

A-392-96

Toronto-Dominion Bank (*Appellant*)

v.

Canadian Human Rights Commission and Canadian Civil Liberties Association (*Respondents*)*INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. TORONTO-DOMINION BANK (C.A.)*

Court of Appeal, Isaac C.J., Robertson and McDonald J.J.A.—Toronto, December 1 and 2, 1997; Ottawa, July 23, 1998.

Human rights — Bank's substance abuse policy requiring as condition of employment all new, returning employees submit to urine drug test — Refusal to do so grounds for dismissal — Drug dependent employees may lose employment if refusing rehabilitation services, or rehabilitation efforts unsuccessful — Non-dependent drug users may lose employment if persisting in drug use after testing positive three times — Bank bearing cost of rehabilitation — CHRA, s. 10 making it discriminatory practice for employer to establish policy depriving, tending to deprive individual or class of individuals of employment opportunity on prohibited ground of discrimination — S. 3 listing "disability" as prohibited ground — "Disability" defined in s. 25 as including drug dependence — Policy constituting prohibited discriminatory practice within CHRA, s. 10. — (i) Drug testing policy prima facie discriminatory because raising likelihood of drug dependent employees losing employment — (ii) Robertson J.A. holding policy constituting direct discrimination as having direct effect on drug dependent persons; McDonald J.A. holding policy indirectly discriminatory because impacting adversely on employees dependent on drugs, protected class of individuals under CHRA — Characterization important because different defences available — (iii) Robertson J.A. holding policy fails as BFOR defence not available — No evidence of drug problem in Bank's workforce, no causal relationship between illegal drug use, crime; policy not reasonably necessary to assure job performance; Bank not showing mandatory drug testing least intrusive of reasonable methods for assessing job performance — (iv) Where indirect discrimination, issue whether rational connection between policy, job performance — MacDonald J.A. holding policy not rationally connected to objective — Not sound business, economic policy to implement drug testing affecting small portion of employees, and no evidence employee work performance affected by drugs — To comply with reasonable accommodation component, employee cannot be tested unless, after receiving treatment, work performance

A-392-96

Banque Toronto-Dominion (*appelante*)

c.

Commission canadienne des droits de la personne et Association canadienne des libertés civiles (*intimées*)*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. BANQUE TORONTO-DOMINION (C.A.)*

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 1^{er} et 2 décembre 1997; Ottawa, 23 juillet 1998.

Droits de la personne — Politique sur l'abus de drogues ou de médicaments de la Banque exigeant, comme condition d'emploi, que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent à une analyse d'urine destinée à dépister la présence de drogues — Le refus de le faire constitue un motif de congédiement — Les employés qui ont une dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils refusent de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit — Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois — La Banque prend en charge les frais de réadaptation — En vertu de l'art. 10 de la LCDP, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, de fixer des lignes de conduite — En vertu de l'art. 3, la «déficience» est un motif de distinction illicite — En vertu de l'art. 25, la «déficience» comprend la dépendance envers la drogue — La politique constitue un acte discriminatoire au sens de l'art. 10 de la LCDP — i) La politique de dépistage de drogues constitue à première vue de la discrimination parce que les employés qui ont une dépendance envers la drogue risquent de perdre leur emploi — ii) Le juge d'appel Robertson a statué que la politique constitue de la discrimination directe parce qu'elle a un effet direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue; le juge d'appel McDonald a statué que la politique constitue de la discrimination indirecte parce qu'elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, et que ceux-ci appartiennent à une catégorie protégée par la LCDP — La question du genre de discrimination en cause est importante à cause des différents moyens de défense possibles — iii) Le juge Robertson a statué que le moyen de défense fondé sur une EPJ ne peut pas être invoqué à l'égard de la politique — La preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un

inadequate — Must be objective evidence of poor performance — As policy not tied to concerns with job performance, not satisfying duty to accommodate — Per Isaac C.J. (dissenting): Motions Judge misapprehended Tribunal's reasons for concluding policy not discriminatory — Not showing Tribunal erred in fact or law — Absent finding of error, reviewing court should not interfere — If policy constituting adverse effect discrimination, satisfies rational connection test, given underlying concerns, as policy acknowledging impact of drugs on work performance as affecting alertness, perception, other working abilities — Providing reasonable accommodation to point of undue hardship.

Construction of statutes — Canadian Human Rights Act, s. 25 definition of "disability" including dependence on drugs — Whether intent of statute to extend protection to those dependent on illegal substances — Majority holding s. 25, as human rights legislation, not to be narrowly construed by reading in "legal" as modifying drugs.

Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Appeal from Motions Judge's order setting aside Human Rights Tribunal's decision Bank's substance abuse policy not discriminatory; cross-appeal from finding policy not direct discrimination — Whether F.C.A. having jurisdiction to address issue of direct discrimination because not raised as ground for judicial review before Motions Judge — Motions Judge's failure to deal with issue in reasons not transforming issue into new one raised for first time on appeal as Tribunal addressing issue — Even if new, issue one of law, further evidence not required — All relevant evidence before

problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque; il n'y a pas de relation de cause à effet entre la consommation de drogues illégales et la criminalité; la politique n'est pas raisonnablement nécessaire pour assurer le rendement au travail; la Banque n'a pas démontré que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire est la méthode la moins attentatoire — iv) Dans le cas de la discrimination indirecte, il s'agit de savoir s'il y a un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail — Le juge McDonald a statué que la politique n'avait pas de lien rationnel avec son objectif — L'application d'une politique de dépistage qui ne touche qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogues influe sur le rendement des employés n'est pas une bonne politique économique ou commerciale — Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé si, après traitement, son rendement continue à être non satisfaisant — Il doit exister des éléments de preuve objectifs du mauvais rendement — Étant donné que la politique n'a rien à voir avec la question du mauvais rendement, elle ne satisfait pas à l'obligation d'accommodement — Le juge en chef Isaac (dissident): Le juge des requêtes n'a pas du tout compris pour quels motifs du Tribunal avait conclu que la politique n'était pas discriminatoire — Il n'a pas été établi que le Tribunal ait commis une erreur de fait ou de droit — S'il n'est pas établi qu'une erreur a été commise, la cour de révision ne doit pas intervenir — Si la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle satisfait au critère relatif au lien rationnel, compte tenu des objectifs fondamentaux, en tant que politique reconnaissant l'effet des drogues sur le rendement au travail, en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail — Il y a eu accommodement raisonnable jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

Interprétation des lois — La définition de «déficience» figurant à l'art. 25 de la Loi canadienne sur les droits de la personne comprend la dépendance envers la drogue — Question de savoir si la loi vise à protéger les personnes qui ont une dépendance envers des substances illégales — La majorité a statué que l'art. 25, en tant que disposition relative aux droits de la personne, ne doit pas être interprété strictement en y incorporant le mot «légale» de façon à modifier le mot «drogue».

Compétence de la Cour fédérale — Section d'appel — Appel d'une ordonnance du juge des requêtes infirmant la décision du Tribunal des droits de la personne selon laquelle la politique sur l'abus de drogues ou de médicaments de la Banque n'est pas discriminatoire; appel incident de la décision selon laquelle la politique ne constitue pas de la discrimination directe — Question de savoir si la C.A.F. a compétence pour examiner la question de la discrimination directe, qui n'avait pas été soulevée à titre de motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes — L'omission du juge des requêtes de traiter de la discrimination directe

Tribunal — Argument based on record not new evidence — Right to argue direct discrimination fully debated before Motions Judge who ruled could be — Pleadings not so defective as to take Bank by surprise — Allegation of direct discrimination at centre of legal controversy from outset — Motions Judge's decision as to sufficiency of originating motion upheld.

This was an appeal from the Motions Judge's decision that Toronto-Dominion Bank's substance abuse policy discriminated against drug dependent persons. The Canadian Civil Liberties Association (CCLA) cross-appealed the Motions Judge's finding that the policy did not constitute direct discrimination. In order to maintain a safe, healthy and productive workplace, to safeguard customer, bank and employee funds and information, as well as to protect its reputation, the Bank implemented a substance abuse policy which requires as a condition of employment that all new and returning employees submit to a urine drug test within 48 hours of accepting an offer of employment. The policy takes effect only after hiring. Refusal to submit to the drug test is grounds for dismissal. Employees who test positive and are drug dependent may lose their employment if they refuse to take advantage of the rehabilitation services offered or if rehabilitation efforts are unsuccessful. Non-dependent drug users may also lose their employment if they persist in using such drugs after having tested positive on at least three occasions. The cost of rehabilitation is borne by the Bank to the extent that needed services are not available under provincial health care plans. Employees undergoing rehabilitation maintain the right to full wages and other employment benefits.

The CCLA complained to the Canadian Human Rights Commission (CHRC) alleging that the Bank was contravening *Canadian Human Rights Act*, section 10 by engaging in a practice of direct discrimination, which deprived persons of employment on the basis of disability, namely drug dependence. Section 10 provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish a policy that deprives

dans ses motifs ne faisait pas de cette question une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel étant donné que le Tribunal avait traité de cette question — Même s'il s'agit d'une nouvelle question de droit, il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve — Le Tribunal disposait de tous les éléments de preuve pertinents — Un argument fondé sur le dossier ne constitue pas un nouvel élément de preuve — La question de savoir si la discrimination directe pouvait être invoquée a été débattue devant le juge des requêtes, qui a décidé qu'elle pouvait être invoquée — Les plaidoiries n'étaient pas défectueuses au point de prendre la Banque par surprise — Le litige était au départ axé sur l'allégation de discrimination directe — La décision du juge des requêtes relative à la suffisance de la requête introductive d'instance est confirmée.

Il s'agissait d'un appel de la décision par laquelle le juge des requêtes avait statué que la politique de la Banque Toronto-Dominion relative à l'abus de drogues ou de médicaments créait une distinction illicite à l'égard des individus qui ont une dépendance envers la drogue. L'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLC) a interjeté un appel incident contre la conclusion du juge des requêtes selon laquelle la politique ne constituait pas de la discrimination directe. Pour maintenir un milieu de travail sain, sécuritaire et productif, pour protéger les fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que les renseignements y afférents et pour maintenir sa réputation, la Banque a mis en œuvre une politique sur l'abus de drogues ou de médicaments exigeant, comme condition d'emploi, que les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent, dans les 48 heures de l'acceptation d'une offre d'emploi, à une analyse d'urine destinée à dépister la présence de drogues. La politique ne prend effet qu'après l'embauchage. Le refus de se soumettre au test de dépistage constitue un motif de congédiement. Les employés dont le test donne un résultat positif et qui ont une dépendance envers la drogue peuvent perdre leur emploi s'ils refusent de se prévaloir des services de réadaptation mis à leur disposition ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit. Les usagers de drogues qui n'ont pas de dépendance envers la drogue peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois. Les frais de réadaptation sont pris en charge par la Banque dans la mesure où les services nécessaires ne sont pas offerts dans le cadre des régimes provinciaux d'assurance-maladie. Les employés qui participent à un programme de réadaptation ont encore droit à leur salaire et aux autres avantages sociaux.

L'ACLC a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) une plainte dans laquelle il était allégué que la Banque enfreignait l'art. 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en se livrant à un acte de discrimination directe, qui privait les personnes d'un emploi sur la base d'une déficience, soit la dépendance envers la drogue. En vertu de l'article 10, constitue un acte

or tends to deprive an individual or class of individuals, of an employment opportunity on a prohibited ground of discrimination. Section 3 lists disability as such a prohibited ground and section 25 defines disability as including dependence on a drug. The Human Rights Tribunal concluded that the reference to drugs in section 25 includes both licit and illicit drugs. It concluded that the CCLA failed to make out a *prima facie* case of discrimination, as no one had been denied employment under the Bank's policy on the basis of drug dependence. On judicial review the Motions Judge concluded that this was a case of adverse effect, or indirect, discrimination and that the Tribunal had erred in concluding that the policy was not discriminatory. The matter was remitted to the Tribunal for consideration of only the issue of whether the Bank's policy was rationally connected to job performance.

The issues were: (1) whether the Court had jurisdiction to address the issue of whether the policy constitutes direct discrimination because that issue was not raised as a ground for judicial review before the Motions Judge; (2) whether reference to "dependence on . . . a drug" in the definition of "disability" in section 25 was intended to extend protection to those dependent on "illegal" drugs; (3) whether the Bank's drug testing policy constituted a discriminatory practice within the meaning of section 10, which was broken down into four sub-issues: (i) whether the Bank's drug testing policy constituted *prima facie* discrimination; (ii) if so, whether the policy amounted to direct or indirect discrimination; (iii) if direct discrimination, whether the Tribunal erred in concluding that the *bona fide* occupational requirement (BFOR) defence was not available to the Bank; and (iv) if indirect discrimination, whether the Tribunal held that the rational connection test had not been met.

Held (Isaac C.J. *dissenting*), the appeal should be dismissed; and the cross-appeal should be allowed.

Per Robertson J.A.: (1) As to the jurisdictional issue, the CCLA's right to argue direct discrimination was fully debated before the Motions Judge, who ruled in its favour. As the pleadings were not so defective as to take the Bank by surprise, and from the outset the allegation of direct discrimination was at the centre of the legal controversy, the Motions Judge's decision respecting the sufficiency of the originating notice of motion was upheld.

discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait pour l'employeur de fixer des lignes de conduite. En vertu de l'article 3, la déficience est un motif de distinction illicite et en vertu de l'article 25, la déficience comprend la dépendance envers la drogue. Le Tribunal des droits de la personne a conclu que l'article 25 vise tant les drogues licites que les drogues illicites. Il a conclu que l'ACLCL n'avait pas fourni une preuve *prima facie* de discrimination, puisque personne ne se voyait refuser un emploi pour dépendance envers la drogue en vertu de la politique de la Banque. Dans le cadre du contrôle judiciaire, le juge des requêtes a conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou d'un cas de discrimination indirecte et que le Tribunal avait commis une erreur en concluant que la politique n'était pas discriminatoire. L'affaire a été renvoyée au Tribunal uniquement pour examen de la question de savoir si la politique de la Banque avait un lien rationnel avec le rendement au travail.

