have prompted great suspicion and therefore closer inquiry. Finally, we find it particularly irresponsible on the part of the employer that the activities of Mr. Brennan in relation to the personnel who were called to testify before the Tribunal were not monitored so as to prevent any coercion or intimidation of them by Mr. Brennan.

On a également attiré l'attention du Tribunal sur la déclaration suivante qui apparaît à la page 156 dans l'arrêt *Bell* (*supra*):

[TRADUCTION] Il nous faut maintenant décider du point suivant, c'est-à-dire le degré de responsabilité envisagé par le Code. L'entreprise est-elle responsable si un contremaître ou un surveillant pose des gestes discriminatoires fondés sur le sexe? La loi attribue distinctement la responsabilité aux entreprises lorsque des gestionnaires, peu importe leur rang, s'adonnent à d'autres formes de pratique discriminatoire.

Monsieur Shime ajoute:

[TRADUCTION] Par conséquent, je n'hésiterais pas à trouver l'entreprise défenderesse responsable d'une infraction au Code si l'un de ses cadres s'adonnait à une conduite interdite . . .

Le Tribunal de révision a étudié l'arrêt *Oram and McLaren v. Pho* (B.C. Board of Inquiry, 1975). La cause portait sur une plainte à l'endroit d'un propriétaire de restaurant qui avait refusé de servir le plaignant, un client aux cheveux longs. On avait soutenu que rien de ce qui était arrivé au plaignant ce soir-là n'était attribuable à Monsieur Pho, le propriétaire. Voici ce qu'on peut lire à la page 24 de l'arrêt:

[TRADUCTION] Si cette prétention était acceptée, il y aurait de toute évidence, sur le plan juridique, une lacune favorisant les propriétaires et les directeurs d'établissements publics qui offrent des services et des installations normalement destinés au public. Ils pourraient échapper à leur responsabilité en vertu du Code en laissant à un agent ou à un serviteur le soin de refuser les services et d'appliquer leur politique discriminatoire, sans s'en mêler personnellement. Heureusement que la common law en notre pays ne souffre pas d'un tel manque de vision. Selon la loi, le maître est responsable des actes injustifiés posés par ses serviteurs dans le cadre de leur emploi.

Il n'y avait pas eu, dans la présente cause, communication aux employés d'une politique bien définie interdisant le harcèlement sexuel. Puis, lorsque les supérieurs de monsieur Brennan furent saisis des plaintes, l'employeur n'entreprit aucune enquête afin d'établir le bien-fondé ou non des allégations. En particulier, on ne demanda pas ni n'entreprit la tenue d'une enquête conformément à l'article 10 de la *Loi sur l'administration financière*. Bien au contraire, on a pris des mesures pour écarter madame Robichaud de son travail régulier de chef nettoyeuse. En fin de compte, on la reléguait au nettoyage d'une caserne qu'on désignait «d'affectation punitive», ses responsabilités s'en trouvant rigoureusement réduites. Cette manière de traiter madame Robichaud ferait sentir aux autres employés de la Base que madame Robichaud n'avait plus la faveur des dirigeants du personnel. Rien n'indique que pour sa part monsieur Brennan soit tombé en défaveur. L'avalanche de lettres et de pétitions défavorables à madame Robichaud suite au dépôt de sa plainte, atteste de la tentative de discrédit bien orchestrée à son endroit. Cette manifestation aurait dû susciter les soupçons de l'employeur et donc un examen plus rigoureux de l'affaire. Enfin, l'irresponsabilité de l'employeur nous apparaît particulièrement criante puisqu'il n'a pas cru bon de surveiller les agissements de monsieur Brennan relativement aux personnes appelées à témoigner devant le Tribunal afin d'empêcher qu'elles ne fassent l'objet de coercition ou d'intimidation de la part de monsieur Brennan.

Two points should be noted. First, what is being addressed by the Review Tribunal is the liability of the Crown for the conduct of Brennan, not the conduct of anyone else in the employ of the Crown. Second, the Review Tribunal does not purport to reverse the findings of the Human Rights Tribunal that it was not established that Brennan was the instigator of what is referred to as "the orchestrated attempt to discredit Mrs. Robichaud after she had filed her complaint by the flood of letters and petitions against her." Nor does the Review Tribunal purport to reverse Professor Abbott's conclusion that the changes in Mrs. Robichaud's duties and her assignment to what was referred to as the "punishment block", all of which occurred after her sexual encounters with Brennan had ceased, did not constitute discrimination on the basis of sex.

In my opinion, the decision of the Review Tribunal is not sustainable and should not be allowed to stand.

First, it is based on the concept that under the Canadian Human Rights legislation applicable to this case the Crown is strictly liable for the actions of its supervisor, Brennan. In my opinion there is no basis in law for applying such a concept. The applicable law is that established by the Act¹⁰ and there is no federal common law or federal civil law to supply such a concept in its interpretation. What the statute does is to declare certain types of discrimination to be illegal and to provide in section 4 that such discrimination may be the subject of a complaint under Part III of the Act and that "anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order as provided in sections 41 and 42."¹¹

¹⁰ See *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; 124 D.L.R. (3d) 193.

¹¹ The reports of *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977), and *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981), while of interest as to what constitutes sexual discrimination, give no indication of the presence in the United States legislation of anything comparable to section 4 of the Canadian Act.

Deux points doivent être signalés. Premièrement, ce qu'examine le tribunal d'appel, c'est la question de la responsabilité de la Couronne en raison de la conduite de Brennan et non de la conduite de quelque autre employé de la Couronne. Deuxièmement, le tribunal d'appel ne prétend pas infirmer la conclusion du tribunal des droits de la personne suivant laquelle il n'a pas été établi que Brennan était à l'origine de ce que l'on a décrit comme «L'avalanche de lettres et de pétitions défavorables à madame Robichaud suite au dépôt de sa plainte, attest[ant] de la tentative de discrédit bien orchestrée à son endroit.» Le tribunal d'appel ne prétend pas non plus infirmer la conclusion du professeur Abbott suivant laquelle les modifications apportées aux fonctions de madame Robichaud et son affectation à ce qu'on a désigné comme «l'affectation punitive», mesures qui ont toutes été prises une fois qu'eurent pris fin les rencontres sexuelles avec Brennan, ne constituaient pas un acte discriminatoire fondé sur le sexe.

À mon avis, la décision du tribunal d'appel n'est pas fondée et doit donc être annulée.

Tout d'abord, elle repose sur le concept suivant lequel, en vertu de la législation canadienne sur les droits de la personne applicable en l'espèce, la Couronne est strictement responsable des gestes de son surveillant, Brennan. À mon avis, l'application d'un tel concept ne s'appuie sur aucun fondement en droit. La Loi¹⁰ établit quel est le droit applicable en l'espèce et aucun principe de *common law* fédéral ou de droit civil fédéral ne fournit le concept avancé pour son interprétation. La loi déclare illicites certains types d'actes discriminatoires et prévoit, à son article 4, que ces actes discriminatoires peuvent faire l'objet d'une plainte en vertu de la Partie III et que «toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 41 et 42»¹¹.

¹⁰ Voir *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; 124 D.L.R. (3d) 193.

¹¹ Les affaires *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (D.C. Cir. 1977) et *Bundy v. Jackson*, 641 F.2d 934 (D.C. Cir. 1981), bien que présentant un certain intérêt quant à la question de savoir ce qu'est un acte discriminatoire fondé sur le sexe, n'indiquent aucunement la présence dans la législation des États-Unis d'une disposition comparable à l'article 4 de la Loi canadienne.

To be subject to the making of an order under this provision a person must be engaging or must have engaged in a prohibited discriminatory practice. In my opinion the section means that if a person has personally engaged in a discriminatory practice or if someone else does it for him on his instructions he may be subjected to an order. But nothing in the wording purports to impose on employers an obligation to prevent or to take effective measures to prevent employees from engaging in discriminatory practices for their own ends. And I see nothing in the section or elsewhere in the statute to say that a person is to be held vicariously or absolutely or strictly liable in accordance with common law tort or criminal law principles for discrimination engaged in by someone else, whether an employee or not. Compare *Re Nelson et al. and Byron Price & Associates Ltd.*¹²

It appears to me that under the applicable legislation in the case of a corporation the authorization that will attract liability must come from the director level. In the case of the Crown, I see no basis for concluding that the conduct of public servants or officials lower than that of the public official or body under whose authority and management the public operation is carried on, in this case the Minister of National Defence or the Treasury Board, would engage the liability of the Crown. Nothing in the findings of either Tribunal or in the record suggests that Brennan had authority from such sources to harass Mrs. Robichaud. Nor is there any basis for thinking that anyone in such a position or indeed in any position senior to that of Brennan authorized or even knowingly overlooked, condoned, adopted or ratified Brennan's actions in harassing Mrs. Robichaud.

This alone is a sufficient basis for setting aside the Review Tribunal decision. But I should not part with the case without mentioning a further reason why in my opinion it should not be allowed

¹² (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 (B.C.C.A.).

Pour faire l'objet d'une ordonnance en vertu de cette disposition, une personne doit commettre ou avoir commis un acte discriminatoire interdit. Suivant l'interprétation que je donne à cet article, si une personne commet elle-même un acte discriminatoire ou si quelqu'un le fait pour elle sur ses ordres, cette personne peut faire l'objet d'une ordonnance. Cependant, rien dans ce libellé ne tend à imposer aux employeurs l'obligation d'empêcher ou de prendre des mesures efficaces afin d'empêcher leurs employés de commettre des actes discriminatoires pour leurs propres fins. En outre, je ne vois rien dans cet article ni ailleurs dans la loi qui permette d'affirmer qu'une personne doit être tenue responsable, par le jeu de la responsabilité du fait d'autrui, de la responsabilité absolue ou encore de la responsabilité stricte selon les principes de responsabilité délictuelle en *common law* ou ceux du droit criminel, pour des actes discriminatoires commis par quelqu'un d'autre, qu'il s'agisse ou non de son employé. Comparer avec l'affaire *Re Nelson et al. and Byron Price & Associates Ltd.*¹²

Il me semble qu'en vertu de la loi applicable dans le cas d'une société, une autorisation susceptible d'engager la responsabilité doit émaner de la direction. Dans le cas de la Couronne, je ne vois rien qui permette de conclure que la conduite des fonctionnaires occupant des postes de niveau inférieur à celui du fonctionnaire ou de l'organisme gouvernemental sous l'autorité et la direction duquel est placé le service public, en l'espèce le ministre de la Défense nationale ou le Conseil du Trésor, engage la responsabilité de la Couronne. Rien dans les conclusions de l'un ou l'autre des tribunaux ni dans le dossier ne laisse supposer que Brennan s'était vu confier par l'une de ces sources le pouvoir de harceler Mme Robichaud. De plus, rien ne permet de penser que quiconque occupant un tel poste ou en fait, tout poste supérieur à celui de Brennan, ait pu autoriser ou même, en toute connaissance de cause, fermer les yeux sur les actes de harcèlement de Brennan à l'endroit de Mme Robichaud ou les approuver, les adopter ou les ratifier.

Ce motif à lui seul justifie l'annulation de la décision du tribunal d'appel. Cependant, avant d'en terminer avec ce dossier, j'aimerais faire état d'un autre motif pour lequel, à mon avis, la déci-

¹² (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 (C.A.C.-B.).

to stand even if a rule of strict liability applied. It is apparent that the Review Tribunal has taken into account in reaching its conclusion the failure of the Crown to investigate more thoroughly Mrs. Robichaud's complaint and the source of the complaints against Mrs. Robichaud, that the change in her work assignment and transfer to the so-called "punishment block" would give an impression that she was disfavoured, that Brennan was not disfavoured and that Brennan's activities in relation to witnesses were not monitored. None of these is in itself an adverse distinguishing by the Crown or anyone else against Mrs. Robichaud on the basis of sex. Most of them are *ex post facto* matters having no bearing on the issue and, in my opinion, none of them is relevant to the question whether the Crown as Brennan's employer was liable for the consequences of Brennan's actions when they occurred. What is relevant, in my view, is what Professor Abbott found and the Review Tribunal did not reverse.