Les points litigieux étaient les suivants, à savoir: 1) La Cour avait-elle compétence pour examiner la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe, puisque cette question n'avait pas été soulevée comme motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes? 2) La «dépendance envers la drogue» dont il est fait mention à l'article 25 est-elle destinée à protéger les individus qui ont une dépendance envers des drogues «illégales»? 3) La politique de dépistage de drogues de la Banque constituait-elle un acte discriminatoire au sens de l'article 10? Cette question comprenait quatre questions accessoires, à savoir: i) La politique de dépistage de drogues de la Banque constituait-elle à première vue de la discrimination? ii) Dans l'affirmative, la politique équivalait-elle à de la discrimination directe ou à de la discrimination indirecte? iii) À supposer qu'il s'agisse de discrimination directe, le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la Banque ne pouvait pas invoquer une exigence professionnelle justifiée (EPJ) comme moyen de défense? (iv) À supposer qu'il s'agisse de discrimination indirecte, le Tribunal a-t-il statué que le critère relatif au lien rationnel n'avait pas été satisfait?

Arrêt (le juge en chef Isaac, *dissentant*): l'appel doit être rejeté; l'appel incident doit être accueilli.

Le juge Robertson, J.C.A.: 1) En ce qui concerne la question de la compétence, la question de savoir si l'ACLCL avait le droit d'invoquer la discrimination directe a été pleinement débattue devant le juge des requêtes, qui a rendu une décision en faveur de l'ACLCL. Étant donné que les plaidoiries n'étaient pas défectueuses à un point tel que la Banque soit prise par surprise et puisque le litige était au départ axé sur l'allégation de discrimination directe, la décision que le juge des requêtes a rendue au sujet de la suffisance de l'avis de requête introductive d'instance a été confirmée.

(2) It would be contrary to the Supreme Court's approach to the interpretation of human rights legislation to construe section 25 narrowly by reading the word "legal" as modifying "dependence on . . . a drug". Dependence on illegal substances is just as, if not more, common than dependence on legal drugs. It would be impractical to protect only those dependent on so-called "legal" drugs as some of those might be obtained or used in an "illegal" fashion.

(3) The Bank's policy constituted a prohibited discriminatory practice.

(i) The Tribunal erred in concluding that the policy did not constitute *prima facie* discrimination. That finding was premised on the mistaken belief that a successful plea of reasonable accommodation can render non-discriminatory that which constitutes *prima facie* discrimination. A finding of reasonable accommodation does not negate the legal conclusion that an employment policy has a discriminatory effect on certain employees. The accommodation doctrine is a defence to *prima facie* discrimination, not a cleansing agent. The Tribunal also failed to appreciate that if an employment rule is not "reasonably necessary", or there is no "rational connection" between the rule and job performance, then it is irrelevant whether an employer is willing to accommodate its employees.

The argument that since all drug users (casual users and drug dependent persons) are treated identically, there can be no discrimination, was irrelevant. The issue was whether the Bank's policy tended to deprive drug dependent persons of employment opportunities. The Bank's drug testing policy constituted a *prima facie* discriminatory practice because it raised the likelihood of drug dependent employees losing their employment. An employment policy aimed at ensuring a work environment free of illegal drug use must necessarily impact negatively on those who are drug dependent.

(ii) The Bank's policy is directly discriminatory.

It was not indirectly discriminatory because it was not neutral. A policy designed to eliminate illegal drug use in the workplace will have an immediate or direct effect on drug dependent persons. A work rule that targets the removal of employees who fall within a class protected by human rights legislation is not neutral. An employment policy aimed at achieving a drug-free work environment

2) Il serait contraire à l'approche que la Cour suprême a adoptée en matière de droits de la personne d'interpréter l'article 25 strictement en y incorporant le mot «légal» de façon à modifier l'expression «dépendance envers la drogue». La dépendance envers les substances illégales est au moins aussi commune que la dépendance envers les drogues légales. Il ne serait pas pratique de protéger les individus qui ont une dépendance envers de soi-disant drogues «légales» puisque certaines drogues pourraient être obtenues ou utilisées d'une façon «illégal».

3) La politique de la Banque constituait un acte discriminatoire illicite.

i) Le Tribunal a commis une erreur en concluant que la politique ne constituait pas à première vue de la discrimination. Cette conclusion était fondée sur la conviction erronée que le fait que l'accommodement raisonnable est plaidé avec succès peut rendre non discriminatoire ce qui constitue à première vue de la discrimination. Le fait qu'il est conclu à l'existence d'un accommodement raisonnable n'empêche pas de tirer une conclusion de droit selon laquelle une politique d'emploi a un effet discriminatoire sur certains employés. La doctrine de l'accommodement constitue un moyen de défense lorsqu'il existe une preuve *prima facie* de discrimination; elle n'a pas pour effet d'éliminer pareille discrimination. Le Tribunal ne s'est pas rendu compte que si une règle d'emploi n'est pas «raisonnablement nécessaire», ou s'il n'existe aucun «lien rationnel» entre la règle et le rendement au travail, il importe peu que l'employeur veuille composer avec ses employés.

L'argument selon lequel, étant donné que tous les consommateurs de drogues (les consommateurs occasionnels ainsi que les individus qui ont une dépendance envers la drogue) sont traités de la même façon, il ne peut pas y avoir de discrimination n'était pas pertinent. Il s'agissait de savoir si la politique de la Banque était susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. La politique de dépistage de drogues de la Banque constituait à première vue un acte discriminatoire puisqu'il était possible que les employés qui avaient une dépendance envers la drogue perdent leur emploi. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail dans lequel on ne consomme pas de drogues illégales doit nécessairement avoir un effet préjudiciable sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

ii) La politique de la Banque constitue de la discrimination directe.

La politique ne constituait pas de la discrimination indirecte parce qu'elle n'était pas neutre. Une politique qui vise à éliminer la consommation de drogues illégales dans le milieu de travail aura un effet immédiat ou direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue. Une règle d'emploi qui vise à éliminer les employés qui appartiennent à une catégorie protégée par la législation sur les

should not be deemed neutral when by design it is directed at all those who use illegal drugs and, by necessity, those who are drug dependent.

To qualify as direct discrimination, a policy must be "discriminatory on its face". While the policy does not target a specific group for unequal treatment, the absence of an explicit reference to "drug dependent persons" in the Bank's policy is not fatal to a finding of direct discrimination. An impugned employment policy need not be patently exclusionary before qualifying as direct discrimination. Direct discrimination may also arise where the exclusion of a protected group is evident on a casual reading of the challenged policy. There is a sufficient proximity between the Bank's policy and the category of drug dependent persons so as to conclude that this was a case of direct discrimination.

(iii) In cases of direct discrimination an employer must satisfy the requirements of the BFOR test, otherwise the impugned work rule falls. In order to successfully invoke the BFOR defence the employer must establish on a balance of probabilities: (1) that the policy was imposed in good faith for a purpose related to job performance; and (2) is reasonably necessary to assure the efficient and economic performance of the work in question. The reasonable necessity component requires that the job qualification be rationally connected to the employment concerned, and that the policy is designed to ensure that it is met without placing an undue burden on those to whom it applies. This latter requirement imposes an obligation on an employer to show that there is no other more reasonable, or less intrusive alternative to the policy. The Tribunal correctly held that the BFOR defence was not available for the following reasons. There was no evidence of a drug problem within the Bank's workforce; and no causal relationship between illegal drug use and crime was established. The policy was not reasonably necessary to assure job performance. It would only qualify as reasonable if the Bank could demonstrate a serious threat to the Bank's other employees and the public, which it did not do. The Bank also failed to demonstrate that mandatory drug testing was the least intrusive of the reasonable methods for assessing job performance. Observation, the conventional method for assessing job performance, would achieve the same objectives without bringing into issue privacy concerns.

droits de la personne n'est pas neutre. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues ne devrait pas être considérée comme neutre lorsqu'elle est conçue de façon à s'appliquer à tous les individus qui utilisent des drogues illégales et, nécessairement, à ceux qui ont une dépendance envers la drogue.

Pour être considérée comme de la discrimination directe, la politique doit être «à première vue discriminatoire». La politique ne vise pas à traiter différemment un groupe précis, mais le fait que les «individus qui ont une dépendance envers la drogue» ne sont pas expressément mentionnés dans la politique de la Banque n'est pas fatal aux fins d'une conclusion de discrimination directe. Une politique d'emploi contestée n'a pas à être manifestement restrictive pour qu'il soit possible de la considérer comme de la discrimination directe. Il peut également y avoir discrimination directe lorsque l'exclusion d'un groupe protégé est évidente sur simple lecture de la politique contestée. Il existe entre la politique de la Banque et la catégorie des individus qui ont une dépendance envers la drogue un lien suffisant pour permettre de conclure à la discrimination directe.

iii) Dans les cas de discrimination directe, l'employeur doit satisfaire aux exigences du moyen de défense fondé sur une EPJ, à défaut de quoi la règle d'emploi contestée doit être rejetée. Pour que l'employeur fasse valoir avec succès un moyen de défense fondé sur une EPJ, il doit établir selon la prépondérance des probabilités: 1) qu'il était de bonne foi en imposant la politique, et ce, à des fins liées au rendement professionnel; 2) que la politique est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail en question. Selon l'élément relatif à la nécessité raisonnable, l'exigence professionnelle doit avoir un lien rationnel avec l'emploi en question et la politique doit être conçue de façon que l'exigence puisse être satisfaite sans imposer un fardeau excessif aux personnes concernées. Cette dernière exigence impose à l'employeur l'obligation de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution plus raisonnable ou de caractère moins attentatoire. Le Tribunal a conclu avec raison que le moyen de défense fondé sur une EPJ ne pouvait pas être invoqué, et ce, pour les raisons suivantes. La preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un problème de toxicomanie parmi les employés de la Banque; l'existence d'une relation de cause à effet entre la consommation de drogues illégales et la criminalité n'a pas été établie. La politique n'était pas raisonnablement nécessaire pour assurer le rendement au travail. Elle pourrait uniquement être considérée comme raisonnable si la Banque réussissait à démontrer l'existence d'une menace sérieuse pour les autres employés de la Banque et le public, ce qu'elle n'a pas réussi à démontrer. La Banque a en outre omis de démontrer que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire était la méthode la moins attentatoire. L'observation, soit la méthode d'évaluation habituelle, permet d'atteindre les mêmes

(iv) The Bank's policy failed even if it constitutes indirect discrimination. In cases of "indirect discrimination", the "rational connection" test applies. That there is a difference between the reasonably necessary and rational connection tests must be accepted as a matter of judicial doctrine. Whether or not the distinction is rationally supported is a matter on which the Supreme Court should adjudicate. The "rational connection test" does not impose an obligation on the employer to establish that other reasonable and less burdensome alternatives to the neutral work rule are available. The Tribunal found that there was no rational connection between the Bank's policy and the performance of the job in the context of the BFOR defence. That finding is equally applicable in the context of the accommodation issue. At best, the Bank's policy reveals whether an employee has been exposed to certain illegal drugs within a certain time frame. Such information reveals nothing about an employee's ability to perform the job in question.

Per McDonald J.A.: (i) The Bank's drug testing policy *prima facie* discriminates against drug dependent employees.

(ii), (iii) The Bank's drug testing policy constitutes adverse effect discrimination because, while the rule that those who test positive three times or refuse to undergo a urinalysis test are dismissed applies equally to all new and returning employees, it impacts adversely on those employees who are dependent on drugs. The policy, therefore, fits directly within the definition of adverse effect discrimination: it is an employment rule that is equally applicable to all to whom it is intended to apply, but is discriminatory because it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. While the reason for dismissal may be a result of the "persistent" use of an illegal substance, nevertheless, the rule directly impacts more negatively on a protected class of individuals under the *Canadian Human Rights Act* — drug dependent users.

The policy is not direct discrimination because it is designed to catch all drug users not merely drug dependent users. It is only because it is designed to catch all drug users that drug dependent employees are caught. While the rule negatively impacts on drug dependent users, it does not directly discriminate against only them. Drug dependent users are the only individuals protected from this policy under the Act. Furthermore, it should not be assumed that a drug testing policy can never be neutral. A policy aimed at

objectifs sans poser de problèmes sur le plan de la vie privée.

(iv) La politique de la Banque doit être rejetée même si elle constitue de la discrimination indirecte. Dans les cas de «discrimination indirecte», le critère relatif au «lien rationnel» s'applique. Le fait qu'il existe une différence entre le critère relatif au caractère raisonnablement nécessaire et le critère relatif au lien rationnel doit être reconnu en tant que doctrine judiciaire. La Cour suprême devrait se prononcer sur la question de savoir si la distinction est rationnellement justifiée. Le «critère relatif au lien rationnel» n'oblige pas l'employeur à établir qu'il existe d'autres solutions raisonnables moins contraignantes. Le Tribunal a conclu qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre la politique de la Banque et le rendement au travail dans le contexte du moyen de défense fondé sur une EPJ. Cette conclusion s'applique également dans le contexte de l'accommodement. Au mieux, la politique de la Banque montre si un employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Pareil renseignement ne révèle rien au sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question.

Le juge McDonald, J.C.A.: i) La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue à première vue de la discrimination à l'endroit des employés qui ont une dépendance envers la drogue.

ii), (iii) La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce que, même si la règle prévoyant le congédiement des individus dont le test donne un résultat positif à trois reprises ou qui refusent de se soumettre à une analyse d'urine s'applique également à tous les employés nouveaux ou réembauchés, elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue. La politique est donc directement visée par la définition de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable: il s'agit d'une règle d'emploi qui s'applique également à tous ceux qu'elle vise, mais elle est discriminatoire parce qu'elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Le congédiement peut résulter de la consommation «chronique» d'une substance illégale, mais la règle cause néanmoins un préjudice plus grave à une catégorie d'individus protégée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

La politique ne constitue pas de la discrimination directe parce qu'elle vise tant les consommateurs occasionnels que ceux qui ont une dépendance envers la drogue. Ce n'est que parce qu'elle vise à identifier tous les consommateurs de drogues que les employés qui ont une dépendance envers la drogue sont identifiés. La règle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, mais elle ne constitue pas de la discrimination directe uniquement à l'égard de ces employés. Les employés qui ont une

achieving a drug- and alcohol-free-work place can be neutral if it is concerned with work performance and seeks to rehabilitate those whose work performance has been affected as a result of their drug dependency. Indeed, drug testing in safety sensitive industries is allowed and pursued. The concern, therefore, should be to ensure that the policy is designed to meet the requirements of the CHRA rather than with banning these policies altogether. It makes sound economic and business sense to have in place a procedure to help those whose work performance is affected by a drug dependency. Finally, Robertson J.A.'s approach to the discrimination issue essentially eliminates the need for the adverse effect discrimination category. This may not be a desirable result, particularly in the context of alcohol and drug policies. The BFOR defence which is applied once a finding of direct discrimination is made, does not impose the duty of reasonable accommodation on the employer. Issues such as drug testing are more appropriately dealt with under the adverse effect discrimination category given that an employer will be required to accommodate the disabled employee, as this is the most effective way of ensuring that drug testing policies are tailored to meet the needs of the drug dependent as well as business.