I would set aside the decision of the Review Tribunal in so far as it purports to hold the Crown liable and refer the matter back to the Review Tribunal for disposition of the appeal of Mrs. Robichaud on the basis that the complaint against the Crown is not sustainable.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.: I cannot see any material distinction between the decision here under attack and the decision in question in *VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, et al.*¹³ which we held to be a decision within the meaning of section 28 of the *Federal Court Act*. For that reason, I do not share the view expressed by the Chief Justice that this section 28 application is directed against something that is not a decision within the meaning of that section.

However, on all the other points raised by this application, I am in complete agreement with the Chief Justice. For the reasons that he gives, I

¹³ [1982] 2 F.C. 830 (C.A.).

sion devrait être infirmée et ce, même si une règle de responsabilité stricte s'appliquait. Il appert que le tribunal d'appel, pour en arriver à sa conclusion, a tenu compte du défaut de la Couronne de faire enquête plus à fond sur la plainte de Mme Robichaud et sur l'origine des plaintes formulées contre cette dernière, et du fait que la modification de ses fonctions et sa mutation à une «affectation punitive» donnent l'impression qu'elle a été traitée défavorablement, et qu'en outre, Brennan n'a pas été traité défavorablement et que les activités de ce dernier en rapport avec les témoins n'ont pas été contrôlées. Rien dans cela ne constitue de la part de la Couronne ni de la part de quiconque un traitement défavorable de Mme Robichaud fondé sur le sexe. Ce sont pour la plupart des faits postérieurs n'ayant aucun rapport avec le litige et, à mon avis, aucun de ces faits n'a de pertinence relativement à la question de savoir si la Couronne, en tant qu'employeur de Brennan, était responsable des conséquences des gestes de Brennan lorsqu'il les a posés. Ce qui est pertinent, selon moi, ce sont les conclusions du professeur Abbott que le tribunal d'appel n'a pas infirmées.

J'annule la décision du tribunal d'appel dans la mesure où il déclare la Couronne responsable et je renvoie l'affaire devant le tribunal d'appel afin qu'il statue sur l'appel de Mme Robichaud en tenant pour acquis que la plainte contre la Couronne n'est pas fondée.

* * *

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

LE JUGE PRATTE: Je ne vois aucune distinction importante entre la décision attaquée en l'espèce et la décision en litige dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Butterill, et autres*¹³ que nous avons jugée être une décision visée par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour ce motif, je ne partage pas l'opinion du juge en chef selon laquelle la présente demande fondée sur l'article 28 vise autre chose qu'une décision au sens de cet article.

Toutefois, je suis entièrement d'accord avec le juge en chef sur tous les autres points soulevés par cette demande. Pour les motifs qu'il a exprimés, je

¹³ [1982] 2 C.F. 830 (C.A.).

would, therefore, dispose of the application as he suggests.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.: These two applications for review under section 28 of the *Federal Court Act* raise the question of whether sexual harassment can constitute discrimination based on sex and the consequent question as to the liability of an employer for discrimination practised by a supervisor against another employee. Both questions are new ones to this Court and, with a single exception in each case, to Canadian Courts generally.

However, I must first turn to an initial question of a procedural nature arising out of subsection 28(1) of the *Federal Court Act*, which gives "the Court of Appeal . . . jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order . . . made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal . . ." (Emphasis added.)

The matter of which review is here sought is an action taken by a Human Rights Review Tribunal on February 14, 1983, which the Review Tribunal describes as follows [at pages 16,053 - 16,054]:

We are therefore allowing the appeal of Mrs. Robichaud against both respondents, Dennis Brennan and Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by The Treasury Board.

Having found liability on the part of both Mr. Brennan and his employer, we must still determine the damages to which Mrs. Robichaud is entitled and determine what other award, if any, should be made as a consequence of our finding. Since these issues have never been dealt with by a Canadian Human Rights Tribunal before and no argument was made on them either here or below, this portion of our decision will be reserved for argument. [Emphasis added.]

The words I have emphasized in this disposition, as well as the fact that the reasons quoted from are headed "Decision of Review Tribunal", show clearly that to the Review Tribunal itself the action taken was considered to be a "decision".

statue donc sur la demande dans le sens qu'il propose.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN: Ces deux demandes fondées sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* soulèvent la question de savoir si le harcèlement sexuel peut constituer un acte discriminatoire fondé sur le sexe et la question connexe quant à la responsabilité d'un employeur pour les actes discriminatoires que pose un surveillant à l'endroit d'un autre employé. Ces deux questions n'ont jamais été soumises à la Cour et, sauf une exception dans chaque cas, aux tribunaux canadiens en général.

Cependant, je dois d'abord répondre à une question de procédure découlant du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui donne à «la Cour d'appel . . . compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance . . . rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral . . . » (C'est moi qui souligne.)

On demande à cette Cour d'examiner une mesure prise par un tribunal d'appel des droits de la personne le 14 février 1983, mesure que ledit tribunal décrit comme suit [aux pages 16,053 et 16,054]:

En conséquence, l'appel de madame Robichaud est accueilli aux dépens des deux intimés, Dennis Brennan et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le Conseil du Trésor.

La responsabilité à la fois de monsieur Brennan et de son employeur est établie et il nous reste maintenant à fixer les dommages auxquels madame Robichaud a droit et toute autre compensation qui devrait, le cas échéant, découler de notre décision. Jamais auparavant un tribunal de la Commission canadienne des droits de la personne a-t-il eu à traiter des questions de dommages en jeu en cette cause et ni ce tribunal ni le tribunal inférieur n'a entendu d'arguments à ce sujet. Nous reportons donc notre décision sur cet aspect afin d'entendre les arguments des parties. [C'est moi qui souligne.]

Les mots que j'ai soulignés dans cet extrait ainsi que le fait que les motifs cités sont intitulés «*Décision du tribunal de révision*» indiquent clairement que le tribunal d'appel lui-même considérait que la mesure prise constituait une «*décision*». Néan-

Nevertheless, this self-characterization does not necessarily decide the issue.

The disposition of an appeal from a Human Rights Tribunal to a Review Tribunal is governed by subsection 42.1(6) of the *Canadian Human Rights Act*, 1977:

42.1 ...

(6) A Review Tribunal may dispose of an appeal under this section by

(a) dismissing it; or

(b) allowing it and rendering the decision or making the order that, in its opinion, the Tribunal appealed from should have rendered or made.

Its power is to allow an appeal and to render the decision the Tribunal should have rendered. Clearly, the Review Tribunal here, in not proceeding either to the assessment of damages or even to the determination of "what other award, if any, should be made", is exercising only part of its power of decision-making. Can such an incomplete decision found a review by this Court?

Counsel for the respondents relied on the decision of this Court in *VIA Rail Canada Inc. v. Butterill, et al.*, [1982] 2 F.C. 830 (C.A.), in which an interim decision of a Review Tribunal was held to be a decision or order under section 28 of the *Federal Court Act* in that it "clearly disposed of some of the issues that the Tribunal was empowered to determine" and was not a mere expression of opinion that would not be reviewable under section 28" (page 833, footnote 1). This case is an authority for the proposition that a disposition that finally disposes of less than all of the issues before a tribunal can be a decision under section 28. However, the decision of the Review Tribunal in the *VIA Rail* case was much more specific than that of the Review Tribunal here: in that case the initial Tribunal ordered VIA to review its visual standards for employment and to offer positions to the three complainants but not to pay compensation; the Review Tribunal reversed the original Tribunal on the question of compensation, holding that compensation was necessary under two separate provisions of the legislation; it went on to discuss the compensation period and the principles for ascertaining the quantum, but did not fix an amount for any of the three complainants.

moins, cette qualification ne tranche pas nécessairement la question.

Le paragraphe 42.1(6) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 1977, prévoit la manière dont doit se prononcer un tribunal d'appel sur un appel interjeté d'une décision d'un tribunal des droits de la personne:

42.1 ...

(6) Le tribunal d'appel qui statue sur les appels prévus au présent article peut

a) les rejeter; ou

b) y faire droit et substituer ses décisions ou ordonnances à celles du tribunal dont la décision fait l'objet de l'appel.

Son pouvoir consiste à accueillir un appel et à rendre la décision que le tribunal aurait dû rendre. Il est manifeste en l'espèce qu'en n'évaluant pas le montant des dommages et en ne déterminant pas la «compensation qui devrait, le cas échéant, découler de [la] décision», le tribunal d'appel n'a exercé qu'une partie de son pouvoir décisionnel. Une telle décision incomplète peut-elle faire l'objet d'un examen par cette Cour?

L'avocat des intimées a invoqué la décision *VIA Rail Canada Inc. c. Butterill, et autres*, [1982] 2 C.F. 830 (C.A.), dans laquelle cette Cour a statué que la décision provisoire d'un tribunal d'appel était une décision ou une ordonnance au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* parce qu'elle «a clairement statué sur certaines des questions que le tribunal avait le pouvoir de trancher» et n'était pas une simple expression d'opinions qui ne serait pas susceptible d'examen sous le régime de l'article 28» (page 833, note 1). Cet arrêt a établi le principe qu'une décision qui ne tranche définitivement qu'une partie des questions soumises à un tribunal peut constituer une décision au sens de l'article 28. Toutefois, la décision du tribunal d'appel dans l'arrêt *VIA Rail* était beaucoup plus précise que celle du tribunal d'appel en l'espèce: dans cette affaire, le premier tribunal a ordonné à VIA de réviser ses exigences d'acuité visuelle et d'offrir des emplois aux trois plaignants, mais non de les indemniser; le tribunal d'appel a infirmé la décision du premier tribunal sur la question de l'indemnisation et il a statué qu'il y avait lieu à indemnisation en raison de deux dispositions distinctes de la loi; il a ensuite abordé la question de la période pour laquelle les indemnités

nants. All that remained in that case was the determination of the quantum.

Here the options for disposition open to the Review Tribunal are indicated by the powers of a Tribunal under the *Canadian Human Rights Act*, 1977 which under paragraph 42.1(6)(b) also become those of a Review Tribunal. Section 41 provides as follows:

41. (1) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is not substantiated, it shall dismiss the complaint.

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, subject to subsection (4) and section 42, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in such order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that such person cease such discriminatory practice and, in consultation with the Commission on the general purposes thereof, take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 15(1), to prevent the same or a similar practice occurring in the future;

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

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

(d) that such person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

The Review Tribunal here has not decided even the basis on which damages should be awarded to Mrs. Robichaud, whether they are, e.g. to be compensatory under subsection 41(2) or for injured feelings and self-respect under paragraph

devaient être accordées et les principes de fixation du quantum, mais n'a pas fixé de montant pour aucun des trois plaignants. Il ne restait à déterminer dans cette affaire que le quantum des dommages.

En l'espèce, les choix qui s'offrent à un tribunal d'appel quant aux décisions qu'il doit rendre sont indiqués par les pouvoirs qui sont conférés à un tribunal par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, 1977, et qui, en vertu de l'alinéa 42.1(6)(b), sont également ceux d'un tribunal d'appel. L'article 41 porte:

41. (1) A l'issue de son enquête, le tribunal rejette la plainte qu'il juge non fondée.

(2) A l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 42, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire

a) de mettre fin à l'acte et de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables, et ce, en consultation avec la Commission relativement à l'objet général de ces mesures; celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux visés au paragraphe 15(1);

b) d'accorder à la victime, à la première occasion raisonnable, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

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

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il fixe, des frais supplémentaires causés, pour recourir à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal, ayant conclu

a) que la personne a commis l'acte discriminatoire de propos délibéré ou avec négligence, ou

b) que la victime a souffert un préjudice moral par suite de l'acte discriminatoire,

peut ordonner à la personne de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars.

Le tribunal d'appel en l'espèce n'a même pas déterminé sur quel fondement des dommages devraient être accordés à Mme Robichaud, s'il s'agit, par exemple, de dommages compensatoires en vertu du paragraphe 41(2) ou de dommages

41(3)(b), let alone what other award, if any, should be made under subsection 41(2). The result of the administrative process here is therefore more incomplete than in the *VIA Rail* case.