(iv) A pre-condition to the determination of whether accommodation is made out is that the rule be rationally related to employment. The Bank's policy was not rationally related to its objective. It was under-inclusive. What had to be addressed was whether the policy was implemented for sound economic or business reasons. It is not sound economic or business policy to implement drug testing when that testing only affects a small portion of employees, and there is no evidence to suggest that employee work performance is being affected by drugs. Both the Motions Judge and the Tribunal should have considered the issue of work performance in their analyses. To comply with the reasonable accommodation component an employee cannot be tested unless after receiving treatment his or her work performance remains inadequate. Only then is the Bank justified in re-testing and dismissing the employee if the poor performance is related to drugs. When dealing with adverse effect discrimination in order to accommodate employees with drug testing problems, there must be objective evidence of poor performance. As the Bank's policy is not tied to concerns with employee job performance (as employees are never given a chance to work before being required to take the drug test, and because an employee who has received

dépendance envers la drogue sont les seuls individus que la Loi protège contre cette politique. En outre, il ne faudrait pas présumer qu'une politique de dépistage de drogues ne peut jamais être neutre. Une politique qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues et d'alcool peut être neutre si elle se rapporte au rendement professionnel et si elle vise à permettre la réadaptation des employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue. De fait, le dépistage des drogues dans les industries où la sécurité est essentielle est autorisé et effectué. Il faudrait donc s'assurer que la politique soit conçue de façon à satisfaire aux exigences de la LDCP plutôt que l'interdire carrément. Il est sensé, sur le plan économique et commercial, de prendre des mesures destinées à aider les employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue. Enfin, l'approche que le juge Robertson a adoptée à l'égard de la question de la discrimination a essentiellement pour effet d'éliminer la nécessité d'établir une catégorie à l'égard de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cela n'est peut-être pas un résultat souhaitable, en particulier dans le contexte des politiques concernant l'abus d'alcool et de drogues. Le moyen de défense fondé sur une EPJ qui s'applique une fois qu'il a été conclu à la discrimination directe n'oblige pas l'employeur à assurer un accommodement raisonnable. Il est préférable d'examiner les questions telles que le dépistage des drogues dans le contexte de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable étant donné que l'employeur sera tenu de composer avec l'employé atteint d'une déficience, puisque c'est la meilleure façon de s'assurer que les politiques de dépistage de drogues soient conçues de façon à satisfaire aux besoins des individus qui ont une dépendance envers la drogue ainsi qu'aux besoins de l'entreprise.

iv) Pour déterminer s'il y a eu accommodement, il faut que la règle ait un lien rationnel avec l'emploi. La politique de la Banque n'avait pas de lien rationnel avec son objectif. Elle n'était pas globale. Il s'agissait de savoir si la politique avait été mise en œuvre pour de bonnes raisons économiques et commerciales. L'application d'une politique de dépistage qui ne touche qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogue influe sur le rendement des employés, n'est pas une bonne politique économique ou commerciale. Le juge des requêtes et le Tribunal auraient dû tenir compte de la question du rendement professionnel dans leurs analyses. Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé si, après traitement, son rendement professionnel continue à être non satisfaisant. Ce n'est qu'à cette condition que la Banque peut à juste titre faire subir un nouveau test à l'employé et le congédier si son mauvais rendement est attribuable à la consommation de drogues. Dans un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, pour composer avec les employés dont le test de dépistage donne un résultat positif, il doit exister des éléments de preuve objectifs de leur mauvais rendement. Étant donné que la politique de la

treatment is tested again regardless of his or her work performance), it has not satisfied the duty to accommodate. The Bank's drug testing policy constitutes a prohibited discriminatory practice within *Canadian Human Rights Act*, section 10.

Per Isaac C.J. (dissenting): The appeal should be allowed. (1) This Court had not only the jurisdiction, but also the duty, to address the issue of whether the policy constitutes direct discrimination. Although the Motions Judge's reasons did not deal with the issue of direct discrimination, it was clear from the manner in which she formulated the issues before her that the issue of direct discrimination was one that she had to address. Her failure to address it did not transform the issue into a new one raised for the first time on appeal, particularly since the Tribunal had addressed that issue, albeit in *obiter*. Furthermore, the underlying principle is that an appellant may not raise a point that was not pleaded or argued at trial, unless all relevant evidence is on record. However, a new issue may be addressed in cases in which the question is one of law upon which further evidence is not required. The issue whether the policy constitutes direct discrimination is one of law. All the evidence relevant to resolution of that issue had been adduced before the Tribunal. The issue was argued before the Tribunal and the appellant had, at that time, the opportunity to produce any evidence required to deal with it. Finally, the argument was based on the record and not on new evidence.

(2) The purpose of the *Canadian Human Rights Act* as set out in section 2 is to extend the laws in Canada so that every individual should have an equal opportunity to make the life that he is able and wishes to have, consistent with his duties and obligations as a member of society. Thus, section 2 limits the rights protected in the Act. All members of society have an obligation to obey the laws of Canada, including the prohibitions expressed or implied in the *Narcotic Control Act*. Section 25 must be construed as extending its limitation only to dependent drug users willing to rehabilitate and end their illegal use of narcotics.

(3) The order appealed from was wrong in law. The Motions Judge misapprehended totally the Tribunal's reasons for concluding that the policy did not amount to discrimination. The Tribunal made several findings in relation to the policy, based on which it concluded that the Bank's policy did not constitute discrimination on a prohibited ground. In light of those findings the Motions Judge

Banque n'a rien à voir avec la question du mauvais rendement (puisque les employés n'ont jamais la possibilité de travailler avant d'avoir à subir un test de dépistage, et que l'employé qui a suivi un traitement doit se soumettre à un autre test indépendamment de son rendement au travail), l'obligation d'accommodement n'est pas satisfaite. La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le juge en chef Isaac (*dissident*): L'appel doit être accueilli. 1) Cette Cour avait non seulement compétence, mais aussi l'obligation d'examiner la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe. Le juge des requêtes n'a pas examiné la question de la discrimination directe dans ses motifs, mais il ressortait clairement de la façon dont les questions ont été formulées qu'il fallait traiter de la discrimination directe. L'omission de le faire ne faisait pas de la discrimination directe une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel, d'autant plus que le Tribunal avait traité de cette question, quoique dans le cadre d'une remarque incidente. En outre, le principe fondamental est que l'appelant ne peut pas soulever un point qui n'a pas été plaidé ou débattu en première instance, à moins que tous les éléments de preuve pertinents ne figurent dans le dossier. Toutefois, une nouvelle question de droit peut être examinée dans la mesure où il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve. La question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe est une question de droit. Le Tribunal disposait de tous les éléments de preuve pertinents pour qu'il soit possible de régler la question. La question a été débattue devant le Tribunal et l'appelante avait à ce moment-là eu la possibilité de présenter tout élément de preuve nécessaire. Enfin, l'argument était fondé sur le dossier plutôt que sur de nouveaux éléments de preuve.

2) L'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit que la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne de façon à reconnaître le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement. L'article 2 renferme donc une restriction à l'égard des droits protégés par la Loi. Tous les membres de la société ont l'obligation de se conformer à la législation canadienne, y compris aux interdictions établies expressément ou non par la *Loi sur les stupéfiants*. L'article 25 doit être interprété de façon à s'appliquer uniquement aux individus dépendants envers la drogue qui veulent se réadapter et cesser d'utiliser illégalement des stupéfiants.

3) L'ordonnance faisant l'objet de l'appel était erronée en droit. Le juge des requêtes n'a pas du tout compris pour quels motifs le Tribunal avait conclu que la politique n'équivalait pas à de la discrimination. Le Tribunal a tiré plusieurs conclusions au sujet de la politique, et a conclu qu'elle ne constituait pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite. Compte tenu de ces conclusions, le

erred in saying that the Tribunal decided that there was no discrimination because termination under the policy applied to both drug dependent employees and persistent casual users. This error fettered the Motions Judge's ability to consider and assess the legal validity of the reasons which the Tribunal gave for its decision. The Motions Judge also erred in attributing to the Tribunal a finding of fact that, under the policy, drug dependent employees are terminated by reason of their dependency, which the Tribunal had not made. The Tribunal concluded that dismissal was for breach of a condition of employment and therefore was not discriminatory. There was no basis in the record for that assertion. This error formed the basis for subsequent analysis and conclusion that this was a case of adverse effect discrimination and that the Panel erred in concluding that the policy did not constitute discrimination. In so concluding, the Motions Judge did not show that the Panel had made any error in fact or in law that affected its decision. The standard of review applicable to the Tribunal's decision is that of correctness. Absent a showing that the Tribunal was wrong in law or in fact, a reviewing court ought not to interfere with its decision.

(i) Any policy which deprives or tends to deprive a person of employment on the basis of a drug dependence is, arguably, a *prima facie* discriminatory practice. The policy provides that employees who do not comply with the policy by repeatedly testing positive for drugs face termination. That the appellant accommodates employees through rehabilitation programs and counselling does not mean that employees who repeatedly test positive for drugs do not risk termination. Among the employees who risk termination are those who are persistent, yet casual drug users, and those who are dependent on drugs. Therefore, the policy could be said to have the effect of depriving or tending to deprive drug dependent persons of employment and thus to constitute a case of *prima facie* discrimination within the meaning of section 10.

(ii) Direct discrimination occurs in the context of employment when an employer adopts a practice or a policy which "on its face" discriminates on a prohibited ground. The Bank policy did not, on its face, prevent anyone from gaining or maintaining employment with the appellant; employees who test positive for drug use and continue to participate in rehabilitation programs will not be terminated for that reason alone. An individual who refuses to submit to the initial drug test, or who refuses to comply with other requirements of the policy will have breached a condition of employment and be deemed to have rejected the appellant's

juge des requêtes a commis une erreur en disant que le Tribunal avait décidé qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le congédiement en vertu de la politique visait tant les employés dépendants envers la drogue que les usagers occasionnels chroniques. Cette erreur avait pour effet de porter atteinte à la capacité du juge d'examiner et d'évaluer le bien-fondé, sur le plan juridique, des motifs que le Tribunal avait donnés à l'appui de sa décision. Le juge des requêtes a également commis une erreur en attribuant au Tribunal une conclusion de fait que celle-ci n'avait pas tirée, à savoir qu'en vertu de la politique, les employés dépendants envers la drogue étaient congédiés à cause de leur dépendance. Le Tribunal avait conclu que le congédiement résultait de la violation d'une condition d'emploi et qu'il n'était donc pas discriminatoire. Rien ne justifiait au vu du dossier cette assertion. Cette erreur a servi de fondement à l'analyse subséquente et à la conclusion voulant qu'il s'agisse d'une affaire de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que le Tribunal ait commis une erreur en concluant que la politique ne constituait pas de la discrimination. En tirant cette conclusion, le juge des requêtes n'a pas démontré que le Tribunal avait commis une erreur de fait ou de droit influant sur sa décision. La norme de contrôle qui s'applique à la décision du Tribunal est celle de la justesse. S'il n'est pas établi que le Tribunal a commis une erreur de droit ou de fait, la cour de révision ne devrait pas intervenir.

i) Toute politique qui est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu du fait qu'il a une dépendance envers la drogue est probablement à première vue un acte discriminatoire. La politique prévoit que les employés qui ne se conforment pas à la politique et qui obtiennent constamment un résultat positif risquent d'être congédiés. Le fait que l'appelante compose avec l'employé au moyen de programmes de réadaptation et de counselling ne veut pas dire que l'employé ne risque pas d'être congédié, si les tests qu'il subit donnent toujours un résultat positif. Parmi les employés qui risquent d'être congédiés, il y a ceux qui continuent à utiliser des drogues, même s'il ne s'agit que de consommateurs occasionnels, et ceux qui ont une dépendance envers la drogue. Par conséquent, il serait possible de dire que la politique est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'individus qui ont une dépendance envers la drogue et qu'elle constitue donc à première vue de la discrimination au sens de l'article 10.

ii) Il y a discrimination directe dans le contexte de l'emploi lorsque l'employeur adopte une ligne de conduite qui, «à première vue», crée une distinction illicite. À première vue, la politique de la Banque n'empêchait pas qui que ce soit d'obtenir ou de continuer à exercer un emploi auprès de l'appelante; si le test donnait un résultat positif et si l'employé continuait à participer aux programmes de réadaptation, il n'était pas mis fin à son emploi pour cette seule raison. L'individu qui refusait de se soumettre au test de dépistage initial, ou qui refusait de se conformer aux autres exigences de la politique, violait une condition

offer of employment, thus risking termination by reason of the breach. The policy is concerned with treating employees with a drug abuse problem fairly and with respect. It is clearly rehabilitative, not punitive. Since the Act does not protect the right to use illegal drugs, but only protects against specific discriminatory practices on enumerated grounds such as drug dependence, the policy does not constitute discrimination on a prohibited ground. It cannot be inferred from the policy that the appellant perceived employees who test positive for drugs as suffering from a disability. The policy applies to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for that use. Since employees who persist in using illegal drugs risk dismissal whether or not they are dependent on drugs, the policy cannot be construed as constituting direct discrimination against drug dependent employees.

Adverse effect discrimination arises when an employer, for genuine business reasons, adopts a rule or standard which is, on its face, neutral, and which will apply to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes obligations or restrictive conditions not imposed on others to whom it may apply. The policy is an employment rule, honestly made for economic or business reasons. It is equally applicable to all employees. Those who test positive on three occasions are at risk of being terminated. Among those who face termination are employees who are casual, yet persistent users as well as those who are dependent on drugs. Therefore, the application of the policy results in the termination of a class of employees which comes within the Act's definition of "disability" under section 25. The policy constitutes adverse effect discrimination.