The best analysis of the relevant policy considerations in play is that of Jackett C.J. in *In re Anti-dumping Act and in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 F.C. 22 (C.A.), at page 34:

In my view, the object of sections 18 and 28 of the *Federal Court Act* is to provide a speedy and effective judicial supervision of the work of federal boards, commissions and other tribunals with a minimum of interference with the work of those tribunals. Applying section 11 of the *Interpretation Act*, with that object in mind, to the question raised by these section 28 applications, it must be recognized that the lack of a right to have the Court review the position taken by a tribunal as to its jurisdiction or as to some procedural matter, at an early stage in a hearing, may well result, in some cases, in expensive hearings being abortive. On the other hand, a right, vested in a party who is reluctant to have the tribunal finish its job, to have the Court review separately each position taken, or ruling made, by a tribunal in the course of a long hearing would, in effect, be a right vested in such a party to frustrate the work of the tribunal.

In the view of Jackett C.J., proceedings should not be allowed to be frustrated by premature challenges, nor rendered abortive by continuing beyond the point at which judicial guidance becomes necessary. In the end, what is always to be protected is the integrity of the administrative proceedings.

Allowing judicial review to take place in the present circumstances would be to uphold the integrity of the administrative proceedings here against both potential dangers outlined by Jackett C.J. The Review Tribunal thought it appropriate to finalize part of its task at this point, thereby allowing the important matters on which it had reached final decision to be reviewed judicially, before proceeding with the consequential questions. Indeed, we were told by counsel for the Canadian Human Rights Commission in the course of argument that such pauses had come to be the practice of tribunals, following the decision of this Court in the *VIA Rail* case. The Review Tribunal action here was entitled "decision", whereas the determination upheld by this Court as

pour préjudice moral comme le prévoit l'alinéa 41(3)b), ni décidé quelle autre indemnité, le cas échéant, devrait être accordée en vertu du paragraphe 41(2). Le résultat du processus administratif en l'espèce est donc plus incomplet que dans l'arrêt *VIA Rail*.

La meilleure analyse des considérations de principe en jeu est celle du juge en chef Jackett dans l'arrêt *In re la Loi antidumping et in re Danmor Shoe Co. Ltd.*, [1974] 1 C.F. 22 (C.A.), aux pages 34 et 35:

A mon avis le but des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* est de fournir un contrôle judiciaire rapide et efficace des travaux des offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux avec une ingérence minimale dans ces travaux. Si, en tenant compte de ce point de vue, on applique l'article 11 de la *Loi d'interprétation* à la question soulevée par les demandes fondées sur l'article 28, il faut reconnaître que le fait que la Cour n'a pas le pouvoir d'examiner la position prise par un tribunal quant à sa propre compétence ou quant à des questions de procédure au tout début de l'audience peut entraîner, dans certains cas, la tenue d'auditions coûteuses qui seraient sans issue. Par contre, si une des parties, peu désireuse de voir le tribunal s'acquitter de sa tâche, avait le droit de demander à la Cour d'examiner séparément chaque position prise ou chaque décision rendue par un tribunal, lors de la conduite d'une longue audience, elle aurait en fait le droit de faire obstacle au tribunal.

Selon le juge en chef Jackett, il conviendrait d'une part d'éviter de faire obstacle aux procédures par des contestations prématurées, et d'autre part de les faire échouer en les laissant se poursuivre au-delà du moment où il y aurait lieu de demander des directives aux tribunaux. En fin de compte, c'est l'intégrité des procédures administratives qu'il faut toujours protéger.

Autoriser dans les circonstances actuelles le contrôle judiciaire permettrait de défendre l'intégrité des procédures administratives en l'espèce contre les deux dangers possibles soulignés par le juge en chef Jackett. Le tribunal d'appel a estimé qu'il y avait lieu à ce moment-ci de parachever une partie de sa tâche, permettant ainsi que les questions importantes sur lesquelles il avait rendu une décision finale fassent l'objet d'un contrôle judiciaire, avant d'examiner les questions en résultant. En fait, l'avocat de la Commission des droits de la personne a, pendant les débats, affirmé à la Cour que, à la suite de la décision de cette Cour dans l'arrêt *VIA Rail*, ce genre d'interruption des procédures était devenu une pratique courante des tribunaux. On a qualifié de «décision» la mesure adop-

sufficiently final in the *VIA Rail* case was entitled "interim decision". This style of decision-making is in fact analogous to the practice of arbitrators in labour relations matters. As this Court recently put it in striking down another challenge to administrative action in *Turenko v. Royal Canadian Mounted Police Commissioner* (1984), 55 N.R. 314 (F.C.A.), [at page] 315, "Surely the law should not so limit the flow of life as to require it to fit a procrustean bed of unnecessary formalities. Even the administrative process must be subjected only to reasonable requirements."

In the absence of authority to the contrary, I must follow the commandment of statutory interpretation laid down by section 11 of the *Interpretation Act* [R.S.C. 1970, c. I-23]:

11. Every enactment shall be deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

I therefore hold that the partial decision by the Review Tribunal here, since it is clearly intended to be a final decision on the issues considered, is a reviewable decision under subsection 28(1) of the *Federal Court Act*. This is not to say that any intermediate decision of a tribunal qualifies for review under subsection 28(1), but rather that a clearly final decision on all issues short only of the remedy or relief should so qualify, since by such a decision the substantive question before the tribunal is finally disposed of. At this stage, the decision is sufficiently analogous to a judgment or order.

This preliminary matter out of the way, the question for decision is whether sexual harassment is a discriminatory practice under the *Canadian Human Rights Act*. That Act has recently been amended so to provide explicitly, but at the relevant time there was no such provision. There were nevertheless decisions by human rights and labour tribunals across Canada, and by the Federal Court of Appeals (Washington, D.C. Circuit) on similar legislation, that sexual harassment was caught by such legislation. An Ontario Divisional Court has

tée par le tribunal d'appel en l'espèce alors qu'on a appelé «décision provisoire» la décision que cette Cour a jugé finale dans l'arrêt *VIA Rail*. Cette manière de rendre des décisions est en fait analogue à la pratique suivie par les arbitres dans les affaires de relations de travail. Comme l'a dit cette Cour en rejetant une autre contestation d'une action administrative dans l'arrêt *Turenko c. Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada* (1984), 55 N.R. 314 (C.F. Appel), [à la page] 315, «Il ne faut certainement pas que la loi restreigne le cours de la vie au point de le confiner au lit de Procruste que sont les formalités inutiles. Même l'action administrative ne doit être assujettie qu'à des impératifs raisonnables.»

En l'absence de disposition contraire, je dois suivre la règle d'interprétation des lois énoncée à l'article 11 de la *Loi d'interprétation* [S.R.C. 1970, chap. I-23]:

11. Chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de ses objets.

Je statue donc que, parce qu'elle était manifestement destinée à constituer une décision finale sur les questions examinées, la décision partielle du tribunal d'appel en l'espèce peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cela ne signifie pas que toute décision interlocutoire d'un tribunal peut faire l'objet d'un examen en vertu du paragraphe 28(1), mais plutôt qu'une décision qui tranche manifestement toutes les questions soumises sauf celle relative à la réparation ou à l'indemnisation devrait faire l'objet d'un tel examen étant donné que, par cette décision, le tribunal tranche de manière définitive la question de fond dont il a été saisi. À cette étape, la décision est suffisamment semblable à un jugement ou à une ordonnance.

Cette question préliminaire étant réglée, il reste à déterminer si le harcèlement sexuel constitue un acte discriminatoire conformément à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette Loi a été modifiée récemment afin de le prévoir expressément, mais à l'époque en cause, elle ne contenait aucune disposition à cet effet. Il existait néanmoins des décisions par lesquelles des tribunaux des droits de la personne et des tribunaux du travail au Canada, ainsi que la *Federal Court of Appeals* (Washington, Cour de circuit, D.C.), qui s'était

recently come to the same conclusion, (*In the Matter of an Appeal from a Board of Enquiry under the Ontario Human Rights Code, etc. Commodore Business Machines Ltd., and Rafael DeFilippis v. The Minister of Labour for Ontario et al.*, judgment dated November 22, 1984, A-279-83, not yet reported, but that Court's reasoning is too summary to be of assistance here.

The relevant provisions of the *Canadian Human Rights Act, 1977* are as follows:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap; . . .

3. For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, conviction for which a pardon has been granted and, in matters related to employment, physical handicap, are prohibited grounds of discrimination.

4. A discriminatory practice, as described in sections 5 to 13, may be the subject of a complaint under Part III and anyone found to be engaging or to have engaged in a discriminatory practice may be made subject to an order as provided in sections 41 and 42.

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

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or
(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

The most obvious discriminatory practices, sexual or otherwise, appear to be characterized by randomness and generality. For instance, a racial discriminator against one black presumably would behave similarly towards any other black, and indeed towards all blacks. So with sexual discrimi-

prononcée sur des lois semblables, avaient statué que le harcèlement sexuel était visé par cette loi. Récemment, une Cour divisionnaire de l'Ontario est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *In the Matter of an Appeal from a Board of Enquiry under the Ontario Human Rights Code, etc. Commodore Business Machines Ltd., and Rafael DeFillipis v. The Minister of Labour for Ontario et al.*, jugement en date du 22 novembre 1984, A-279-83, encore inédit, mais le raisonnement de la Cour est trop succinct pour être d'aucune utilité en l'espèce.

Les dispositions pertinentes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne, 1977*, sont les suivantes:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

3. Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.

4. Les actes discriminatoires prévus aux articles 5 à 13 peuvent faire l'objet d'une plainte en vertu de la Partie III et toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 41 et 42.

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou
b) de défavoriser un employé,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

Les actes discriminatoires les plus évidents, qu'ils soient fondés sur le sexe ou sur un autre motif, semblent caractérisés par le fait qu'ils visent un groupe pris collectivement et chaque membre de ce groupe pris au hasard. Ainsi, par exemple, une personne commettant un acte discriminatoire

nation one might expect random and general discrimination against women.

Sexual harassment, on the other hand, is specific to one, or at least to less than all, members of the sex. It singles out, for example, a particular man or woman, or several, for special (i.e., adverse) treatment. At first look, it may appear to be the very antithesis of sexual discrimination.

However, the randomness and generality often associated with discriminatory practices are usually presumed rather than established: the discriminator has actually acted against only one member of a class, and the rest is an inference. More important, randomness and generality are not required by the *Canadian Human Rights Act* to found a discriminatory practice. Section 7 of the Act provides that a discriminatory practice is directed against "any individual" or "an employee". The requirement is one of adverse differentiation based on sex, not of randomness or generality.

Canadian human rights tribunals have consistently held that sexual harassment can amount to sexual discrimination. The first Board of Inquiry so to hold, *Cherie Bell and Anna Korczak v. Ernest Ladas and The Flaming Steer Steak House* (1980), 1 C.H.R.R. D/155, at page D/156, (O. B. Shime, Q.C.), under the similar provisions of the *Ontario Human Rights Code*, [R.S.O. 1980, c. 340] analyzed the issue this way:

But what about sexual harassment? Clearly a person who is disadvantaged because of her sex is being discriminated against in her employment when employer conduct denies her financial rewards because of her sex, or exacts some form of sexual compliance to improve or maintain her existing benefits. (There is no intention to deal with the implications of bisexual conduct in the circumstances of this case. It is intended to deal with harassment of female employees by a male authority and the

contre un Noir en raison de la race de ce dernier agirait probablement de la même manière vis-à-vis d'un autre noir et, en fait, vis-à-vis de tous les noirs. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'actes discriminatoires fondés sur le sexe, on peut s'attendre à ce qu'ils visent toutes les femmes et chacune d'elles prise au hasard.

Par contre, le harcèlement sexuel vise un membre en particulier d'un sexe, ou du moins, pas tous les membres de ce sexe. Il s'exerce, par exemple, sur un ou plusieurs hommes ou femmes déterminés et leur réserve un traitement spécial (c'est-à-dire défavorable). Au premier coup d'œil, cela peut apparaître comme le contraire même de la discrimination fondée sur le sexe.