(iv) The test for reasonable accommodation is that the policy must be rationally related to job performance, and the employer must accommodate the employee up to the point of undue hardship. The underlying concerns of the policy are to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees and to safeguard customer, employee and the appellant's funds and information and protect the appellant's reputation. The policy also acknowledges the impact of drugs on work performance in that it affects alertness, perception, and other working abilities. Since the test for rational connection in the context of adverse effect discrimination is not as strict as the "reasonable necessity" test of the BFOR defence, the policy was developed and adopted for sound economic reasons and satisfies the rational

d'emploi et était réputé avoir rejeté l'offre d'emploi, de sorte qu'il risquait d'être congédié. La politique visait à traiter les employés qui avaient un problème de toxicomanie d'une manière juste et avec respect. Elle visait clairement à assurer la réadaptation et non à punir l'employé. Étant donné que la Loi ne protège pas le droit d'utiliser des drogues illégales, mais assure uniquement une protection contre des actes discriminatoires précis pour des motifs énumérés comme la dépendance envers la drogue, la politique ne crée pas de distinction illicite. La politique ne permet pas d'inférer que l'appelante présumait que les employés dont le test donnait un résultat positif étaient atteints d'une déficience. La politique s'applique de façon à interdire l'utilisation continue de drogues illégales indépendamment du motif de cette utilisation. Étant donné que les employés qui continuent à utiliser des drogues illégales risquent d'être congédiés, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une dépendance envers la drogue, la politique ne peut pas être interprétée comme constituant de la discrimination directe à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue.

Il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique à tous les employés, mais qui crée une distinction illicite à l'égard d'un seul employé ou d'un groupe d'employés, en ce sens qu'elle leur impose des obligations ou des conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres employés. La politique est une règle d'emploi qui a honnêtement été adoptée pour des raisons économiques et commerciales. Elle s'applique également à tous les employés. L'employé dont le test donne un résultat positif à trois reprises risque d'être congédié. Parmi les employés qui s'exposent à une cessation d'emploi, il y a les employés qui utilisent de la drogue occasionnellement quoique d'une façon chronique, ainsi que ceux qui ont une dépendance envers la drogue. L'application de la politique donne donc lieu au congédiement d'une catégorie d'employés qui est visée par l'article 25 de la Loi. La politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

iv) Selon le critère relatif à l'accommodement raisonnable, la politique doit avoir un lien rationnel avec le rendement au travail, et l'employeur doit composer avec l'employé sans pour autant subir de contrainte excessive. La politique vise fondamentalement à assurer un milieu de travail sain, sécuritaire et productif pour tous les employés et à protéger les fonds des clients, des employés et de l'appelante ainsi que les renseignements y afférents, et à maintenir la réputation de l'appelante. La politique reconnaît également l'effet des drogues sur le rendement au travail en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail. Étant donné que le critère relatif au lien rationnel, dans le contexte de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, n'est pas aussi strict que le critère relatif à la «nécessité

connection portion of the reasonable accommodation defence.

Accommodation is an integral part of the policy. The operation of the policy is consistent with its stated rehabilitative purpose: no employee testing positive on an initial drug test will be terminated because of a positive test result. The initial positive result remains confidential and undisclosed. Counselling and further rehabilitation programs are offered to employees testing positively on subsequent drug tests before any change in the employee's status is considered. Employees face only dismissal if they refuse to participate in a drug test or in a rehabilitation program or fail rehabilitation efforts and continue in their use of illegal drugs. Further, even in those situations, a review of the specific circumstances of the employee concerned is undertaken before any final decision is made about termination in order to ensure that the employee has been given every opportunity to rehabilitate and to comply with the policy. By its terms, the policy provides reasonable accommodation for affected employees and to require the appellant to do more would be unreasonable. The policy does accommodate affected employees to the point of undue hardship.

raisonnable» s'appliquant au moyen de défense fondé sur une EPJ, la politique a été élaborée et adoptée pour de bonnes raisons économiques et satisfait à l'élément «lien rationnel» du moyen de défense fondé sur l'accommodement raisonnable.

L'accommodement fait partie intégrante de la politique. L'application de la politique est conforme au but de réadaptation énoncé: aucun employé dont le test initial donne un résultat positif ne sera congédié à cause de ce résultat. Le résultat positif initial demeure confidentiel et n'est pas communiqué. Des programmes de counselling et de réadaptation sont offerts aux employés qui obtiennent un résultat positif lorsque des tests subséquents sont effectués avant qu'on envisage de modifier leur statut. L'employé ne risque d'être congédié que s'il refuse de subir un test de dépistage ou de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation échouent et si l'employé continue à consommer des drogues illégales. En outre, même en pareil cas, la situation particulière de l'employé concerné est examinée avant qu'une décision définitive soit prise au sujet de la cessation d'emploi, afin d'assurer que l'employé ait pleinement eu la possibilité de se réadapter et de se conformer à la politique. La politique prévoit expressément un accommodement raisonnable pour les employés touchés et il serait déraisonnable d'obliger l'appelante à en faire plus. La politique prévoit des mesures d'accommodement pour les employés touchés jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 3(1), 10, 25 "disability", 40(1),(5)(b).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19.
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, ss. 2 "narcotic", 3(1), Sch.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Ontario Human*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 3(1), 10, 25 «déficience», 40(1),(5)b).
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «stupéfiant», 3(1), ann.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.S.C. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12

Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

CONSIDERED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Entrop v. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Ont. Bd. Inq.); affd *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. No. 422 (Gen. Div.) (QL); *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; (1994), 115 D.L.R. (4th) 609; 21 Admin. L.R. (2d) 169; 4 C.C.E.L. (2d) 165; 94 CLLC 17,023; 169 N.R. 281; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 16 C.H.R.R. D/425; 141 N.R. 185; 24 W.A.C. 245; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1993] C.H.R.D. No. 9 (QL); *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; (1996), 31 O.R. (3d) 574; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 18 C.H.R.R. D/152; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Lamb v. Kincaid (1907), 38 S.C.R. 516; 27 C.L.T. 489; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 72 B.C.A.C. 1; 25 C.H.R.R. D/87; 194 N.R. 81; 119 W.A.C. 1; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R.

O.A.C. 241; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 24 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Entrop v. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Comm. d'enquête de l'Ont.); conf. par *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. n° 422 (Div. gén.) (QL); *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; (1994), 115 D.L.R. (4th) 609; 21 Admin. L.R. (2d) 169; 4 C.C.E.L. (2d) 165; 94 CLLC 17,023; 169 N.R. 281; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; [1992] 6 W.W.R. 193; (1992), 71 B.C.L.R. (2d) 145; 13 B.C.A.C. 245; 16 C.H.R.R. D/425; 141 N.R. 185; 24 W.A.C. 245; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Thwaites c. Canada (Forces Armées Canadiennes)*, [1993] D.C.D.P. n° 9 (QL); *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; (1996), 31 O.R. (3d) 574; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33; 18 C.H.R.R. D/152; 92 CLLC 17,031; 142 N.R. 188 (C.A.F.).

DÉCISIONS CITÉES:

Lamb v. Kincaid (1907), 38 S.C.R. 516; 27 C.L.T. 489; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R. 1; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; 18 B.C.L.R. (3d) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 1; 72 B.C.A.C. 1; 25 C.H.R.R. D/87; 194 N.R. 81; 119 W.A.C. 1; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; (1996), 133 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (2d) 131; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3

513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733; (1995), 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/1; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81.

R.C.S. 624; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; C.E.B. & P.G.R. 8216; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; (1987), 40 D.L.R. (4th) 577; 8 C.H.R.R. D/4326; 87 CLLC 17,025; 75 N.R. 303; *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733; (1995), 128 D.L.R. (4th) 193; 14 C.C.E.L. (2d) 177; 95 CLLC 230-033; 24 C.H.R.R. D/1; 188 N.R. 124; 86 O.A.C. 81.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 115 (21 December 1982).

Day, Shelagh and Gwen Brodsky. "The Duty to Accommodate: Who will Benefit" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433.

Etherington, Brian. "Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.*

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

Sopinka, John and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

DOCTRINE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 115 (21 décembre 1982).

Day, Shelagh et Gwen Brodsky. «The Duty to Accommodate: Who will Benefit» (1996), 75 *R. du B. can.* 433.

Etherington, Brian. «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada's Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

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

Sopinka, John et Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*. Toronto: Butterworths, 1993.

APPEAL from Motions Judge's order (*Canadian Civil Liberties Assn. v. Toronto-Dominion Bank* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229; 25 C.H.R.R. D/373; 96 CLLC 230-021; 112 F.T.R. 127 (F.C.T.D.)) setting aside the Human Rights Tribunal's decision (*Canadian Civil Liberties Assn. v. Toronto-Dominion Bank* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196; 22 C.H.R.R. D/301; 94 CLLC 17,026 (H.R.T.)) that the Toronto-Dominion Bank's substance abuse policy did not discriminate against drug dependent persons; and cross-appeal from the Motions Judge's finding that the policy did not constitute direct discrimination. Appeal dismissed; cross-appeal allowed.

APPEL d'une ordonnance du juge des requêtes (*Assoc. canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion* (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229; 25 C.H.R.R. D/373; 96 CLLC 230-021; 112 F.T.R. 127 (C.F. 1^{re} inst.)) infirmant la décision du Tribunal des droits de la personne (*Assoc. canadienne des libertés civiles c. Banque Toronto-Dominion* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196; 22 C.H.R.R. D/301; 94 CLLC 17,026 (T.D.P.)) selon laquelle la politique sur l'abus des drogues et de médicaments de la Banque Toronto-Dominion ne faisait pas de distinction illicite à l'égard des individus ayant une dépendance envers la drogue; appel incident de la décision du juge des requêtes portant que la politique ne constituait pas de la discrimination directe. Appel rejeté; appel incident accueilli.

APPEARANCES:

Robert P. Armstrong, Q.C. and *Steve J. Tenai* for appellant.

René Duval and *Eddie Taylor* for respondent Canadian Human Rights Commission.

Martin J. Doane and *Laura Young* for respondent Canadian Civil Liberties Association.

ONT COMPARU:

Robert P. Armstrong, c.r. et *Steve J. Tenai* pour l'appelante.

René Duval et *Eddie Taylor* pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Martin J. Doane et *Laura Young* pour l'Association canadienne des libertés civiles, intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, for appellant.

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

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, for respondent Canadian Civil Liberties Association.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] ISAAC C.J. (*dissenting*): The Toronto-Dominion Bank (the appellant) appeals from an order of the Trial Division made on 22 April 1996 [(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229], on an application by the Canadian Human Rights Commission (the Commission) for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal Panel [(1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196] (the Panel) that the Alcoholism and Substance Abuse Policy (the policy) of the appellant does not discriminate against drug dependent persons.

[2] The order in appeal set aside the decision of the Panel and remitted the matter to them for a further hearing “only on the issue of whether the policy against alcoholism and illegal drug use . . . is rationally related to the performance of the job”. The order also gave directions to the Panel: if the Panel concluded that there was no rational connection between the policy and the job performance, then it should dismiss the complaint of the Canadian Civil Liberties Association (the CCLA) against the appellant; however, if the Panel reached a contrary conclusion “it will . . . conclude that the policy involved adverse effect discrimination which has not been accommodated and, therefore, violates section 10 of the *Canadian Human Rights Act*”.¹

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto, pour l'appelante.

René Duval, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.

Gowling, Strathy & Henderson, Toronto, pour l'Association canadienne des libertés civiles, intimée.

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

[1] LE JUGE EN CHEF ISAAC (*dissent*): La Banque Toronto-Dominion (l'appelante) interjette appel contre une ordonnance rendue par la Section de première instance le 22 avril 1996 [(1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229] à la suite d'une demande que la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) avait présentée en vue d'obtenir le contrôle judiciaire d'une décision d'une formation du Tribunal des droits de la personne du Canada [(1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196] (la formation), portant que la politique sur l'alcoolisme et l'abus de drogues ou de médicaments (la politique) de l'appelante ne crée pas de distinction illicite à l'égard des individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[2] L'ordonnance rendue en appel infirmait la décision de la formation et renvoyait l'affaire au Tribunal pour qu'une autre audience soit tenue «seulement sur la question de savoir si la politique . . . contre l'alcoolisme et l'usage de drogues illégales . . . présente un lien rationnel avec le rendement professionnel». L'ordonnance renfermait également des directives à l'intention de la formation: si la formation concluait qu'il n'y avait pas de lien rationnel entre la politique et le rendement professionnel, elle devait rejeter la plainte portée contre l'appelante par l'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLIC); toutefois, si la formation arrivait à une conclusion contraire, elle devait «décider . . . que la politique crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui n'a pas fait l'objet d'un accommodement, et dès lors, viole l'article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*»¹.

[3] The CCLA, for its part, cross-appeals from the order on the issue whether the policy of the appellant constitutes direct discrimination.

[4] The principal issue raised by the appeal and the cross-appeal is whether the policy discriminates against drug dependent persons.

Background Facts

[5] The appellant has over 900 branches and employs about 30 200 persons. In or about 1987, officials from the Government of Canada approached the appellant and other financial institutions expressing concern about possible laundering of money obtained as the proceeds of crime. They asked financial institutions to review and tighten their policies and controls in order to protect against such activity.

[6] In response to this request and to an internal concern that the general problem in society relating to the abuse of illicit drugs might also exist within the appellant, the appellant decided to develop a policy on alcoholism and substance abuse. With the assistance of external consultants, the appellant developed a policy which includes a provision for drug testing. It reads in part:²

Consistent with the Bank's commitment to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees, to safeguard Bank and customer funds and information, and to protect the Bank's reputation, the following measures have been adopted in an effort to provide a work environment that is free from both alcohol abuse and illegal drug use.

Each senior executive is demonstrating support for the Bank's commitment to a drug-free workplace by submitting to a drug test as part of the annual medical examination.

New employees, full-time, part-time, contract and students will be tested for drug use upon acceptance of employment. This will include all former TD employees rehired after an absence of three months or more.

[3] De son côté, l'ACLC interjette un appel incident contre l'ordonnance au sujet de la question de savoir si la politique de l'appelante constitue de la discrimination directe.

[4] La principale question soulevée dans l'appel et dans l'appel incident est celle de savoir si la politique crée une distinction illicite à l'égard des individus qui ont une dépendance envers la drogue.