Toutefois, cette double composante, hasard et généralisation, souvent associée aux actes discriminatoires, est habituellement présumée plutôt que démontrée: l'auteur d'un acte discriminatoire n'a, en réalité, agi que contre un membre d'une catégorie de personnes et le reste n'est que déduction. Ce qui est plus important encore, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'exige pas cette double composante pour qu'on puisse conclure qu'il s'agit d'un acte discriminatoire. L'article 7 de la Loi prévoit qu'un acte discriminatoire s'exerce contre «un individu» ou «un employé». Le critère de définition est l'existence d'une distinction illicite fondée sur le sexe mais ne fait pas entrer en jeu les éléments de hasard ou de généralisation.

Les tribunaux des droits de la personne au Canada ont régulièrement statué que le harcèlement sexuel peut constituer une forme de discrimination fondée sur le sexe. La première commission d'enquête à avoir statué en ce sens, en vertu des dispositions semblables du *Code des droits de la personne* de l'Ontario [R.S.O. 1980, chap. 340] dans l'affaire *Cherie Bell and Anna Korczak v. Ernest Ladas and The Flaming Steer Steak House* (1980), 1 C.H.R.R. D/155, à la page D/156 (O. B. Shime, c.r.), a analysé cette question de la manière suivante:

[TRADUCTION] Mais qu'en est-il du harcèlement sexuel? Il est manifeste qu'une personne, qui subit un désavantage à cause de son sexe, fait alors l'objet de discrimination dans son emploi lorsque la conduite de l'employeur la prive de rétributions financières à cause de son sexe ou lui soutire des faveurs sexuelles d'une forme ou d'une autre en retour de l'amélioration ou du maintien de ses avantages actuels. (Il n'est pas dans mes intentions de traiter des implications de la conduite bisexuelle

principles equally apply to the harassment of a male employee by a female in authority as well as homosexual exploitations.) *The evil to be remedied is the utilization of economic power or authority so as to restrict a woman's guaranteed and equal access to the work-place, and all of its benefits, free from extraneous pressures having to do with the mere fact that she is a woman.* Where a woman's equal access is denied or when terms and conditions differ when compared to male employees, the woman is being discriminated against.

1389 *The forms of prohibited conduct that, in my view, are discriminatory run the gamut from overt gender based activity, such as coerced intercourse to unsolicited physical contact to persistent propositions to more subtle conduct such as gender based insults and taunting, which may reasonably be perceived to create a negative psychological and emotional work environment. There is no reason why the law, which reaches into the work-place so as to protect the work environment from physical or chemical pollution or extremes of temperature, ought not protect employees as well from negative, psychological and mental effects where adverse and gender directed conduct emanating from a management hierarchy may reasonably be construed to be a condition of employment.*

1390 The prohibition of such conduct is not without its dangers. One must be cautious that the law not inhibit normal social contact between management and employees or normal discussion between management and employees. It is not abnormal, nor should it be prohibited activity for a supervisor to become socially involved with an employee. *An invitation to dinner is not an invitation to a complaint. The danger or the evil that is to be avoided is coerced or compelled social contact where the employee's refusal to participate may result in a loss of employment benefits.* Such coercion or compulsion may be overt or subtle, but if any feature of employment becomes reasonably dependent on reciprocating a social relationship proffered by a member of management, then the overture becomes a condition of employment and may be considered to be discriminatory.

1391 Again, The Code ought not to be seen or perceived as inhibiting free speech. If sex cannot be discussed between supervisor and employee neither can other values such as age, colour or creed, which are contained in The Code, be discussed. Thus, differences of opinion by an employee where sexual matters are discussed may not involve a violation of The Code; *it is only when the language or words may be reasonably construed to form a condition of employment that The Code provides a remedy.* Thus, the frequent and persistent taunting by a supervisor of an employee because of his or her colour is discriminatory activity under The Code and similarly, *the frequent and persistent taunting of an employee by a supervisor because of his or her sex constitutes discriminatory activity under The Code.*

dans les circonstances propres à la présente cause. Nous voulons plutôt traiter du harcèlement sexuel d'employés féminins par un homme en autorité et les principes s'appliquent également au harcèlement d'un employé mâle par une femme en autorité tout comme à l'exploitation homosexuelle.) *Le tort qu'il s'agit de redresser, c'est le recours au pouvoir économique ou à l'autorité afin de refuser à une femme l'accès garanti ou égal au marché du travail et à tous ses avantages, libre de pressions extérieures fondées sur le seul fait qu'elle est une femme.* Lorsqu'on refuse à une femme l'accès égal ou lorsque les termes et conditions de son emploi sont différents en comparaison de ceux des employés masculins alors cette femme est l'objet de discrimination.

1389 *Les formes d'activités qui, à mon sens, sont interdites couvrent toute la gamme, à partir de l'activité manifestement d'ordre sexuel, telles les relations sexuelles obtenues par la contrainte [en passant par les atouchements non sollicités et les sollicitations persistantes jusqu'à] un comportement plus subtil, tels les reproches et les sarcasmes provocants d'ordre sexuel, des actes qui peuvent tous raisonnablement être présentés comme créant un environnement de travail négatif sur les plans psychologique et émotif. Rien ne s'oppose à ce que la loi, qui pénètre dans le milieu de travail pour en protéger l'environnement contre la pollution physique et chimique ou contre les températures extrêmes, protège également les employés des effets négatifs, psychologiquement et mentaux là où un comportement défavorable orienté sur le sexe émanant de la direction peut être interprété comme étant une condition d'emploi.*

1390 L'interdiction de pareil comportement n'est pas sans danger. La prudence exige que la loi n'empêche pas le comportement social normal entre la direction et les employés ou les entretiens normaux entre la direction et les employés. Il n'y a rien d'anormal, et cela ne devrait pas être interdit, à ce qu'un surveillant ait des rapports sociaux avec un employé. *Une invitation à dîner n'est pas une invitation à déposer une plainte. Le danger, ou le mal qu'il faut prévenir, c'est le contact social obligatoire ou résultant de la contrainte qui peut entraîner pour l'employé qui s'y refuse la perte de certains avantages attachés à l'emploi.* Cette contrainte, cette obligation, peut être manifeste ou subtile, mais si un aspect donné de l'emploi devient en pratique assujéti au paiement de retour d'une relation sociale offerte par un membre de la direction, alors la proposition devient une condition d'emploi et peut être considérée comme un acte discriminatoire.

1391 Encore une fois, il ne faut pas voir ou concevoir dans le code une restriction à la liberté de parole. Si le sexe ne peut être un sujet de discussion entre un surveillant et un employé, les autres valeurs inscrites dans le code, comme la race, la couleur ou la religion, ne peuvent non plus être discutées. En conséquence, une différence d'opinion de la part d'un employé, lors d'un entretien portant sur le sexe, n'implique pas nécessairement une violation du code; *c'est uniquement lorsque le langage ou les mots peuvent être raisonnablement interprétés comme constituant une condition d'emploi que le code procure un recours.* Ainsi, les sarcasmes provocants, à la fois fréquents et persistants, de la part d'un surveillant à l'endroit d'un employé masculin ou féminin à cause de sa couleur, constituent un acte discriminatoire en vertu du code et, par analogie, *les sarcasmes provocants, à la fois fréquents et persistants, de la part d'un surveillant à l'endroit d'un employé masculin ou*

1392 However, persistent and frequent conduct is not a condition for an adverse finding under The Code because a single incident of an employee being denied equality of employment because of sex is also prohibited activity.

A Review Tribunal under the *Canadian Human Rights Act*, *Jane Kotyk and Barbara Allary v. Canada Employment and Immigration Commission and Jack Chuba* (1983), unreported, upheld by this Court, *sub nom. Chuba v. Canadian Human Rights Tribunal*, November 7, 1984, File A-193-84, [not yet reported] without argument on this issue, carried the analysis further:

There is a number of theoretical permutations and combinations that could give rise to sexual harassment. For example, a male manager may commit heterosexual sexual harassment upon a female employee or homosexual sexual harassment upon a male employee. Similar combinations can be imagined if the roles were reversed and the manager were female and the employee male. Indeed, the harassment may be both gender-related and based upon sexual propensity as where a homosexual employer exploits a homosexual employee.

The central problem in all of these situations is that a specific employee (whether male or female and whether heterosexual or homosexual) is the subject of harassment and therefore has had imposed on him or her, conditions of employment which were not inflicted upon employees of the opposite gender. The target of the harassment suffers disparate treatment based on sex. As was noted in *Bundy v. Jackson* (1981) 641 F. 2d 934 at 942 (U.S. Court of Appeals):

"... In each instance the question is one of but-for causation: would the complaining employee have suffered the harassment had he or she been of a different gender?... Only by *reductio ad absurdum* could we imagine a case of harassment that is not sex discrimination - where a bisexual supervisor harasses men and women alike."

Nor is it an answer by an employer to argue that a manager is discriminating against a woman not because of her sex but because he finds her sexually attractive and consequently, is not harassing all women in his employment but merely this particular woman. In *Bundy v. Jackson*, *supra*, at p. 942, the Court indicated that

"sex discrimination ... is not limited to disparate treatment founded solely or categorically on gender. Rather discrimination whenever sex is for no legitimate reason a substantial factor in the discrimination."

Accordingly, the crux of the matter is whether the basis for the specific discrimination was sex related. If so, there is discrimination by reason of sex even though other employees of

f féminin à cause de son sexe, constituent un acte discriminatoire en vertu du code.

1392 Toutefois, une décision défavorable en vertu du code n'est pas conditionnelle à la fréquence de la conduite ni à sa persistance car l'interdiction s'applique également à un seul incident de déni d'égalité d'emploi à cause du sexe de l'employé.

Dans l'affaire *Jane Kotyk and Barbara Allary v. Canada Employment and Immigration Commission and Jack Chuba* (1983), non publiée, confirmée par cette Cour *sub nom. Chuba c. Tribunal canadien des droits de la personne*, 7 novembre 1984, n° du greffe A-193-84 [encore inédite], où cette question n'a pas été examinée, un tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a poussé l'analyse plus loin:

En théorie, nombreuses sont les permutations et combinaisons qui peuvent donner lieu à du harcèlement sexuel. Par exemple, un gestionnaire peut se livrer à du harcèlement de type hétérosexuel sur une employée ou de type homosexuel sur un employé. On peut imaginer des combinaisons similaires en inversant les rôles: le cas d'un employé harcelé par un gestionnaire. En fait, le harcèlement peut être à la fois lié au sexe et fondé sur l'orientation sexuelle dans le cas, par exemple, d'un employeur homosexuel qui exploite un employé affichant les mêmes tendances.

Dans toutes ces situations, l'essentiel du problème réside dans le fait qu'un employé donné (homme ou femme, hétérosexuel(le) ou homosexuel(le)) est victime de harcèlement et se voit donc imposer des conditions de travail qui diffèrent de celles des employés du sexe opposé. La victime du harcèlement subit un traitement défavorable fondé sur le sexe. Comme on l'a fait remarquer dans l'arrêt *Bundy v. Jackson* (1981) 641 F. 2d 934 à 942 (Cour d'appel des États-Unis):

« Dans chaque cas, il faut chercher à savoir si l'employé aurait été victime de harcèlement s'il avait appartenu au sexe opposé ... Ce n'est que par l'absurde qu'il est possible de concevoir un cas de harcèlement qui ne constitue pas de la discrimination fondée sur le sexe - celui d'un superviseur bi-sexuel [sic] qui harcèle indifféremment des hommes ou des femmes. » [TRADUCTION]

L'employeur ne saurait non plus faire valoir qu'un gestionnaire fait de la discrimination à l'égard d'une femme non en raison de son sexe mais bien de l'attraction sexuelle qu'elle exerce sur lui et, par conséquent, qu'il ne harcèle pas toutes les femmes qu'il côtoie en milieu de travail, mais seulement celle-là. Dans l'arrêt *Bundy v. Jackson*, susmentionné, à la page 942, la Cour a déclaré ce qui suit:

« ... la discrimination sexuelle ... ne se limite pas à un traitement défavorable fondé uniquement ou catégoriquement sur le sexe. Elle existe dans tous les cas où, pour des raisons non valables, le sexe de la victime joue un rôle important dans la discrimination. » [TRADUCTION]

Par conséquent, il s'agit essentiellement de déterminer si le fondement de l'acte discriminatoire en question était lié au sexe. Dans l'affirmative, on peut dire qu'il y a discrimination

the same gender are not subjected to such conduct. One commentator put the principle aptly as follows:

"Whether or not the attention is directed solely at one individual, so long as it is sex based, it is discriminatory. Womanhood is the *sine qua non* of the sexual harassment. But for her femaleness, the victim of sexual harassment would not have been propositioned; she would not have been requested to participate in sexual activity if she were a man." (Constance Backhouse, *Case Comment*, (1981)10 University of Western Ontario Law Review 141, at 143).