Les faits

[5] L'appelante a plus de 900 succursales et compte environ 30 200 employés. Vers 1987, des représentants du gouvernement fédéral ont fait part à l'appelante et à d'autres institutions financières des inquiétudes que suscitait le recyclage possible de l'argent constituant un produit de la criminalité. Ils ont demandé aux institutions financières de revoir et de resserrer leurs politiques et leurs contrôles afin de se protéger contre pareilles activités.

[6] En réponse à cette demande et parce qu'elle s'inquiétait de ce que le problème général qui existait dans la société à l'égard de l'abus de drogues illicites puisse également exister au sein de l'organisme, l'appelante a décidé d'élaborer une politique sur l'alcoolisme et l'abus de drogues ou de médicaments. Avec l'aide de conseillers indépendants, l'appelante a élaboré une politique qui prévoit le dépistage des drogues. Cette politique se lit en partie comme suit²:

[TRADUCTION] Conformément à l'engagement de la Banque à assurer un milieu de travail sain et sécuritaire pour tous les employés, à protéger les fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que toute information s'y rapportant, et à préserver sa réputation, les mesures suivantes ont été adoptées afin de créer un milieu de travail exempt d'alcool et de drogues illégales.

Chaque dirigeant manifeste son appui à l'engagement de la Banque d'assurer un milieu de travail exempt de drogues en suivant un test de dépistage de drogue au cours de l'examen médical annuel des membres de la direction.

Obligation pour les nouveaux employés, à temps plein ou à temps partiel, les contractuels et les étudiants acceptant un emploi à la Banque de subir un test de dépistage de drogue. Cette mesure englobe les anciens (anciennes) employé(e)s TD réembauché(e)s après une absence d'au moins trois mois.

Present employees will be referred for a Health Assessment which may or may not include a drug test in situations where there are strong grounds to believe that poor job performance, unusual personal behaviour, serious errors in judgment, or violations of the "Guidelines of Conduct" are related to alcohol abuse or illegal drug use. [Emphasis added.]

[7] It is clear, then, that the policy applies to all the employees of the appellant, although it is mandatory for only some. The appellant's concerns underlying this policy are, *inter alia*, to maintain a safe, healthy and productive workplace for the employees, to safeguard customer, bank and employee funds and information as well as to protect its reputation. Throughout its pleadings the appellant has maintained that the banking industry is founded upon the principles of honesty, integrity and trust. As such, the connection between drug use and organized crime as well as theft pose an unacceptable risk for the appellant especially since employees have access to large amounts of money and privileged financial information.

[8] From and after the effective date of the policy, all applicants for employment with the appellant are notified on the application form that, as a condition of employment, "all new employees accept and sign a Drug Screening and Authorization Form which provides for a drug screening test in accordance with the Bank's approved standards".³ This authorization is part of the application form and includes the following statement:⁴

I understand that acceptance of the terms and conditions of employment will include consent to be drug tested for illegal substances and agreement to abide by the Bank's conditions should any test results be positive. One of those conditions will be that the Bank's designated health professional is authorized to release relevant information to the Human Resources Department in certain cases.

[9] The Panel found that the policy is not a pre-employment test but takes effect only after the applicant for employment has been hired. The Panel found that:⁵

Les employés actuels devront subir un bilan de santé qui peut comprendre ou non un test de dépistage de drogue si on a de bonnes raisons de croire que le faible rendement au travail, le comportement inhabituel, les erreurs de jugement ou les manquements aux Règles de conduite sont attribuables à l'abus d'alcool ou à l'usage de drogues illégales. [Je souligne.]

[7] Il est donc clair que la politique s'applique à tous les employés de l'appelante, même si elle n'est obligatoire qu'à l'égard de certains d'entre eux. Cette politique de l'appelante est notamment fondée sur les préoccupations suivantes: le maintien d'un lieu de travail sain, sécuritaire et productif pour les employés, la protection des fonds des clients, de la Banque et des employés ainsi que des renseignements financiers y afférents et le maintien de la réputation de la Banque. Tout au long de ses plaidoiries, l'appelante a maintenu que le secteur bancaire est fondé sur l'honnêteté, l'intégrité et la confiance. Partant, le lien qui existe entre la consommation de drogue et le crime organisé ainsi que le vol présente un risque inacceptable pour l'appelante, compte tenu du fait en particulier que les employés ont accès à de grosses sommes d'argent et à des renseignements financiers protégés.

[8] À compter de la date d'entrée en vigueur de la politique, la demande d'emploi informait tous les candidats à un emploi que l'une des conditions d'emploi était que «tous les nouveaux employés signent une formule d'autorisation de test de dépistage de drogue selon laquelle ils acceptent de se soumettre à un examen conformément aux standards de la Banque»³. La formule d'autorisation fait partie de la demande d'emploi et comporte notamment le paragraphe qui suit⁴:

[TRADUCTION] Je comprends que l'acceptation des termes et des conditions d'emploi comporte l'acceptation de se soumettre à un test de dépistage de substances illégales et de se conformer aux conditions de la Banque si les résultats du test sont positifs. L'une de ces conditions est que le professionnel de la santé désigné par la Banque est autorisé à divulguer tout renseignement pertinent au service des ressources dans certains cas.

[9] La formation a conclu que la politique ne s'applique pas avant que le candidat soit embauché, mais une fois seulement qu'il l'a été. Voici ce qui a été conclu⁵:

... compliance with the Bank policy is a condition of employment. There is nothing in the CHRA to prohibit such a requirement. The notice regarding this condition is included with such other requirements as:

- receipt of at least three satisfactory written references;
- satisfactory completion of the probationary period;
- confirmation of medical fitness to perform the job, including a medical examination if necessary;
- enrolment in the Bank's long-term disability program; and
- authorization to obtain factual/credit and investigative/personal information regarding the employee from others.

...

The Tribunal finds that when employment is terminated following the refusal of an employee to comply with the Bank policy, whether it be refusal to provide a urine sample or at any subsequent stage, the termination is for breach of a condition of employment and it is not necessary to look beyond that for a "perception of drug dependence."

[10] The appellant contracted with two private laboratory companies which operate the only two accredited substance abuse laboratories in Canada. Based on the evidence before it, the Panel found that the protocol for the specimen collection and its delivery to the testing laboratory took great care to document the identity of the individual and to protect the anonymity of the sample until the results reach the appellant's Health Centre in Toronto in order to prevent tampering with the sample and to secure the chain of custody of the sample throughout. The Panel also found that the two-stage testing protocol used by the laboratories produced very reliable results.

[11] The laboratories screen the sample for cannabis (marijuana and hashish), cocaine and opiates (codeine, morphine and heroin). Although they could test for a broader range of illicit drugs, the evidence indicates that the incidence of abuse of other drugs beyond these categories was so low in the general population as to make the additional testing not worthwhile.

... l'obligation de se conformer à la politique de la Banque est une condition d'emploi. La LCDP ne renferme aucune disposition interdisant une telle exigence. L'avis qui accompagne cette condition comporte d'autres exigences:

- remise d'au moins trois références écrites satisfaisantes;
- réussite d'un stage probatoire à la satisfaction de l'employeur;
- confirmation que le postulant est médicalement apte à occuper le poste et examen médical à cette fin, si nécessaire;
- participation au programme d'invalidité de longue durée de la Banque; [et]
- autorisation d'obtenir par d'autres sources des renseignements sur la solvabilité du postulant ainsi que des renseignements personnels.

...

Le Tribunal considère que, lorsqu'il est mis fin à un emploi à la suite du refus d'un employé de se conformer à la politique de la Banque, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi et il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe une «présomption de dépendance envers la drogue».

[10] L'appelante a retenu les services de deux compagnies privées qui exploitent les deux seuls laboratoires autorisés au Canada à effectuer des analyses pour déceler l'abus de produits intoxicants. Compte tenu de la preuve dont elle disposait, la formation a conclu que le protocole de prélèvement d'échantillons et de livraison au laboratoire prévoyait les mesures nécessaires pour identifier l'individu en cause et pour protéger l'anonymat de l'échantillon jusqu'à ce que les résultats soient transmis au Centre de santé de l'appelante, à Toronto, afin d'empêcher la falsification de l'échantillon et d'assurer la continuité de possession de l'échantillon tout au long du processus. La formation a également conclu que le protocole d'analyse à deux étapes suivi par les laboratoires fournissait des résultats tout à fait fiables.

[11] Les laboratoires analysent les échantillons afin d'y déceler la présence de cannabis (marijuana et hachisch), de cocaïne et d'opiacés (codéine, morphine et héroïne). Ils pourraient effectuer des tests pour dépister une gamme plus vaste de drogues illicites, mais la preuve indique que le nombre de personnes qui consomment ces autres drogues est si faible dans la population en général qu'il ne vaut pas la peine d'effectuer des tests additionnels.

[12] The drug testing process comprises up to three consecutive tests as described below. The new or returning employee is required to appear within 48 hours of receipt of acceptance for employment and to provide a urine sample for the purpose of the drug screening test.

[13] If the result of the first test is negative, then the employee is notified and that is the end of the matter. However, if it is positive, the employee is notified by telephone of the result and of the fact that a further sample will be required for a second test. This is followed by a letter to the employee from the Medical Director of the Health Centre indicating the date for providing a second sample. Up to this point in the process, no one outside the Health Centre, other than the employee, is aware of the result.

[14] In the case of cocaine and heroin, an employee is notified of a positive result and is required to attend an assessment at a major drug centre at the appellant's expense to determine whether treatment is required.

[15] If the first test for codeine or morphine is positive and the employee has provided a credible medical explanation for taking prescription medications which could produce that result, the matter is reviewed with the Medical Director and any doubt is resolved in favour of the employee.

[16] In the other cases, two further tests are performed. If the results are negative, the matter is closed and neither Human Resources nor the employee's supervisor is informed that a problem was identified. That information remains with the appellant's Health Centre and is confidential.

[17] When a second test produces a positive result, the employee is notified by telephone within 24 hours of the receipt of the result by the Health Centre and advised that the file is being referred to a rehabilitation nurse. A follow-up letter is then sent to the employee outlining the requirement to submit to an

[12] Le processus de dépistage de drogues comprend jusqu'à trois tests consécutifs qui sont ci-dessous décrits. L'employé nouveau ou réembauché est tenu de se présenter dans les 48 heures qui suivent la réception de l'offre d'emploi et de fournir un échantillon d'urine aux fins du test de dépistage de drogues.

[13] Si le résultat du premier test est négatif, l'employé est avisé et cela met fin au processus. Toutefois, si le résultat est positif, l'employé est informé du résultat par téléphone et il est avisé qu'il devra fournir un autre échantillon pour un deuxième test. Le directeur des services de santé du Centre de santé fait ensuite parvenir à l'employé une lettre dans laquelle il indique la date à laquelle ce dernier doit fournir un deuxième échantillon. À ce stade, personne en dehors du Centre de santé, à part l'employé, n'est au courant du résultat.

[14] En ce qui concerne la cocaïne et l'héroïne, l'employé est avisé d'un résultat positif et doit se présenter pour évaluation dans un gros centre de réadaptation aux frais de l'appelante pour qu'on puisse déterminer s'il doit suivre un traitement.

[15] Si le premier test révèle la présence de codéine ou de morphine et si l'employé a fourni une raison médicale vraisemblable justifiant sa consommation de médicaments prescrits susceptibles de produire ce résultat, l'affaire est examinée avec le directeur des services de santé et on accorde le bénéfice du doute à l'employé.

[16] Dans les autres cas, deux autres tests sont effectués. Si les résultats sont négatifs, cela met fin au processus et ni le service des Ressources humaines ni le superviseur de l'employé ne sont informés qu'un problème a été décelé. Ces renseignements sont conservés au Centre de santé de l'appelante en toute confidentialité.

[17] Si le résultat du deuxième test est positif, l'employé en est avisé par téléphone dans les 24 heures qui suivent le moment où le Centre de santé reçoit le résultat et il est informé que le dossier sera transmis à une infirmière chargée de la réadaptation. L'employé reçoit ensuite une lettre de rappel indiquant qu'il doit

assessment and, if need be, to a treatment program. The employee is then directed to appear for assessment at a designated treatment centre within 48 hours.

[18] An employee whose assessment recommends more specific rehabilitation measures will be referred to his or her attending physician to discuss the treatment program recommended by the assessment centre. This may include out-patient or in-patient rehabilitation programs. An employee unwilling to pursue rehabilitation risks dismissal for failing to comply with a condition of employment. An employee willing to pursue rehabilitation continues as an employee with the appellant.

[19] If the employee continues to test positive for use of cannabis, cocaine or opiates after counselling and appropriate rehabilitation have been made available, the Human Resources department of the appellant is advised and the employee risks dismissal. But such an employee will not be dismissed if further reasonable accommodation is possible. Before any decision is made to dismiss an employee for failing to comply with the policy, the employee's circumstances are reviewed by the senior vice-president of Human Resources of the appellant. He or she may suggest that the employee's probationary period should be extended and another test conducted.⁶

[20] In April 1991, the CCLA filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) pursuant to subsection 40(1) and paragraph 40(5)(b) of the Act. It alleged that the appellant was contravening section 10 of the Act by engaging in a practice of direct discrimination which deprived persons of employment on the basis of a disability, namely, perceived drug dependence.

[21] On 16 August 1994, the Panel rendered its decision dismissing the complaint on the basis that it had not been substantiated.

se soumettre à une évaluation et au besoin à un programme de traitement. L'employé doit ensuite se présenter dans un délai de 48 heures au centre de traitement désigné pour y subir une évaluation.

[18] Si, à la suite de l'évaluation, on recommande que des mesures plus précises de réadaptation soient prises, l'employé est renvoyé à son médecin pour discuter du programme de traitement recommandé par le centre d'évaluation. Il peut s'agir d'un programme en établissement ou pour patients externes. L'employé qui ne veut pas participer au programme de réadaptation risque d'être congédié pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. Cependant, il n'est pas mis fin à l'emploi de l'employé qui accepte de participer à pareil programme.

[19] Si, après des séances de counselling et un programme de réadaptation approprié, le résultat du test visant à déceler la présence de cannabis, de cocaïne ou d'opiacés continue d'être positif, le service des Ressources humaines de l'appelante en est notifié, et l'employé risque d'être congédié. Cependant, l'employé ne sera pas congédié s'il est possible de prendre d'autres mesures d'accommodement raisonnables. Avant qu'il soit décidé de congédier l'employé qui ne s'est pas conformé à la politique, la situation est examinée par le vice-président principal du service des Ressources humaines de l'appelante, qui peut proposer une prorogation de la période de probation ou un autre test⁶.