In this instant case there was no difference between the two Tribunals on the law as it related to sexual harassment. The original Tribunal held that section 7 of the *Canadian Human Rights Act* prohibited sexual harassment, but found on the facts that there was no discrimination. The Review Tribunal had an identical view of the law but reached an opposite conclusion in relation to the facts.

It is not, however, correct to say that the Review Tribunal rejected the initial Tribunal's view of the facts. The first Tribunal accepted the credibility of Mrs. Robichaud's testimony as to the fact of the sexual encounters but drew a conclusion which it admitted to be "not based on the evidence in this case but . . . on . . . assessment of human motivation in sexual conduct", viz. that "Mrs. Robichaud engaged with Mr. Brennan, according to her testimony, in sexual activities in which she could not have engaged unless she was fully consenting thereto". It was this inference from the facts that was rejected by the Review Tribunal [at page 16,051]:

We respectfully disagree with the proposition that the nature of the acts of fellatio, masturbation, and fondling are of such a highly consensual nature that she could not have engaged in them unless she was fully consenting thereto.

Mrs. Robichaud began working for the Department of National Defence at the Air Defence Command base in North Bay as a cleaner in 1977. She succeeded in becoming the first woman at the base to win the position of lead hand, and was on probation in that position from November 20, 1978, to May 20, 1979. It was during that period, in March, April and May, 1979, that the sexual harassment complained of took place.

fondée sur le sexe même si d'autres employés du même sexe ne sont pas victimes du même comportement. Une commentatrice a exposé le principe avec justesse dans les termes suivants:

«Qu'elles visent ou non une seule et unique personne, les attentions sont discriminatoires dans la mesure où elles sont fondées sur le sexe. L'appartenance au sexe féminin est une condition essentielle au harcèlement sexuel. Si elle n'avait pas été une femme, la victime du harcèlement sexuel n'aurait jamais reçu de propositions; on ne l'aurait pas invitée à participer à des activités sexuelles si elle avait été un homme.» (Constance Backhouse, *Case Comment*, (1981) 10 University of Western Ontario Law Review 141 à la p. 143). [TRADUCTION]

En l'espèce, les deux tribunaux étaient d'accord sur le droit en ce qui concernait le harcèlement sexuel. Le premier tribunal a statué que l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* interdisait le harcèlement sexuel, mais il a conclu que les faits ne révélaient pas qu'il y avait eu discrimination. Le tribunal d'appel était du même avis quant au droit, mais il est arrivé à une conclusion contraire sur les faits.

Il n'est toutefois pas juste d'affirmer que le tribunal d'appel a rejeté l'opinion du premier tribunal quant aux faits. Le premier tribunal a admis la crédibilité du témoignage de Mme Robichaud en ce qui a trait aux incidents à caractère sexuel, mais il a tiré une conclusion qui, de son propre aveu, «n'était pas fondée sur la preuve en l'espèce mais . . . sur l'appréciation de la motivation des êtres humains dans leur conduite sexuelle», c'est-à-dire que «selon son propre témoignage, Mme Robichaud s'était livrée avec M. Brennan à des activités sexuelles auxquelles elle n'aurait certainement pas participé sans y avoir pleinement consenti». C'est cette dernière conclusion tirée des faits que le tribunal d'appel a rejetée [à la page 16,051]:

Avec un profond respect, nous rejetons la proposition selon laquelle la masturbation, le fellatio et le «pelotage» sont en soi des actes d'une nature si intimement volontaire qu'elle ne pouvait s'y être livrée sans y avoir pleinement consenti.

Mme Robichaud a commencé à travailler en 1977 en qualité de nettoyeuse pour le ministère de la Défense nationale à la base du Commandement de la défense aérienne à North Bay. Elle est devenue la première femme de la base à obtenir le poste de chef nettoyeur manuel et elle a été assujettie à un stage d'essai du 20 novembre 1978 au 20 mai 1979. C'est pendant cette période, aux mois de mars, avril et mai 1979, qu'a eu lieu le harcèlement sexuel dont elle s'est plainte.

The Tribunal found that the applicant Brennan first asked Mrs. Robichaud for sexual intercourse about March 16 when she came to his office at his request during working hours. From that time on, Mrs. Robichaud testified, Brennan was constantly asking for sexual favours and also asking her intimate questions relating to her personal sex life. The first sexual incident occurred on April 6 and from then on Brennan called her repeatedly at home. There were several other incidents over the next weeks, ending on May 22, just after Mrs. Robichaud completed her probation period. On May 24 she told her family physician and her husband about the incidents and on May 25 she informed her union president, and also told Brennan she would no longer put up with his demands. She repelled a further approach from him about June 18, after he returned from a three-week vacation. She had informed the Assistant Base Administrative Officer Captain Adlard that she had been sexually harassed by Brennan, and her allegation was discussed at a meeting with Captain Adlard and Brennan on June 28.

Did this combination of events constitute sexual harassment? A manager who takes the initiative in making sexual advances in his office during business hours does so at his own peril, and certainly when the employee is, as here, in a situation of particular vulnerability he must expect that any doubtful facts will be interpreted against him.

Hindsight would suggest that Mrs. Robichaud was ill-advised ever to telephone the applicant or to visit him after hours to reason with him, and particularly to be persuaded initially that she was sexually frustrated and also to have had a final encounter with him after the end of her probation period.

Nevertheless, the whole course of conduct of the two parties shows that the initiative was consistently his, that she repeatedly indicated her unwillingness, that on at least two occasions he threat-

Le tribunal a constaté que le requérant Brennan avait demandé pour la première fois à Mme Robichaud d'avoir des relations sexuelles avec lui aux environs du 16 mars, lorsqu'elle s'est présentée au bureau de Brennan à la demande de ce dernier, pendant les heures de travail. Il ressort du témoignage de Mme Robichaud que c'est à partir de ce moment que Brennan s'est mis à solliciter continuellement ses faveurs et à lui poser des questions intimes sur sa vie sexuelle. Le premier incident à caractère sexuel s'est produit le 6 avril et dès lors, Brennan lui a téléphoné à maintes reprises à sa résidence. Plusieurs autres incidents se sont produits pendant les semaines suivantes jusqu'au 22 mai, juste après que la période de stage de Mme Robichaud eut pris fin. Le 24 mai, elle a raconté les incidents à son médecin de famille et à son époux et le 25 mai, elle en a informé le président de son syndicat; elle a également indiqué à Brennan qu'elle ne répondrait plus à ses exigences. Le 18 juin, elle a repoussé une autre des avances qu'il lui a faites après être rentré de trois semaines de vacances. Elle avait informé l'officier adjoint d'administration de la base, le capitaine Adlard, qu'elle était l'objet de harcèlement sexuel de la part de Brennan et son allégation a été discutée lors d'une réunion avec le capitaine Adlard et Brennan, le 28 juin.

Tout cet ensemble d'événements constituait-il du harcèlement sexuel? Le responsable qui prend l'initiative de faire des avances sexuelles dans son bureau pendant les heures de travail doit en assumer les risques et, lorsque l'employé, comme c'était le cas en l'espèce, se trouve dans une situation particulièrement vulnérable, il doit évidemment s'attendre à ce que tout acte équivoque soit interprété contre lui.

Un examen rétrospectif des faits laisserait supposer que Mme Robichaud a eu tort de téléphoner au requérant ou de lui rendre visite après les heures de travail pour lui faire entendre raison et, en particulier, de s'être laissé persuader au départ qu'elle était sexuellement frustrée, et finalement, d'avoir eu une dernière rencontre avec lui après la fin de sa période de stage.

Néanmoins, il ressort de la conduite des deux parties que c'est Brennan qui prenait continuellement l'initiative, que Mme Robichaud s'est montrée non consentante à plusieurs reprises, qu'à

ened her with work-related consequences if she refused to cooperate, and that throughout the period he used his position of authority to force compliance. An omnipresent and seemingly omnipotent superior, using the full powers of his office, must be deemed to create a coerced rather than a consensual response, unless he can show otherwise. In other words, given the power-vulnerability relationship as it existed here, the mere fact of sexual encounters gives rise to a *prima facie* case of sexual harassment, and to an onus on the manager to show, if he can, that the acts did not constitute sexual harassment.

The Review Tribunal found that the applicant Brennan failed to discharge this onus. There was evidence, in fact, a preponderance of evidence, on which they could find him liable for a discriminatory practice, with or without the onus.

The Review Tribunal also found Brennan guilty of sexual harassment by reason of his creation of a poisoned work environment. This concept appears to have developed to meet the requirement of the Ontario legislation, following the U.S. legislation, that discrimination against an employee on a prohibited ground had to be shown "with regard to any term or condition of employment". The *Canadian Human Rights Act* requires simply adverse differentiation against an employee, a less precise and more easily established offence. Here, sexual acts of a coerced nature which amounted to adverse differentiation having actually occurred, a poisoned work environment is *a fortiori*, but not necessary for the offence.

In summation, I conclude that there was adequate evidence for the Review Tribunal to find the applicant Brennan liable for adverse differentiation based on sex. It was not a random or a general adverse differentiation. It was rather because of the individuating aspects of Mrs. Robichaud's sexuality that she was victimized. Nevertheless, it was because of her sex. As the Washington D.C. Fed-

deux occasions au moins Brennan a menacé celle-ci de représailles relativement à son travail si elle refusait de coopérer, et que pendant toute la période en cause, il a usé du pouvoir conféré par son poste pour la forcer à se plier à ses exigences. Il faut présumer qu'un supérieur omniprésent et apparemment tout-puissant utilisant les pleins pouvoirs qui lui sont conférés par son poste obtient un consentement forcé plutôt que volontaire, à moins qu'il ne puisse prouver le contraire. En d'autres termes, étant donné le rapport pouvoir-vulnérabilité qui existait en l'espèce, le simple fait qu'il y ait eu des incidents à caractère sexuel donne naissance à une présomption *prima facie* de harcèlement sexuel, et il incombe au contremaître de prouver, s'il le peut, que ces actes ne constituaient pas du harcèlement sexuel.

Le tribunal d'appel a jugé que le requérant Brennan n'avait pas réussi à se libérer de ce fardeau de la preuve. Il existait des preuves, en fait une prépondérance de preuve, à partir desquelles le tribunal d'appel pouvait le juger coupable d'un acte discriminatoire, en présence ou en l'absence de ce fardeau de la preuve.

Le tribunal d'appel a également jugé Brennan coupable de harcèlement sexuel parce que, par son attitude, il a créé un climat de travail malsain. Ce concept semble avoir été élaboré pour satisfaire à l'exigence de la législation ontarienne, suivant en cela la législation américaine, selon laquelle il faut démontrer que la discrimination illicite contre un employé s'exerce [TRADUCTION] «relativement à ses conditions d'emploi». La *Loi canadienne sur les droits de la personne* exige simplement la distinction illicite exercée contre un employé, une infraction moins précise et plus facile à démontrer. En l'espèce, les actes sexuels obtenus par la contrainte et constituant une distinction illicite s'étant réellement produits, l'existence d'un climat de travail malsain vient renforcer les allégations, mais ne constitue pas un élément nécessaire à l'infraction.

En résumé, je conclus que le tribunal d'appel avait été saisi d'une preuve suffisante pour lui permettre de statuer que le requérant Brennan était coupable de distinction illicite fondée sur le sexe. Il ne s'agissait pas d'une distinction illicite posée au hasard et ne visant personne en particulier. C'est plutôt en raison des aspects distinctifs de sa sexualité que Mme Robichaud en fut la victime.

eral Court of Appeals put it in *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (1977), at page 990:

But for her womanhood . . . her participation in sexual activity would never have been solicited . . . Put another way, she became the target of her superior's sexual desires because she was a woman, and was asked to bow to his demands as the price for holding her job.

No case could provide a clearer example than the present one of adverse differentiation based on sexual characteristics, since it was precisely those qualities that were the object of the applicant Brennan's attention.

A related point argued on this applicant's behalf was that the Review Tribunal, like any appellate body, lacked the power to reverse the findings of fact made by the first Tribunal unless the latter had made "some palpable and overriding error": *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at page 808; 62 D.L.R. (3d) 1, at page 5. However, assuming without deciding that the powers of a Review Tribunal under section 42.1 of the *Canadian Human Rights Act* are properly so limited, the Review Tribunal here reversed an inference drawn from the facts, rather than the initial Tribunal's view of the facts themselves, as I have already indicated. In the view I take, this inference was a palpable and overriding error and so the test is satisfied in any event.

The large question which remains is as to the employer's liability for the sexual discrimination practised by Brennan. While it would be an interesting excursus to look at this question from the dynamic viewpoint of the law of torts, the Supreme Court of Canada has recently held with respect to the parallel *Ontario Human Rights Code* that such an approach is foreclosed by the legislative initiative expressed in the Code: *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhaduria*, [1981] 2 S.C.R. 181; 124 D.L.R. (3d) 193. Laskin C.J.C., said for the Court (at pages 194-195 S.C.R.; at page 203 D.L.R.):

Il n'en demeure pas moins, toutefois, que c'était en raison de son sexe. Comme l'a dit la *Federal Court of Appeals* de Washington (D.C.) dans l'arrêt *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983 (1977), à la page 990:

[TRADUCTION] N'eut été le fait qu'elle était une femme . . . on n'aurait jamais sollicité sa participation à des activités sexuelles . . . En d'autres termes, elle est devenue l'objet des désirs sexuels de son supérieur parce qu'elle était une femme, et il lui a demandé de se plier à ses demandes si elle voulait conserver son emploi.

Aucune autre affaire ne peut fournir un exemple plus évident de distinction illicite fondée sur les caractéristiques sexuelles que l'espèce, étant donné que ce sont précisément ces caractéristiques qui ont fait l'objet des attentions du requérant Brennan.

Comme argument connexe, on a avancé au nom du requérant que le tribunal d'appel, comme toute autre juridiction d'appel, n'était pas habilité à infirmer les conclusions de fait du premier tribunal à moins que ce dernier n'ait commis «une erreur manifeste et dominante»: *Stein et al. c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la page 808; 62 D.L.R. (3d) 1, à la page 5. Toutefois, comme je l'ai déjà indiqué, le tribunal d'appel en l'espèce ayant présumé sans avoir cependant statué que les pouvoirs conférés à un tribunal d'appel par l'article 42.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont ainsi limités, a infirmé une conclusion tirée des faits plutôt que l'opinion du premier tribunal sur les faits eux-mêmes. À mon point de vue, cette conclusion constituait une erreur manifeste et dominante et ainsi le critère a de toute manière été respecté.

La dernière question importante à résoudre est celle de la responsabilité de l'employeur à l'égard des actes discriminatoires fondés sur le sexe dont s'est rendu coupable Brennan. Il serait intéressant de faire une digression et d'examiner la question du point de vue dynamique du droit de la responsabilité délictuelle, mais la Cour suprême du Canada a récemment statué, au sujet du régime parallèle que constitue le *Code des droits de la personne* de l'Ontario, que l'initiative qu'a prise le législateur en adoptant le Code rendait cette approche impossible: *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhaduria*, [1981] 2 R.C.S. 181; 124 D.L.R. (3d) 193. Le juge en chef Laskin a déclaré au nom de la Cour (aux pages 194 et 195 R.C.S.; à la page 203 D.L.R.):

In the present case, the enforcement scheme under *The Ontario Human Rights Code* ranges from administrative enforcement through complaint and settlement procedures to adjudicative or quasi-adjudicative enforcement by boards of inquiry. The boards are invested with a wide range of remedial authority including the award of compensation (damages in effect), and to full curial enforcement by wide rights of appeal which, potentially, could bring cases under the Code to this Court. The Ontario Court of Appeal did not think that this scheme of enforcement excluded a common law remedy

The view taken by the Ontario Court of Appeal is a bold one and may be commended as an attempt to advance the common law. In my opinion, however, this is foreclosed by the legislative initiative which overtook the existing common law in Ontario and established a different regime which does not exclude the courts but rather makes them part of the enforcement machinery under the Code.

For the foregoing reasons, I would hold that not only does the Code foreclose any civil action based directly upon a breach thereof but it also excludes any common law action based on an invocation of the public policy expressed in the Code. The Code itself has laid out the procedures for vindication of that public policy, procedures which the plaintiff respondent did not see fit to use.

Obviously, similar considerations would apply to the *Canadian Human Rights Act*. If we cannot look to the common law of torts, what about the parallel statutory field of criminal law?

A Tribunal decision under the Ontario legislation points in that direction: *Edilma Olarte et al. v. Rafael DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705 (Board of Inquiry—Prof. Peter A. Cumming), recently upheld by a Divisional Court, *In the Matter of an Appeal from a Board of Enquiry under the Ontario Human Rights Code, etc. Commodore Business Machines Ltd., and Rafael DeFilippis v. The Minister of Labour for Ontario et al., supra* [not yet reported]. The Tribunal concludes, *inter alia* that where an employee is part of the “directing mind” of the corporation, then the employer corporation is itself personally in contravention, so that “the act of the employee becomes the act of the corporate entity itself, in accordance with the organic theory of corporate responsibility” (at page D/1744). This is based on a criminal law rather than a tort analogy.

En l'espèce, les modalités d'application établies par *The Ontario Human Rights Code* vont de l'application administrative par des procédures de plainte et de règlement jusqu'à l'application judiciaire ou quasi judiciaire par des comités d'enquête. Ces comités sont investis d'un large pouvoir réparateur qui englobe le pouvoir d'accorder une indemnité (en fait des dommages-intérêts), et des droits étendus d'appel assurent l'application par tout l'appareil judiciaire, de sorte que des actions fondées sur le Code pourraient éventuellement aboutir devant cette Cour. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas estimé que ces modalités excluent un recours fondé sur la *common law*

Le point de vue adopté par la Cour d'appel de l'Ontario témoigne d'audace et peut être loué comme tentative de faire avancer la *common law*. Je suis toutefois d'avis que cela est rendu impossible par l'initiative du législateur qui, allant plus loin que la *common law* telle qu'elle existe en Ontario, a établi un régime qui, loin d'exclure les cours, les intègre dans le mécanisme d'application prévu par le Code.

Pour ces motifs, je conclus que non seulement le Code empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions, mais qu'il exclut aussi toute action qui découle de la *common law* et est fondée sur l'invocation de la politique générale énoncée dans le Code. Le Code lui-même établit les procédures destinées à la défense de cette politique générale, procédures dont la demanderesse n'a pas cru bon de se prévaloir.

De toute évidence, le même raisonnement s'applique à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. S'il faut écarter les règles de droit de la *common law* en matière de délit, qu'en est-il des règles législatives du droit pénal?

Un tribunal chargé d'appliquer la loi ontarienne s'est penché sur la question. La décision qu'a rendue dans l'affaire *Edilma Olarte et al. v. Rafael DeFilippis and Commodore Business Machines Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1705, le professeur Peter A. Cumming, commissaire enquêteur, a récemment été confirmée par la Cour divisionnaire dans l'affaire *In the Matter of an Appeal from a Board of Enquiry under the Ontario Human Rights Code, etc. Commodore Business Machines Ltd., and Rafael DeFilippis v. The Minister of Labour for Ontario et al., précitée* [encore inédite]. Le Tribunal a statué, notamment, que lorsqu'un employé fait partie des [TRADUCTION] «âmes dirigeantes» d'une entreprise, la société qui l'emploie est elle-même personnellement en contravention, de telle sorte que [TRADUCTION] «l'acte de l'employé devient l'acte de l'entreprise elle-même, suivant la théorie fondamentale de la responsabilité de l'employeur» (à la page D/1744). Ce raisonnement repose sur une

In *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.* (1974), 18 C.C.C. (2d) 248 an Alberta District Court held a corporation guilty of fraud under subsection 338(1) of the *Criminal Code* [R.S.C. 1970, c. C-34] for the action of its used car sales manager in turning back the odometers on used cars prior to sale even though this was contrary to written corporate policy, on the ground that he was the directing mind and will of the corporation in all matters relating to the used car operation of the company. Going even further, in *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185 the British Columbia Court of Appeal held that a company was guilty of fraud where unknown to the directors a salesman for his own benefit defrauded a customer. These cases are both based on the law as laid down by the Ontario Court of Appeal in *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd.*, [1969] 3 C.C.C. 263, at page 281 (*per* Schroeder J. A.):

... if the agent falls within a category which entitles the Court to hold that he is a vital organ of the body corporate and virtually its directing mind and will in the sphere of duty and responsibility assigned to him so that his action and intent are the very action and intent of the company itself, then his conduct is sufficient to render the company indictable by reason thereof.

All of these cases stand for the proposition that, where there is a clear delegation of authority to a servant in a particular area of responsibility, he is the directing mind and will of the corporation in that area so as to render it criminally liable for his acts. The *McIntosh* case makes it clear that this is so even when the servant is acting entirely for his own benefit.

On this analogy the Government would be responsible for Brennan's actions since they would be deemed to be those of the Government itself if Brennan could be considered to be the directing mind and will of the cleaning operation. His role was described as follows by the original Tribunal [at page 1093]:

There are several lead hands in the Cleaning Department. They are supervised by two Area Foremen who, in turn, are supervised by the Foreman, Mr. Brennan. Mr. Brennan is

analogie avec le droit pénal plutôt qu'avec le droit des délits.

Dans l'affaire *R. v. Waterloo Mercury Sales Ltd.* (1974), 18 C.C.C. (2d) 248, la Cour de district de l'Alberta a déclaré une société coupable de fraude en vertu du paragraphe 338(1) du *Code criminel* [S.R.C. 1970, chap. C-34] à la suite de l'acte posé par son directeur des ventes de voitures d'occasion qui avait reculé les odomètres sur des voitures d'occasion avant leur vente, en dépit des directives écrites contraires de la compagnie, au motif que le directeur était l'âme dirigeante de la compagnie pour tout ce qui concernait la vente des voitures d'occasion. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique est allée plus loin et a statué dans l'affaire *R. v. P.G. Marketplace and McIntosh* (1979), 51 C.C.C. (2d) 185, qu'une compagnie était coupable de fraude dans le cas où, à l'insu des dirigeants, un vendeur avait fraudé un client pour son profit personnel. Ces deux décisions sont fondées sur la règle de droit énoncée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. St. Lawrence Corp. Ltd.*, [1969] 3 C.C.C. 263, à la page 281 (le juge d'appel Schroeder):

[TRADUCTION] ... si l'agent fait partie d'une catégorie qui autorise la Cour à juger qu'il est un organe essentiel de la compagnie et, en fait, son âme dirigeante dans le domaine des fonctions et responsabilités qui lui ont été confiées et qu'en conséquence, ses actions et ses intentions sont celles de la compagnie elle-même, il peut alors par sa conduite engager la responsabilité pénale de la compagnie.

Ces décisions appuient la thèse voulant que lorsqu'une compagnie délègue ses pouvoirs à un préposé dans un domaine de responsabilité particulier, ce préposé devient son âme dirigeante dans ce domaine et il engage de ce fait la responsabilité pénale de la compagnie pour les actes qu'il pose. L'arrêt *McIntosh* établit clairement que cela est vrai même si le préposé a agi entièrement pour son propre avantage.