[20] En avril 1991, l'ACLC a déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) conformément au paragraphe 40(1) et à l'alinéa 40(5)b) de la Loi. Il y était allégué que l'appelante avait enfreint l'article 10 de la Loi en appliquant une ligne de conduite qui constituait de la discrimination directe, laquelle avait pour effet de priver certaines personnes d'un emploi pour cause de déficience, à savoir la dépendance présumée envers la drogue.

[21] Le 16 août 1994, la formation a rendu une décision par laquelle elle rejetait la plainte pour le motif qu'elle n'était pas fondée.

[22] The Commission subsequently applied to the Trial Division for judicial review of the decision of the Panel. By the order made on 22 April 1996, a Motions Judge set aside the decision of the Panel and remitted the matter to it with directions. That order is the subject both of this appeal and the cross-appeal.

Decision of the Canadian Human Rights Tribunal Panel

[23] The Panel unanimously dismissed the complaint of the CCLA. The Panel held that when employment is terminated following the refusal of an employee to comply with the policy, the termination is for breach of a condition of employment and “it is not necessary to look beyond that for a ‘perception of drug dependence’”.⁷

[24] It also held that the policy and practice of the appellant do not constitute discrimination on a ground prohibited under the Act. The Panel expressed its conclusion as follows:⁸

The Tribunal finds that the ultimate dismissal is not based upon a perceived disability (drug dependence) but upon the persistent use of an illegal substance even though in some instances that may include a drug dependent person. Thus, the policy and practice of the Bank does not constitute discrimination on a prohibited ground under the CHRA.

[25] In *obiter dicta*, the Panel stated that if it had determined that the policy discriminated against employees on the basis of a disability, namely, perceived drug dependence, it would constitute adverse effect discrimination. In effect, the policy applies equally to an entire class of employees (new and returning employees) and employment is ultimately denied only to a small minority who test positive for an illicit drug on three successive occasions.

[26] However, the Panel further held that by referring the employees for assessment after a second positive test and by paying for whatever treatment is

[22] La Commission a par la suite présenté une demande devant la Section de première instance en vue d’obtenir le contrôle judiciaire de la décision rendue par la formation. Par l’ordonnance du 22 avril 1996, le juge des requêtes a infirmé la décision de la formation et a renvoyé l’affaire au Tribunal en lui donnant des directives. Le présent appel et l’appel incident découlent de cette ordonnance.

Décision de la formation du Tribunal des droits de la personne du Canada

[23] La formation a rejeté à l’unanimité la plainte de l’ACLC. Elle a statué que lorsqu’il est mis fin à un emploi à la suite du refus d’un employé de se conformer à la politique, le congédiement découle d’une violation d’une condition d’emploi et qu’«il n’est pas nécessaire d’examiner s’il existe une “présomption de dépendance envers la drogue”».⁷

[24] La formation a également statué que la politique de l’appelante ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la Loi. Elle a formulé sa conclusion comme suit⁸:

Le Tribunal conclut que le congédiement final ne découle pas d’une présomption de déficience (dépendance envers la drogue), mais plutôt de la consommation répétée d’une substance illégale même si, dans certains cas, la personne visée peut souffrir de toxicomanie. Par conséquent, la politique de la Banque ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la LCDP.

[25] Dans une remarque incidente, la formation a dit que si elle avait jugé que la politique établissait la discrimination contre ses employés en raison d’une déficience, à savoir la dépendance présumée envers la drogue, il s’agirait de discrimination par suite d’un effet préjudiciable. En effet, la politique s’applique de manière égale à toute une catégorie d’employés (les nouveaux employés et les employés réembauchés) et l’emploi n’est en fin de compte refusé qu’à une petite minorité de personnes pour lesquelles les tests effectués à trois occasions distinctes indiquent la consommation.

[26] Toutefois, la formation a en outre conclu qu’en faisant subir une évaluation à l’employé lorsqu’un deuxième test s’avère positif, en défrayant les coûts de

indicated, as well as by maintaining the employee on the payroll during that time, the appellant reasonably accommodated the employee.

[27] In further *obiter dicta*, the Panel stated that, if it had found that the policy constituted direct discrimination, the appellant would not have satisfied the onus of proving that it had a *bona fide* occupational requirement (BFOR) to justify the policy. The Panel found that the purpose of the policy is appropriate in so far as the employer's goal is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact on job performance. However, it found that the method chosen by the appellant, mandatory urinalysis, is intrusive, and cannot be viewed as reasonable in view of the fact that there is no substantial evidence of a serious threat to other employees of the appellant or to its customers or both.

Reasons of the Motions Judge

[28] The Commission applied to the Trial Division for judicial review of the decision of the Panel on several grounds. The only ground relevant for the purpose of this appeal and cross-appeal is whether the policy is discriminatory.

[29] The learned Motions Judge framed the issue respecting this ground in the following manner:⁹

Did the Tribunal err when it concluded that the Policy is not discriminatory and if so, is the discrimination adverse effect or direct discrimination? As well, if the discrimination is adverse effect discrimination, was accommodation properly established? [Emphasis added.]

[30] The Motions Judge commenced the analysis in the following way:¹⁰

The Tribunal decided that there was no discrimination because termination under the Policy applied to both drug dependent employees and persistent casual users. However, the Tribunal also concluded as a finding of fact, which was

tout traitement indiqué et en gardant l'employé parmi les membres de son personnel pendant toute cette période, l'appelante a fait un effort raisonnable pour composer avec l'employé.

[27] Dans une autre remarque incidente, la formation a dit que si elle avait jugé que la politique constituait de la discrimination directe, l'appelante n'aurait pas satisfait à la charge qui lui incombe de prouver l'existence d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) à l'appui de la politique. La formation a conclu que l'objectif de la politique était approprié dans la mesure où l'employeur cherchait à éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail de ses employés en raison des effets qu'elles peuvent avoir sur le rendement au travail. Toutefois, elle a conclu que la méthode que l'appelante avait choisie, l'analyse d'urine obligatoire, a un caractère attentatoire et ne peut pas être jugée raisonnable en l'absence d'une preuve de fond indiquant l'existence d'une menace grave pour les autres employés de l'appelante ou pour ses clients, ou encore pour les deux.

Motifs du juge des requêtes

[28] La Commission a présenté une demande à la Section de première instance en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision de la formation, en invoquant plusieurs motifs. Le seul motif pertinent aux fins du présent appel et de l'appel incident consiste à savoir si la politique est discriminatoire.

[29] Le savant juge des requêtes a formulé la question comme suit⁹:

Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu que la politique n'était pas discriminatoire et si tel est le cas, s'agit-il d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou d'une discrimination directe? De la même manière, si la discrimination est par suite d'un effet préjudiciable, un accommodement a-t-il été dûment établi? [Je souligne.]

[30] Le juge des requêtes a commencé son analyse comme suit¹⁰:

Le Tribunal a décidé qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le licenciement en vertu de la politique visait tant les employés dépendants envers la drogue que les usagers occasionnels chroniques. Toutefois, le Tribunal a aussi

not challenged before me, that, under the Policy, drug dependent employees are terminated by reason of their dependency. In these circumstances, it seems to me that, for the purpose of deciding whether the Policy is discriminatory, the fact that the Policy may have negative consequences which are not covered by the CHRA for persistent casual users and for those who refuse to comply with the Policy is not determinative of the discrimination issue.

[31] The Motions Judge concluded that the case before her was one of adverse effect discrimination and that the Panel erred in concluding that the policy was non-discriminatory.

[32] On the issue of whether the policy is discriminatory, the Motions Judge noted that while the policy was neutral on its face, the group to which the policy applies includes a sub-group of employees who face illegal termination because they are drug dependent.

[33] On the issue of reasonable accommodation, the Motions Judge held that the Panel erred by not reaching a clear and unmistakable conclusion as to whether a rational connection exists between the policy of the appellant and the performance of the job. The Motions Judge held as insufficient the Panel's conclusion that it was appropriate for an employer to seek to stop illicit drug use by its employees because of the impact such drugs might have on job performance. She held that the conclusion of the Panel on the issue of rational connection was made in the context of whether a *bona fide* occupational requirement had been established, and that it was not found under the heading of "accommodation" in the decision of the Panel. Furthermore, she said, the words "rational connection" do not appear in that conclusion.¹¹

[34] She did, however, agree with the Panel that the point of undue hardship is reached when the employer is faced with the continued presence of an employee who cannot be rehabilitated and who persists in his or

conclu, comme conclusion de fait qui n'a pas été contestée devant moi, qu'en vertu de la politique, les employés dépendants envers la drogue étaient licenciés à cause de leur dépendance. Dans ces circonstances, il me semble que pour établir le caractère discriminatoire de la politique, le fait que la politique puisse avoir des conséquences défavorables qui ne sont pas prévues par la LCDP pour les usagers occasionnels chroniques et pour ceux qui refusent de respecter la politique, n'est pas déterminant dans la question de discrimination.

[31] Le juge des requêtes a conclu qu'il s'agissait d'un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que la formation avait commis une erreur lorsqu'elle avait conclu que la politique n'était pas discriminatoire.

[32] En ce qui concerne la question de savoir si la politique est discriminatoire, le juge des requêtes a fait remarquer que la politique était neutre en apparence mais que le groupe auquel elle s'appliquait incluait un sous-groupe qui était menacé de licenciement illégal parce qu'il s'agissait de personnes qui avaient une dépendance envers la drogue.

[33] Quant à la question de l'accommodement raisonnable, le juge des requêtes a conclu que la formation avait commis une erreur en ne tirant pas une conclusion claire et non équivoque au sujet de la question de savoir s'il existe un lien rationnel entre la politique de l'appelante et le rendement professionnel. Selon le juge, il ne suffisait pas de conclure, comme l'avait fait la formation, qu'il était approprié pour un employeur de chercher à mettre fin à la consommation de drogues illicites par ses employés à cause des effets que pareilles drogues pourraient avoir sur leur rendement professionnel. Le juge a statué que la conclusion que la formation avait tirée au sujet de la question du lien rationnel avait été tirée dans le contexte de la question de savoir si l'existence d'une exigence professionnelle justifiée avait été établie, et qu'elle ne se trouvait pas sous la rubrique «Accommodement». En outre, le juge a dit que cette conclusion n'incluait pas les termes «lien rationnel»¹¹.

[34] Le juge des requêtes était toutefois d'accord avec la formation pour dire qu'il y a contrainte excessive si l'employeur fait face à la présence continue d'un employé qui ne peut pas se réadapter et

her criminal acquisition and use of illegal drugs.¹²

[35] The Motions Judge disposed of the application in the manner that I have already indicated.

Relevant Statutory Provisions

[36] The relevant sections of the Act read:

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that 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, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted. [Emphasis added.]

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

...

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

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

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

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

...

25. In this Act,

...

“disability” means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

qui continue à acquérir et à utiliser des drogues illégales¹².

[35] Le juge des requêtes a réglé la demande de la façon ci-dessus énoncée.

Dispositions législatives pertinentes

[36] Les dispositions pertinentes de la Loi sont ainsi libellées:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience. [Je souligne.]

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

...

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

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

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

...

25. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

...

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.

The relevant provisions of the *Narcotic Control Act*¹³ read in part:

2. In this Act,

...

“narcotic” means any substance included in the schedule or anything that contains any substance included in the schedule;¹⁴

...

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

Issues

[37] The principal issues raised by the appellant on the appeal are:

Issue 1— Whether the Motions Judge failed to accord the appropriate level of deference to the Panel’s findings that the policy is not discriminatory.

Issue 2— Whether the Motions Judge erred in characterizing the impugned components of the policy as adverse effect (indirect) discrimination.

Issue 3— Whether the Motions Judge erred by holding that the Panel [at page 237] “failed to reach a conclusion about a rational connection in clear and unmistakable terms”.

The issues raised by the CCLA on cross-appeal are:

Issue 1— Whether the Motions Judge erred in holding that the policy does not constitute direct discrimination.

Issue 2— Whether the Motions Judge correctly held that the policy constitutes a *prima facie* case of adverse effect discrimination and that the Panel erred in failing to apply the rational

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les stupéfiants*¹³ sont en partie ainsi libellées:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

«stupéfiant» Substance énumérée à l’annexe, ou toute préparation en contenant¹⁴.

...

3. (1) Sauf exception prévue par la présente loi ou ses règlements, il est interdit d’avoir un stupéfiant en sa possession.

Les points litigieux

[37] Les principales questions soulevées par l’appelante dans le présent appel sont les suivantes:

Question 1— Le juge des requêtes a-t-il omis de faire preuve de la retenue appropriée à l’égard des conclusions que la formation avait tirées, à savoir que la politique n’était pas discriminatoire?

Question 2— Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en qualifiant les éléments contestés de la politique comme constituant de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable (discrimination indirecte)?

Question 3— Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en statuant [à la page 237] que la formation avait «omis de conclure sur un lien rationnel dans des termes clairs et sans équivoque».

Les questions soulevées par l’ACLIC dans le cadre de l’appel incident sont les suivantes:

Question 1— Le juge des requêtes a-t-il commis une erreur en statuant que la politique ne constitue pas de la discrimination directe?

Question 2— Le juge des requêtes a-t-il eu raison de statuer que la politique constitue une preuve *prima facie* de discrimination par suite d’un effet préjudiciable et que la

connection component of the test for reasonable accommodation required to defend a *prima facie* case of adverse effect discrimination.

formation avait commis une erreur en omettant d'appliquer l'élément «lien rationnel» du critère relatif à l'accommodement raisonnable nécessaire pour établir une preuve *prima facie* de discrimination par suite d'un effet préjudiciable?

[38] The ultimate question to be addressed by this appeal and the cross-appeal is whether the policy constitutes a discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act.

[38] Il s'agit en fin de compte de savoir, dans le présent appel et dans l'appel incident, si la politique constitue un acte discriminatoire au sens de l'article 10 de la Loi.

[39] For the reasons that follow, I have concluded that the order in appeal is wrong in law and should be reversed. First, the Motions Judge appears to have misapprehended totally the Panel's reasons for concluding that the policy did not amount to discrimination.

[39] Pour les motifs ci-après énoncés, j'ai conclu que l'ordonnance ici en cause comporte une erreur de droit et qu'elle devrait être infirmée. Premièrement, le juge des requêtes semble n'avoir pas du tout compris pour quels motifs la formation avait conclu que la politique n'équivalait pas à de la discrimination.

[40] In its reasons, the Panel made several findings in relation to the policy, which I enumerate below:

[40] Dans ses motifs, la formation a tiré au sujet de la politique plusieurs conclusions, que j'énumère ci-dessous:

1. that the Act does not condone or protect the illegal use of any illicit drug;
2. that the Act does protect a person who is afflicted with a drug dependency from being summarily fired from their employment;
3. that the testing requirement in the policy is not a pre-employment test but comes into effect only after the applicant for employment has been hired;
4. that compliance with the policy is a condition of employment: it is not prohibited by the Act;
5. that when employment is terminated for failure to comply with the policy, whether it be refusal to provide a urine sample or at any subsequent stage, the termination is for breach of a condition of employment and it is not necessary to look beyond that for a "perception of drug dependence";
6. that this was not a case of perception of drug dependence but of an actual professional diagnosis; and,

1. la Loi ne tolère ni ne protège la consommation illégale d'une drogue illicite;
2. la Loi protège cependant les personnes qui souffrent de toxicomanie contre les congédiements sommaires;
3. le dépistage obligatoire prévu dans la politique n'est pas effectué avant que le candidat soit engagé, mais une fois seulement qu'il l'a été;
4. l'obligation de se conformer à la politique est une condition d'emploi: la Loi ne l'interdit pas;
5. lorsqu'il est mis fin à l'emploi à la suite de l'omission de se conformer à la politique, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi et il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe une «présomption de dépendance envers la drogue»;
6. il ne s'agissait pas ici d'une présomption de dépendance envers la drogue, mais d'un diagnostic posé par un professionnel;

7. that ultimate dismissal (after three positive tests) is not based upon a perceived disability (drug dependence) but upon the proved persistent use of an illegal substance, even though in some instances that may include drug dependence.

[41] Based upon those findings, the Panel concluded:¹⁵

Thus, the policy and practice of the Bank does not constitute discrimination on a prohibited ground under the CHRA.

[42] In light of those clear findings, which are supported by the evidence, it is, in my respectful view, error for the Motions Judge to say that:¹⁶

The Tribunal decided that there was no discrimination because termination under the Policy applied to both drug dependent employees and persistent casual users.

[43] In my respectful view, this error fettered the ability of the Motions Judge to consider and assess the legal validity of the reasons which the Panel gave for its decision.

[44] The reasons of the Motions Judge contain a more serious error. They attribute to the Panel a finding of fact which it did not make. The passage from the reasons reads:¹⁷

However, the Tribunal also concluded as a finding of fact, which was not challenged before me, that, under the Policy, drug dependent employees are terminated by reason of their dependency.

[45] The appellant challenged this assertion, stating that the Panel did not make any such finding. My several readings of the reasons of the Panel confirms the correctness of the appellant's challenge. In my respectful view, there is no basis in the record for the assertion which the Motions Judge has made.

[46] I have characterized this error as being more serious, because it formed the basis for subsequent analysis by the Motions Judge. Immediately following the passage quoted in paragraph 44, she continued:¹⁸

7. le congédiement final (après trois résultats positifs) ne découle pas d'une présomption de déficience (dépendance envers la drogue), mais plutôt de la consommation répétée établie d'une substance illégale même si, dans certains cas, il peut y avoir dépendance envers la drogue.

[41] En se fondant sur ces conclusions, voici ce que la formation a conclu¹⁵:

Par conséquent, la politique de la Banque ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la LCDP.

[42] Compte tenu de ces conclusions claires, qui sont étayées par la preuve, il est à mon avis erroné pour le juge des requêtes de dire ceci¹⁶:

Le Tribunal a décidé qu'il n'y avait pas de discrimination parce que le licenciement en vertu de la politique visait tant les employés dépendants envers la drogue que les usagers occasionnels chroniques.

[43] À mon avis, cette erreur avait pour effet de porter atteinte à la capacité du juge des requêtes d'examiner et d'évaluer le bien-fondé, sur le plan juridique, des motifs que la formation avait donnés à l'appui de sa décision.

[44] Les motifs du juge des requêtes renferment une erreur plus grave. Le juge attribue à la formation une conclusion de fait que cette dernière n'a pas tirée. Le passage pertinent se lit comme suit¹⁷:

Toutefois, le Tribunal a aussi conclu, comme conclusion de fait qui n'a pas été contestée devant moi, qu'en vertu de la politique, les employés dépendants envers la drogue étaient licenciés à cause de leur dépendance.

[45] L'appelante a contesté cette assertion, en disant que la formation n'avait pas tiré pareille conclusion. J'ai lu les motifs de la formation à plusieurs reprises, ce qui m'a permis de confirmer que l'appelante a raison. À mon avis, rien ne justifie au vu du dossier l'assertion que le juge des requêtes a faite.

[46] J'ai dit que cette erreur était plus grave, parce qu'elle a servi de fondement à l'analyse subséquente que le juge des requêtes a faite. Immédiatement après le passage cité au paragraphe 44, le juge a ajouté ceci¹⁸:

In these circumstances, it seems to me that, for the purpose of deciding whether the Policy is discriminatory, the fact that the Policy may have negative consequences which are not covered by the CHRA for persistent casual users and for those who refuse to comply with the Policy is not determinative of the discrimination issue.

[47] She went on to conclude, based on a reading of a passage from the majority reasons in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*,¹⁹ that this was a case of adverse effect discrimination and that the Panel erred in concluding that the policy did not constitute discrimination.

[48] In reaching the conclusion that the Panel had erred in finding that the policy did not discriminate, the Motions Judge did not show that the Panel had made any error in fact or in law that affected its decision. The jurisprudence teaches, as I will later demonstrate, that the standard of review applicable to the decision of the Panel is that of correctness. Absent a showing that the Panel was wrong in law or in fact, a reviewing court ought not to interfere with its decision. In this case, as I have said, the Motions Judge made no such showing. Indeed, as I have shown, she misapprehended the reasons which the Panel gave. In these circumstances, I conclude that the Panel was right to find, for the reasons it gave, that the policy did not constitute discrimination and that the Motions Judge was wrong to conclude otherwise, without even examining in her reasons, the real basis of the Panel's conclusion. The Panel concluded that dismissal was not discriminatory principally because it was for breach of a condition of employment.

[49] If I am wrong in that conclusion, and if it could be said that the policy does amount to discrimination, then, it is my respectful view, that *prima facie* it constitutes adverse effect discrimination, but that the appellant has satisfied the test required by jurisprudence to defend against such a *prima facie* case.

Dans ces circonstances, il me semble que pour établir le caractère discriminatoire de la politique, le fait que la politique puisse avoir des conséquences défavorables qui ne sont pas prévues par la LCDP pour les usagers occasionnels chroniques et pour ceux qui refusent de respecter la politique, n'est pas déterminant dans la question de discrimination.

[47] Le juge a ensuite conclu, en se fondant sur un passage des motifs prononcés par la majorité des juges dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*¹⁹, qu'il s'agissait d'une affaire de discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que la formation avait commis une erreur en concluant que la politique ne constituait pas de la discrimination.

[48] En concluant que la formation avait commis une erreur lorsqu'elle avait jugé que la politique ne créait pas de distinction illicite, le juge des requêtes n'a pas démontré que la formation avait commis une erreur de fait ou de droit qui influait sur sa décision. La jurisprudence enseigne, comme je le démontrerai ci-dessous, que la norme de contrôle qui s'applique à la décision de la formation est celle de la justesse. S'il n'est pas établi que la formation a commis une erreur de droit ou de fait, la cour de révision ne devrait pas intervenir. Dans ce cas-ci, comme je l'ai dit, le juge des requêtes ne l'a pas établi. De fait, comme je l'ai montré, le juge a mal compris les motifs donnés par la formation. Dans ces circonstances, je conclus que la formation avait raison de conclure, pour les motifs qu'elle a énoncés, que la politique ne constituait pas de la discrimination et que le juge des requêtes a eu tort de conclure le contraire, sans même examiner dans ses motifs le fondement véritable de la conclusion tirée par la formation. La formation a conclu que le congédiement n'était pas discriminatoire principalement parce qu'il résultait de la violation d'une condition d'emploi.

[49] Si cette conclusion est erronée, et s'il est possible de dire que la politique équivaut à de la discrimination, cela constitue à première vue, à mon avis, de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, mais l'appelante a satisfait au critère établi par la jurisprudence pour réfuter pareille preuve *prima facie*.

[50] I will examine this question by addressing, successively, the following sub-issues:

(a) whether the policy constitutes *prima facie* discrimination;

(b) if so, whether the policy amounts to adverse effect or direct discrimination; and

(c) if adverse effect discrimination, whether the appellant has satisfied the test for reasonable accommodation.

[51] Before dealing with these sub-issues, I will address a jurisdictional issue which the appellant raised in the cross-appeal.

The Jurisdictional Issue

[52] In its memorandum on the cross-appeal and in oral argument, the appellant (respondent by cross-appeal) contended that this Court was without jurisdiction to address the issue whether the policy constitutes direct discrimination because that issue was not raised as a ground for judicial review before the Motions Judge. For that reason, so the argument ran, the CCLA cannot raise that issue on appeal before this Court.

[53] I disagree with this contention. The first point to notice is that although the Motions Judge did not deal with the issue of direct discrimination in her reasons, it is clear from the manner in which she formulated the issues before her that the issue of direct discrimination was one that she had to address. Her failure to address it, does not, in my view, transform the issue into a new one raised for the first time on appeal. This is all the more so since the Panel whose decision was under review by the Motions Judge did address that issue, albeit in *obiter*.

[54] Secondly, the principle underlying this argument is that an appellant may not raise a point that was not pleaded or was not argued at trial, unless all relevant evidence is on record.²⁰ It is trite that a court of appeal should not give effect to a point taken for the first

[50] J'examinerai cette question en traitant l'une après l'autre les questions accessoires suivantes:

a) La politique constitue-t-elle à première vue de la discrimination?

b) Dans l'affirmative, la politique équivaut-t-elle à de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable ou à de la discrimination directe?

c) S'il s'agit de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'appelante a-t-elle satisfait au critère relatif à l'accommodement raisonnable?

[51] Avant d'examiner ces questions accessoires, je traiterai de la question de la compétence, que l'appelante a soulevée dans le cadre de l'appel incident.

La question de la compétence

[52] Dans l'exposé qu'elle a présenté dans l'appel incident et dans son argumentation orale, l'appelante (l'intimée dans l'appel incident) a soutenu que cette Cour n'avait pas compétence pour examiner la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe parce que cette question n'avait pas été soulevée comme motif de contrôle judiciaire devant le juge des requêtes. Selon l'appelante, c'est la raison pour laquelle l'ACLC ne peut pas ici soulever cette question.

[53] Je ne souscris pas à cette prétention. Il faut d'abord remarquer que même si, dans ses motifs, le juge des requêtes n'a pas examiné la question de la discrimination directe, il ressort clairement de la façon dont les questions ont été formulées qu'il fallait traiter de la discrimination directe. À mon avis, l'omission de le faire n'a pas pour effet de faire de la discrimination directe une nouvelle question soulevée pour la première fois en appel, d'autant plus que, dans sa décision, la formation traitait de cette question, quoique dans le cadre d'une remarque incidente.

[54] Deuxièmement, le principe sous-tendant cet argument est que l'appelante ne peut pas soulever un point qui n'a pas été plaidé ou qui n'a pas été débattu en première instance, à moins que tous les éléments de preuve pertinents ne figurent dans le dossier²⁰. Il est

time in appeal, unless it is clear that, if the question had been raised at the proper time, no further light could have been shed upon it.²¹ However, a new issue may be addressed in cases in which the question is one of law upon which further evidence is not required.

[55] In this case, the issue whether the policy constitutes direct discrimination is one of law. All the evidence relevant to resolution of that issue had been adduced before the Panel. The issue was argued by the cross-appellant before the Panel and the appellant had, at that time, the opportunity to produce any evidence required to deal with it.

[56] Finally, the argument of the cross-appellant was based on the record and not on new evidence. It is my view that, in these circumstances, this Court has not only the jurisdiction to hear the CCLA on this issue, but also the duty to address it.

Prima Facie Discrimination

[57] I now turn to the issue whether the policy constitutes *prima facie* discrimination under section 10 of the Act. As I have already said, the Panel concluded that the policy did not constitute *prima facie* discrimination.

[58] Section 10 of the Act provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish a policy that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination. Section 3 of the Act lists disability as a ground of discrimination and section 25 of the Act defines disability as including dependence on a drug. Therefore, any policy which deprives or tends to deprive a person of employment on the basis of a drug dependence is, arguably, a *prima facie* discriminatory practice.

bien établi qu'un tribunal d'appel ne devrait pas traiter d'un point qui est soulevé pour la première fois en appel, à moins qu'il ne soit clair que si ce point avait été soulevé en temps opportun, il n'aurait pas été possible de l'éclaircir²¹. Toutefois, une nouvelle question de droit peut être examinée dans la mesure où il n'est pas nécessaire de présenter d'autres éléments de preuve.

[55] En l'espèce, la question de savoir si la politique constitue de la discrimination directe est-elle une question de droit? La formation disposait de tous les éléments de preuve pertinents pour être en mesure de régler la question. L'ACLC avait débattu la question devant la formation et l'appelante avait à ce moment-là eu la possibilité de présenter tout élément de preuve nécessaire.

[56] Enfin, l'argument de l'ACLC était fondé sur le dossier plutôt que sur de nouveaux éléments de preuve. À mon avis, dans ces conditions, cette Cour a non seulement compétence pour entendre l'ACLC sur ce point, mais elle a aussi l'obligation de le faire.

La politique constitue-t-elle à première vue de la discrimination?

[57] J'examinerai maintenant la question de savoir si la politique constitue à première vue de la discrimination au sens de l'article 10 de la Loi. Comme je l'ai déjà dit, la formation a répondu à cette question par la négative.

[58] Selon l'article 10 de la Loi, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, de fixer des lignes de conduite. En vertu de l'article 3 de la Loi, la déficience est un motif de distinction illicite, la déficience étant définie à l'article 25 comme comprenant la dépendance envers la drogue. Par conséquent, toute politique qui est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu du fait qu'il a une dépendance envers la drogue est probablement à première vue un acte discriminatoire.