Par analogie avec ce qui précède, le gouvernement serait responsable des actes de Brennan puisqu'ils seraient réputés ceux du gouvernement lui-même si Brennan devait être considéré comme étant l'âme dirigeante du service de nettoyage. Voici en quels termes le tribunal de première instance a décrit son rôle [à la page 1093]:

Le Service du nettoyage compte plusieurs nettoyeurs manuels. Leur surveillance incombe à deux contremaîtres de secteur qui, à leur tour, relèvent du contremaître, M. Brennan.

supervised by the Base Assistant Administrative Officer and, ultimately, the Base Commanding Officer. Assignment of Mrs. Robichaud's geographic workplace, duties, workload, and cleaners to supervise was done mainly by the Area Foreman, subject to the supervision and, at times, the intervention of Mr. Brennan.

The applicant Brennan was the chief civilian employee at the base and the person to whom was delegated responsibility for the cleaning operation. Moreover, it was he who had the principal input into the employer's decision with respect to the satisfactory completion of Mrs. Robichaud's probation period. In short, it could reasonably be inferred that he was the directing mind and will in so far as the cleaning operation was concerned.

Nevertheless, in my view the thrust of the *Seneca College* decision should lead us to look for the principles of liability rather in the four corners of the statute itself. In fact, even before the *Seneca College* decision the British Columbia Court of Appeal in *Re Nelson et al. and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340 adopted the approach that an employer's vicarious liability under the *Human Rights Code* [R.S.B.C. 1979, c. 186] of that Province must be determined from the words of the legislation. In that case the Court held that the Code could not be read to create such a liability. However, its value as a precedent is limited by the fact that the board of inquiry there had made an order for aggravated damages, and the Court held that the wording of the legislation with respect to aggravated damages ("knowingly or with a wanton disregard") necessitated a personal contravention by the employer for liability to be established.

The salient features of the *Canadian Human Rights Act* in this context are the principle set out in section 2 and the remedies provided by section 41. The principle of the Act is a broad one: that "every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have ... without being hindered in or prevented

[M. Brennan relève de l'officier adjoint d'administration de la Base puis, au palier supérieur, du commandant de la Base.] Il appartenait principalement au contremaître de secteur d'assigner à Mme Robichaud son lieu de travail, ses fonctions, sa charge de travail et les nettoyeurs à surveiller, sous réserve toutefois de la surveillance et, parfois, de l'intervention de M. Brennan.

Le requérant Brennan était le principal gestionnaire civil de la base et c'est à lui que la responsabilité du nettoyage avait été confiée. En outre, c'était lui qui avait le plus d'influence sur la décision que l'employeur devait prendre sur le bilan du stage d'essai de Mme Robichaud. Bref, on peut raisonnablement en conclure qu'il était l'âme dirigeante du service de nettoyage.

Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que la portée de la décision *Seneca College* nous amène à chercher plutôt dans le texte même de la loi les principes de responsabilité applicables. En fait, même avant que ne soit rendue la décision *Seneca College*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait, dans l'arrêt *Re Nelson et al. and Byron Price & Associates Ltd.* (1981), 122 D.L.R. (3d) 340, statué que la responsabilité de l'employeur pour le fait d'autrui sous le régime du *Code des droits de la personne* de cette province [*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 186] devait être déterminée à partir du texte même de la loi. Dans cet arrêt, la Cour a statué que le texte du Code ne pouvait être interprété comme créant pareille responsabilité. La valeur de cet arrêt comme précédent est cependant limitée en raison du fait que dans cette affaire, la Commission d'enquête avait ordonné le paiement de dommages-intérêts exemplaires, et la Cour a statué que pour retenir la responsabilité de l'employeur il fallait, suivant la formulation employée par la loi à l'égard des dommages-intérêts exemplaires ([TRADUCTION] «sciemment ou par insouciance inexcusable»), que l'employeur se soit rendu personnellement responsable d'une contravention.

Les dispositions les plus importantes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sur la question sont le principe énoncé à l'article 2 et les mesures de redressement prévues à l'article 41. Le principe de la Loi est large: «tous ont droit ... à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur [des motifs de distinction illicite]. Il résulte du rappor-

from doing so by discriminatory practices". The combined effect of this principle and section 11 of the *Interpretation Act* amounts to a virtual direction to a Court to interpret the Act so as to render the largest and most liberal protection to those discriminated against. Such protection must needs include recourse against an employer.

The broad remedies provided by section 41, the general necessity for effective follow-up, including the cessation of the discriminatory practice, imply a similar responsibility on the part of the employer. That is most clearly the case with respect to the requirement in paragraph 41(2)(a) that the person against whom an order is made "take measures, including adoption of a special program, plan or arrangement . . . to prevent the same or a similar practice occurring in the future". Only an employer could fulfil such a mandate.

I also agree with the contention of the respondent Canadian Human Rights Commission that vicarious liability is a clear implication of the *Seneca College* decision. If the development of a common-law tort of discrimination, as accepted by the Ontario Court of Appeal, is pre-empted by the legislative development of a human rights code, it can only be supposed that such a development would leave those discriminated against with rights of enforcement at the very least as broad as those which they would have had at common law, and would therefore include some concept of employer liability.

All of this is with respect to the *Canadian Human Rights Act* in general. But the recognition of employer liability is *a fortiori* in reference to sexual discrimination under section 7, which reads: "It is a discriminatory practice, directly or indirectly . . . (b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination." The words "directly or indirectly" are not found in the comparable section of the Ontario Code, or indeed in the definition of other discriminatory practices under the federal Act. They indicate particularly with respect to this form of discrimination a clear acceptance of employer liability.

chement de ce principe et de l'article 11 de la *Loi d'interprétation* que les tribunaux sont à toutes fins pratiques tenus d'interpréter la Loi de façon à donner aux personnes victimes de discrimination la protection la plus large et la plus libérale possible. Cette protection doit comprendre un recours contre l'employeur.

Les mesures de redressement étendues que prévoit l'article 41 et, de façon générale, la nécessité d'assurer un suivi et de mettre fin aux actes discriminatoires, supposent une responsabilité semblable de la part de l'employeur. Cela ressort nettement de l'alinéa 41(2)a) qui exige de la personne trouvée coupable de l'acte discriminatoire «de prendre des mesures destinées à prévenir les actes semblables . . . celles-ci peuvent comprendre l'adoption d'une proposition relative à des programmes, des plans ou des arrangements spéciaux». Seul un employeur peut remplir un tel mandat.

J'affirme également avec l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne, que la responsabilité patronale découle nécessairement de l'arrêt *Seneca College*. Si l'émergence du délit de discrimination sanctionné par la *common law*, qu'a reconnu la Cour d'appel de l'Ontario, est devancée par l'évolution des lois et l'adoption d'un code des droits de la personne, nous devons conclure que cette évolution confère aux victimes de discrimination des recours au moins aussi larges que ceux que la *common law* leur aurait accordés, ce qui inclurait par conséquent le recours fondé sur le principe de la responsabilité de l'employeur.

Ce qui précède concerne l'ensemble de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Mais la reconnaissance de la responsabilité de l'employeur est plus nette en matière de discrimination fondée sur le sexe selon l'article 7 qui porte: «Constitue un acte discriminatoire le fait . . . b) de défavoriser un employé, directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.» L'expression «directement ou indirectement» ne figure pas dans l'article correspondant du Code de l'Ontario, ni d'ailleurs dans la définition des autres actes discriminatoires visés par la Loi fédérale. On peut donc y voir la reconnaissance manifeste du principe de la responsabilité de l'employeur, en ce qui concerne, en particulier, cette forme de discrimination.

However, I cannot take the notion of indirect responsibility to mean an absolute liability. The very words "directly or indirectly" connote some form of participation by those deemed responsible. An employer must, therefore, have at least an opportunity of disclaiming liability by reason of *bona fide* conduct.

This is in effect where the U.S. Courts have ended up. In the two cases already cited, the Federal Court of Appeals for the District of Columbia does not hesitate to state that an employer is liable for discriminatory acts committed by supervisory personnel, but the Court in *Barnes v. Costle* adds that "should a supervisor contravene employer policy without the employer's knowledge and the consequences are rectified when discovered, the employer may be relieved from responsibility" (*supra*, at page 993).

This would establish a rule of law akin to that recently enunciated with respect to regulatory or public welfare offences, which are not truly criminal but are prohibitions in the public interest. In *R. on the information of Mark Caswell v. Corporation of City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, Dickson J. (as he then was), speaking for the Court, said that such offences "might well be regarded as a branch of administrative law to which traditional principles of criminal law have but limited application" (at page 1303), and held that they are offences of strict liability as a halfway house between *mens rea* and absolute liability, allowing a defence based on reasonable care at the proof of the defendant on the balance of probabilities.

This is also, incidentally, where the statute has come to as a result of recent amendments. Subsection 48(5) [S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 23] now explicitly provides for employer liability for the acts of employees in the course of employment but subsection 48(6) allows the employer to exculpate himself by establishing lack of consent and all due

Toutefois, je ne saurais interpréter la notion de responsabilité indirecte comme équivalant à celle de responsabilité absolue. L'expression «directement ou indirectement» implique l'idée d'une participation de ceux qui sont réputés responsables. L'employeur doit par conséquent avoir à tout le moins l'occasion de décliner sa responsabilité en excipant de sa bonne foi.

C'est à cela que les tribunaux américains en sont venus. Dans les deux affaires déjà citées, la *Federal Court of Appeals* du District de Columbia n'a pas hésité à affirmer qu'un employeur est responsable des actes discriminatoires posés par son personnel cadre. La Cour ajoute toutefois dans l'arrêt *Barnes v. Costle* (précité, à la page 993) que [TRADUCTION] «l'employeur peut être exonéré de toute responsabilité dans le cas où le surveillant a contrevenu aux directives de l'employeur à l'insu de celui-ci et où des mesures ont été prises pour corriger la situation dès que ces infractions ont été connues».

Cela aurait pour effet d'établir une règle de droit semblable à celle qui a récemment été formulée en matière d'infractions dites «réglementaires» ou «contre le bien-être public», qui ne sont pas des infractions criminelles dans le vrai sens du mot mais qui sont des interdictions faites dans l'intérêt du public. Dans l'arrêt *R. sur la dénonciation de Mark Caswell c. Corporation de la ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, le juge Dickson (alors juge puîné), a déclaré au nom de la Cour que ces infractions «pourraient fort bien être considérées comme une branche du droit administratif à laquelle les principes traditionnels du droit criminel ne s'appliquent que de façon limitée» (à la page 1303) et a statué qu'il s'agit d'infractions de responsabilité stricte qui se situent à mi-chemin entre les infractions qui nécessitent la preuve de la *mens rea* et les infractions de responsabilité absolue. Le juge a accueilli une défense fondée sur la diligence raisonnable à la décharge de la défenderesse et suivant la prépondérance des probabilités.

C'est aussi, incidemment, ce à quoi la loi en est venue à la suite de modifications récentes. Le paragraphe 48(5) [S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 23] prévoit maintenant de façon expresse la responsabilité de l'employeur pour les actes posés par ses employés dans le cadre de leur emploi. Le paragraphe 48(6) permet cependant à l'employeur

diligence to prevent the act or omission from being committed and subsequently to mitigate or avoid the effort thereof.

The view I take of the law is essentially that adopted by the Review Tribunal, which stated [at page 16,053]:

The authorities provided to this Tribunal make it quite clear that the liability of the employer for its supervisory personnel is a strict liability.

The whole of the Review Tribunal's approach would indicate that it did not consider the employer's strict liability to amount to absolute liability.

On the basis, then, of employer responsibility subject to a showing of due care and concern, we turn to the Review Tribunal's findings concerning the Government's response [at page 16,053]:

In this case, there was no clearly defined policy against sexual harassment which had been communicated to the employees. Secondly, when the complaints were brought to the attention of Mr. Brennan's superiors, no investigation was conducted by the employer to determine the truth or otherwise of the allegations and in particular no investigation was requested or made pursuant to the *Financial Administration Act*, Section 10 [This apparently should have been section 7.] On the contrary, steps were taken to remove Mrs. Robichaud from the normal routine of a lead hand. She was ultimately transferred to the so called "punishment block" on the barracks where her duties were severely curtailed. This treatment of Mrs. Robichaud would give the impression to the other employees on the base that she had fallen out of favour with the people in charge of personnel. There was certainly no indication that Mr. Brennan was disfavoured. There was the orchestrated attempt to discredit Mrs. Robichaud after she had filed her complaint by the flood of letters and petitions against her, a circumstance which should have prompted great suspicion and therefore closer inquiry. Finally, we find it particularly irresponsible on the part of the employer that the activities of Mr. Brennan in relation to the personnel who were called to testify before the Tribunal were not monitored so as to prevent any coercion or intimidation of them by Mr. Brennan.

I would not myself expect nearly so much in 1979 by way of communication of the employer's determination to deter sexual discrimination as in 1984, given the social sensitization that has occurred with respect to this problem in the last

de se disculper s'il établit que l'acte a été posé sans son consentement et qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour l'empêcher et que, par la suite, il a tenté d'en atténuer ou d'en annuler les effets.

Ma conception de la règle de droit est essentiellement la même que celle qu'a adoptée le tribunal d'appel qui a déclaré [à la page 16,053]:

La jurisprudence invoquée devant le Tribunal atteste clairement de la responsabilité stricte de l'employeur envers les actes de son personnel cadre.

L'approche qu'a adoptée le tribunal d'appel semble indiquer que celui-ci n'a pas considéré la responsabilité stricte de l'employeur comme équivalant à une responsabilité absolue.

En partant donc du principe de la responsabilité de l'employeur de laquelle celui-ci peut s'exonérer en démontrant qu'il a fait preuve de diligence raisonnable, examinons les conclusions tirées par le tribunal d'appel à propos de la réaction de l'Administration [à la page 16,053]:

Il n'y avait pas eu, dans la présente cause, communication aux employés d'une politique bien définie interdisant le harcèlement sexuel. Puis, lorsque les supérieurs de monsieur Brennan furent saisis des plaintes, l'employeur n'entreprit aucune enquête afin d'établir le bien-fondé ou non des allégations. En particulier, on ne demanda pas ni n'entreprit la tenue d'une enquête conformément à l'article 10 de la *Loi sur l'administration financière*. [Il aurait fallu dire: l'article 7.] Bien au contraire, on a pris des mesures pour écarter madame Robichaud de son travail régulier de chef nettoyeuse. En fin de compte, on la relégua au nettoyage d'une caserne qu'on désignait «d'affectation punitive», ses responsabilités s'en trouvant rigoureusement réduites. Cette manière de traiter madame Robichaud ferait sentir aux autres employés de la Base que madame Robichaud n'avait plus la faveur des dirigeants du personnel. Rien n'indique que pour sa part monsieur Brennan soit tombé en défaveur. L'avalanche de lettres et de pétitions défavorables à madame Robichaud suite au dépôt de sa plainte, atteste de la tentative de discrédit bien orchestrée à son endroit. Cette manifestation aurait dû susciter les soupçons de l'employeur et donc un examen plus rigoureux de l'affaire. Enfin, l'irresponsabilité de l'employeur nous apparaît particulièrement criante puisqu'il n'a pas cru bon de surveiller les agissements de monsieur Brennan relativement aux personnes appelées à témoigner devant le Tribunal afin d'empêcher qu'elles ne fassent l'objet de coercition ou d'intimidation de la part de monsieur Brennan.

En ce qui concerne l'expression d'une volonté ferme de décourager les actes discriminatoires fondés sur le sexe, je ne suis pas, pour ma part, enclin à attendre autant d'un employeur en 1979 qu'en 1984, étant donné l'accroissement de la sen-

five years. However, for the employer to allow Mrs. Robichaud to have her duties adversely affected on June 29, just a month after she had successfully completed six months of probation without apparently a single complaint, as a result of the letters and petitions against her which even the military authorities admitted suggested orchestration by the applicant Brennan, the very person against whom she had made an accusation of sexual harassment, was evidence on the basis of which the Review Tribunal could find a lack of due care and concern. So was the manner in which the matter was raised by the Assistant Administrative Officer with Brennan. So was the initial treatment of her grievances. So even was the Confidential Memorandum of the Base Commander the following September 17 (Appeal Book, vol. 17, page 2212):

CONFIDENTIAL

AIDE-MÉMOIRE

REDRESS—MRS ROBICHAUD—11 SEP 79

17 Sep 79

2. Firstly, the case was badly handled at the lowest supervisory level in that a number of items of complaint, whether written or unwritten, did not seem to be dealt with at all with Mrs Robichaud and with the individuals who made the complaint. This led eventually to a Report of Shortcomings which in my view was not warranted in terms of the methods employed in arriving at the Report of Shortcomings. This is the reason for my being quite lenient in hearing the grievances and in eventually ripping up all the evidence. The fact remains, however, that Mrs Robichaud has weaknesses in her supervisory abilities which if not corrected should result in some form of action, whether it be corrective in nature or whether it be of a career nature, in that we can no longer employ her as a Lead-hand or we can't employ her at all.

3. Secondly, and in the long run possibly more important, is the possibility of the feeling being generated amongst cleaning staffs, or for the matter amongst all civilian staffs on the Base, that the Union has in fact won a position over management. I have discussed this with Mr Costello [the Union president] and have given him fair warning that if I find that this feeling is being generated deliberately then I would have to take some positive action. I have further indicated to him that this is not a win or lose situation but that Mrs Robichaud's grievances were redressed in her favour primarily because of the way in which the matter was handled, not because of the possibility of the allegations being correct or incorrect. In other words, there is very good evidence to support the fact that Mrs Robichaud's performance of her duties is lacking.

sibilisation du public à ce problème depuis cinq ans. Toutefois, un élément de preuve justifiait le tribunal d'appel à conclure à l'insouciance et à l'absence de diligence raisonnable: le fait que l'employeur ait permis que Mme Robichaud subisse, en conséquence des lettres et pétitions défavorables à son endroit, un traitement défavorable dans son emploi le 29 juin, tout juste un mois après qu'elle eut terminé avec succès un stage de six mois pendant lequel son travail n'avait suscité aucun reproche; ces lettres et pétitions, de l'aveu même des autorités militaires, laissaient entrevoir une tentative de discrédit bien orchestrée par le requérant Brennan, la personne même qui était accusée de harcèlement sexuel. Le même raisonnement vaut à l'égard de la façon dont l'officier adjoint d'administration a abordé la question devant Brennan. Même chose pour la façon dont on a tout d'abord étudié ses griefs. Même chose également pour l'aide-mémoire confidentiel rédigé par le commandant de la base le 17 septembre suivant (Dossier d'appel, vol. 17, page 2212):

[TRADUCTION] CONFIDENTIEL

AIDE-MÉMOIRE

MESURES DE REDRESSEMENT—MADAME ROBICHAUD—
11 SEPTEMBRE 1979

17 septembre 1979

2. Premièrement, l'affaire a été mal abordée par les premiers échelons de la direction. En effet, un certain nombre de griefs, tant écrits que verbaux, semblent n'avoir pas été traités avec Mme Robichaud ou les auteurs des plaintes. Cela a abouti à la rédaction d'un mémoire des points faibles, lequel mémoire n'était pas justifié, à mon avis, eu égard aux moyens qui ont été mis en œuvre pour le rédiger. Voilà pourquoi je suis indulgent à l'audience des griefs et je déchire en fin de compte tous les éléments de preuve. Il n'en reste pas moins que les aptitudes de Mme Robichaud en matière de surveillance démontrent des lacunes qui, à moins d'être corrigées, devraient entraîner des mesures, soit de nature correctrice, soit sur le plan de sa carrière, puisque nous ne pourrions plus l'employer comme chef nettoyeur manuel ou que nous devons la congédier.

3. Deuxièmement, (et ce qui peut être plus important à long terme) il se peut que les préposés au nettoyage et, en réalité, tous les employés civils de la base, aient le sentiment que le syndicat a en fait obtenu gain de cause contre la direction. J'ai discuté de la chose avec M. Costello [le président du syndicat] et je l'ai averti que si je constatais qu'on suscitait cette impression de façon délibérée, je prendrais des mesures concrètes. Je lui ai également fait comprendre qu'il ne s'agissait pas de savoir qui gagne ou qui perd et qu'on avait donné gain de cause à Mme Robichaud, d'abord et avant tout en raison de la façon dont l'affaire avait été menée et non à cause du bien-fondé ou de l'inexactitude de ses allégations. En d'autres mots, il existe de très bonnes preuves que le rendement de Mme Robichaud est insuffisant.

There seems to have been no evidence in the record that the Base Commander's view of her shortcomings was based on anything more than the suspicious letters and petitions, which were never investigated. He acknowledges that the case was badly handled, but is concerned that any correction of the situation not be interpretable as a victory for the Union over management.

On such facts I cannot find that the Review Tribunal based its decision on an erroneous finding of fact made in a perverse or a capricious manner or without regard for the material before it, as required by section 28 of the *Federal Court Act*.

A final argument raised by the applicant Treasury Board, relying on *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"*, (*supra*), was that the Review Tribunal was not justified in substituting its view of the facts in relation to the employer's liability for that of the initial Tribunal. Since the first Tribunal had found that Brennan did not sexually discriminate against Mrs. Robichaud given her consent, it did not have to decide on the consequent liability of the employer for this discrimination. Nevertheless, the Tribunal did conclude [at page 1102]:

On the whole, therefore, I cannot hold the employer (excluding Mr. Brennan) in any way responsible for adverse differential treatment of Mrs. Robichaud after her complaints about Mr. Brennan became known to Base management.

Counsel for the Treasury Board argued that this must be read as meaning "if I am wrong in my factual finding exonerating Brennan, in the alternative I find that the liability was Brennan's alone and not his employer's".

I cannot so read these words. I think that what the Tribunal must have had in mind was an independent discriminatory practice, subsequent and unrelated to Brennan's, which the employer might have been thought to be liable for. I am strengthened in this conclusion by the fact that the

Il semble n'y avoir eu au dossier aucun élément établissant que l'opinion du commandant de la base sur les points faibles de Mme Robichaud reposait sur autre chose que sur les lettres et pétitions malveillantes, qui n'ont jamais fait l'objet d'enquête. Il reconnaît que l'affaire a été mal menée mais se borne à préciser que les mesures prises pour remédier à la situation ne doivent pas être interprétées comme une victoire du syndicat sur la direction.

Compte tenu de ces faits, je ne saurais conclure que le Tribunal d'appel a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance, pour reprendre les termes de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Le Conseil du Trésor a invoqué l'arrêt *Stein et al. c. Le navire «Kathy K»* (précité) pour prétendre enfin que le tribunal d'appel n'était pas justifié à substituer son appréciation des faits relatifs à la responsabilité de l'employeur à celle du premier tribunal. Celui-ci en est venu à la conclusion que Brennan n'avait pas commis d'actes discriminatoires fondés sur le sexe à l'encontre de Mme Robichaud, vu le consentement de cette dernière. Il n'avait donc pas à se prononcer sur la responsabilité qu'aurait entraîné, pour l'employeur, cet acte discriminatoire. Néanmoins, le tribunal en est venu à la conclusion suivante [à la page 1102]:

Tout bien considéré, donc, je ne peux tenir l'employeur (en excluant M. Brennan) responsable du traitement défavorable infligé à Mme Robichaud après que ses plaintes au sujet de M. Brennan furent connues de la direction de la Base.

L'avocat du Conseil du Trésor prétend qu'il faut interpréter ce passage comme signifiant [TRADUCTION] «si je fais erreur en concluant d'après les faits que Brennan doit être exonéré, subsidiairement, je conclus que la responsabilité est imputable à Brennan et non à son employeur».

Je ne saurais retenir cette interprétation. Je crois que le tribunal visait un acte discriminatoire subséquent qui n'avait eu rien à voir avec celui de Brennan et qui aurait pu engager la responsabilité de l'employeur. Le fait que le tribunal ne se soit pas livré à une analyse de l'existence du principe

Tribunal failed to engage in any analysis of the existence of a principle of *respondeat superior* which might have provided a legal basis for the factual excursus counsel contends for.

I would therefore dismiss both section 28 applications.

de *respondeat superior* qui aurait pu fournir un fondement légal à la digression que l'avocat nous invite à faire, vient étayer ma conclusion.

^a Je suis par conséquent d'avis de rejeter les deux demandes fondées sur l'article 28.