[59] The policy requires that all employees be tested for drug use. Although the policy applies to all employees, it is mandatory only for some.

[60] The appellant defends the policy on two bases. First, that the policy does not constitute a discriminatory practice, since its effect is to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for such use. Secondly, that under the policy, employees face termination only if they do not comply with its requirements, either by refusing to undergo testing or by persisting in the use of illegal drugs, whether or not they are drug dependent.

[61] The appellant's first objection to the order on appeal is that the Motions Judge failed to accord the appropriate level of deference to the finding of the Panel that the policy is not discriminatory.

[62] In support of that objection, the appellant says that the Panel's finding on this issue was one of fact, and since that finding was not patently unreasonable, the Motions Judge should have accorded deference to it and should not have interfered. I disagree with the appellant's contention on this issue, for the following reasons.

[63] First, in making its determination, the Panel was answering a question of law or mixed fact and law. That determination was, therefore, one to which reviewing courts owe little deference.

[64] The appropriate level of deference owed to decisions of human rights tribunals was discussed by the Supreme Court of Canada on several occasions. The principle set out by La Forest J. in *Canada (Attorney General) v. Mossop*,²² and recently affirmed by the Supreme Court of Canada in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*²³ and in *Ross v. New Brunswick School District No. 15*,²⁴ is that the superior expertise of a human rights tribunal relates to fact-finding and

[59] La politique exige que tous les employés se soumettent à un test de dépistage de drogues. La politique s'applique à tous les employés, mais elle n'est obligatoire que pour certains employés.

[60] L'appelante invoque deux raisons à l'appui de sa politique. En premier lieu, la politique ne constitue pas un acte discriminatoire, étant donné qu'elle a pour effet d'interdire la consommation continue de drogues illégales indépendamment de la raison pour laquelle pareilles drogues sont consommées. En second lieu, les employés risquent d'être congédiés uniquement s'ils ne se conforment pas aux exigences de la politique, soit en refusant de subir un test soit en continuant à consommer des drogues illégales, et ce, qu'ils aient ou non une dépendance envers la drogue.

[61] La première objection que l'appelante formule à l'encontre de l'ordonnance ici en cause est que le juge des requêtes n'a pas fait preuve de la retenue appropriée à l'égard de la conclusion de la formation selon laquelle la politique n'est pas discriminatoire.

[62] À l'appui de cette objection, l'appelante dit que la conclusion que la formation a tirée sur ce point était une conclusion de fait, et qu'étant donné qu'elle n'était pas manifestement déraisonnable, le juge des requêtes aurait dû faire preuve de retenue et n'aurait pas dû intervenir. Je ne souscris pas à la prétention de l'appelante sur ce point, et ce, pour les motifs suivants.

[63] Premièrement, en rendant sa décision, la formation répondait à une question de droit ou à une question de fait et de droit. Cette décision était donc une décision à l'égard de laquelle les cours de révision n'ont pas à faire preuve d'énormément de retenue.

[64] La Cour suprême du Canada a examiné à plusieurs reprises la question de la retenue dont il faut faire preuve à l'égard des décisions rendues par les tribunaux de droits de la personne. Le principe énoncé par le juge La Forest dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*²², lequel a récemment été confirmé dans les arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*²³ et *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*²⁴, de la Cour suprême du Canada

adjudication in a human rights context and does not extend to general questions of law. Therefore, courts must review decisions of a human rights tribunal on questions of law or mixed fact and law on the basis of correctness, not a standard of reasonableness.²⁵

[65] Secondly, the policy provides that employees who do not comply with the policy by repeatedly testing positive for drugs face termination. The fact that the appellant accommodates employees through rehabilitation programs and counselling does not mean that employees who repeatedly test positive for drugs do not risk termination. Among the employees who risk termination are those who are persistent, yet casual drug users, and those who are dependent on drugs. Therefore, the policy could be said to have the effect of depriving or tending to deprive drug dependent persons of employment and thus to constitute a case of *prima facie* discrimination within the meaning of section 10 of the Act.

Direct Discrimination

[66] In light of that conclusion, I must determine whether that discrimination is direct or adverse effect. The distinction between direct and adverse effect discrimination is important because it determines, *inter alia*, the applicable defences and whether the policy will be struck down or maintained once a finding of discrimination has been made.

[67] Discrimination is not defined in the Act, but in *Andrews v. Law Society of British Columbia*,²⁶ the Supreme Court of Canada defined it as follows:

... discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has

est que l'expertise supérieure d'un tribunal des droits de la personne porte sur l'appréciation des faits et sur les décisions rendues dans un contexte de droits de la personne et ne s'étend pas aux questions générales de droit. Les cours doivent donc examiner les décisions rendues par le tribunal des droits de la personne sur des questions de droit ou sur des questions de fait et de droit du point de vue de leur justesse, et non en fonction de leur caractère raisonnable²⁵.

[65] En second lieu, la politique prévoit que les employés qui ne se conforment pas à la politique et qui obtiennent constamment un résultat positif risquent d'être congédiés. Le fait que l'appelante compose avec l'employé au moyen de programmes de réadaptation et de counselling ne veut pas dire que l'employé ne risque pas d'être congédié, si les tests qu'il subit donnent toujours un résultat positif. Parmi les employés qui risquent d'être congédiés, il y a ceux qui continuent à utiliser des drogues, même s'il ne s'agit que de consommateurs occasionnels, et ceux qui ont une dépendance envers la drogue. Par conséquent, il serait possible de dire que la politique est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'individus qui ont une dépendance envers la drogue et qu'elle constitue donc à première vue de la discrimination au sens de l'article 10 de la Loi.

La discrimination directe

[66] Compte tenu de cette conclusion, je dois déterminer s'il s'agit d'une discrimination directe ou d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est importante parce qu'elle détermine entre autres les moyens de défense applicables et si la politique sera annulée ou maintenue une fois qu'il aura été conclu à la discrimination.

[67] La Loi ne définit pas ce qu'est la discrimination, mais dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*²⁶, la Cour suprême du Canada a défini ce mot comme suit:

... la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un

the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits and advantages available to other members of society.

[68] The distinction between direct and adverse effect discrimination was laid down by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*,²⁷ where McIntyre J., for the Court, stated:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

[69] The Supreme Court of Canada further refined the definition of direct discrimination in the context of employment in *Dairy Pool, supra*, in the following terms:²⁸

The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person's ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc. The ideal of human rights legislation is that each person be accorded equal treatment as an individual taking into account those attributes. Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

[68] La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable a été énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*²⁷, où le juge McIntyre, au nom de la Cour, a dit ceci:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». . . D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés . . . Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

[69] Dans l'arrêt *Dairy Pool, supra*, la Cour suprême du Canada a donné les précisions suivantes au sujet de la définition de la discrimination directe dans le contexte de l'emploi²⁸:

En matière d'emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l'aptitude d'une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l'âge, le sexe, la religion, etc. L'idéal que visent les lois sur les droits de la personne est justement de faire en sorte que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, eu égard à ces attributs. Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

[70] Direct discrimination will therefore occur in the context of employment when an employer adopts a practice or a policy which, “on its face”, discriminates on a prohibited ground. In my view, the policy at issue here does not fall within that definition. It does not, on its face, prevent anyone from gaining or maintaining employment with the appellant; employees who test positive for drug use and continue to participate in rehabilitation programs will not be terminated for that reason alone. An individual who refuses to submit to the initial drug test, or who refuses to comply with other requirements of the policy, will have breached a condition of employment and is deemed to have rejected the appellant’s offer of employment, thus risking termination by reason of the breach.

[71] The appellant’s objective in establishing the policy is to promote a safe, healthy and productive workplace for all employees, and to provide a drug-free workplace. The policy therefore prohibits the consumption, possession, sale or distribution of illegal drugs while on appellant’s premises or during working hours. At the same time, the policy is concerned with treating employees with a drug abuse problem in a fair manner and in ways which respects their right to privacy and dignity. The intent of the policy is clearly rehabilitative, not punitive: rehabilitative services are offered to all employees who need them and termination of employment will occur only where reasonable accommodation has been provided but is considered unsuccessful or where rehabilitative efforts have failed or have been refused. It should be noticed that the policy requires all senior managers to submit to drug testing, albeit on a voluntary basis, as part of their annual medical examination.

[72] Since the Act does not protect the right to use illegal drugs but only protects against specific discriminatory practices on enumerated grounds such as drug dependence, it cannot be said, in my view, that on its face, the policy constitutes discrimination on a prohibited ground.

[70] Par conséquent, il y a discrimination directe dans le contexte de l’emploi lorsque l’employeur adopte une ligne de conduite qui «à première vue» crée une distinction illicite. À mon avis, la politique ici en cause n’est pas visée par cette définition. À première vue, elle n’empêche pas qui que ce soit d’obtenir ou de continuer à exercer un emploi auprès de l’appelante; si le test de dépistage de drogues donne un résultat positif et si l’employé continue à participer aux programmes de réadaptation, il ne sera pas mis fin à l’emploi pour cette seule raison. L’individu qui refuse de se soumettre au test de dépistage initial, ou qui refuse de se conformer aux autres exigences de la politique, viole une condition d’emploi et est réputé avoir rejeté l’offre d’emploi de l’appelante, de sorte qu’il risque d’être congédié.

[71] En établissant sa politique, l’appelante cherchait à assurer un milieu de travail sécuritaire, sain et productif pour tous les employés, ainsi qu’un lieu de travail exempt de drogues. La politique interdit donc la consommation, la possession, la vente ou la distribution de drogues illégales pendant que l’employé est dans les locaux de l’appelante ou pendant les heures de travail. En même temps, la politique vise à traiter les employés qui ont un problème de toxicomanie d’une manière juste et de façon à respecter leur droit à la vie privée et à la dignité. La politique vise clairement à assurer la réadaptation et non à punir l’employé: les services de réadaptation sont offerts à tous les employés qui en ont besoin et il ne sera mis fin à l’emploi que si des mesures raisonnables d’accommodement ont été prises, mais qu’elles se sont avérées infructueuses ou si les efforts de réadaptation ont échoué ou ont été refusés. Il importe de noter que la politique exige que tous les dirigeants se soumettent à un test de dépistage de drogues, quoique sur une base volontaire, dans le cadre de leur examen médical annuel.

[72] Étant donné que la Loi ne protège pas le droit d’utiliser des drogues illégales, mais assure uniquement une protection contre des actes discriminatoires précis pour des motifs énumérés, comme la dépendance envers la drogue, on ne peut pas dire, à mon avis, que la politique crée à première vue une distinction illicite.

[73] The CCLA submits that the fact that all drug users are not dependent on drugs should not detract from the direct nature of the discrimination. They argue that in considering whether an employer has discriminated on the basis of a disability, it is sufficient that the employer perceive that the employee is disabled from working. However, the CCLA led no evidence to establish that the appellant perceived affected employees in this manner.

[74] Furthermore, it cannot be inferred from the policy that the appellant perceived employees who test positive for drugs as suffering from a disability. On the contrary, as the Panel noted, the appellant does not operate on perceptions or assumptions about the nature of the employees' drug use, but upon actual professional diagnoses. An employee repeatedly testing positive for illegal drug use faces termination because of his or her continued use of illegal drugs.²⁹

[75] In written and oral submissions, the CCLA further relied on the decision of the Ontario Board of Inquiry in *Entrop v. Imperial Oil Limited*³⁰ which found that a perception of unfitness to work because of the presence of alcohol or drug in an employee's body constitutes direct discrimination on the basis of handicap.

[76] The decision of the one-member panel was confirmed by the Ontario Divisional Court after the hearing of this appeal. The Court confirmed the following findings made by the Board: the policy was directly discriminatory because it required "self-disclosure by people with substance abuse problems including drug abuse and drug dependence". The policy was also found to be directly discriminatory by virtue of the:³¹

. . . various testing provisions of the Policy, as measures designed to assist the employer to seek out and designate workers who are to be disciplined on the basis of handicap, or "perceived" handicap in the case of people who test

[73] L'ACLIC soutient que le fait que tous les consommateurs de drogue ne sont pas dépendants envers la drogue ne devrait rien changer à la nature de la discrimination. Elle affirme qu'en ce qui concerne la question de savoir si l'employeur a créé une distinction illicite sur la base d'une déficience, il suffit que l'employeur présume que l'employé n'est pas apte à travailler. Toutefois, l'ACLIC n'a présenté aucun élément de preuve pour établir que l'appelante considérait ainsi les employés touchés.

[74] En outre, la politique ne permet pas d'inférer que l'appelante présumait que les employés dont le test donnait un résultat positif étaient atteints d'une déficience. Au contraire, comme la formation l'a fait remarquer, l'appelante ne se fonde pas sur des présomptions ou sur des hypothèses au sujet de la nature de la consommation de drogue par les employés, mais sur des diagnostics professionnels. L'employé dont les tests ont toujours donné un résultat positif risque d'être congédié parce qu'il continue à utiliser des drogues illégales²⁹.

[75] Dans ses observations écrites et orales, l'ACLIC s'est en outre fondée sur la décision que la commission d'enquête de l'Ontario avait rendue dans l'affaire *Entrop v. Imperial Oil Limited*³⁰, où il avait été conclu qu'une présomption d'inaptitude à travailler fondée sur la présence d'alcool ou de drogue dans l'organisme de l'employé constitue de la discrimination directe fondée sur une déficience.

[76] La décision de la formation, qui était composée d'un seul membre, a été confirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario après l'audition du présent appel. La Cour a confirmé les conclusions suivantes que la commission d'enquête avait tirées: la politique constituait de la discrimination directe parce qu'elle exigeait [TRADUCTION] «la divulgation, par des gens qui ont des problèmes d'abus de produits intoxicants, et notamment d'abus et de dépendance envers la drogue». Il a également été jugé que la politique constituait de la discrimination directe à cause de³¹:

[TRADUCTION] . . . diverses dispositions de la politique concernant le dépistage, en tant que mesures destinées à aider l'employeur à trouver et identifier les travailleurs qui doivent faire l'objet de mesures disciplinaires en raison

positive for drug and alcohol use but who do not have a drug or alcohol abuse problem. Although Imperial denies perceiving that drug using employees are handicapped, it was the finding of the Board that the Policy treats even casual users as if they had a handicap and that that treatment is sufficient to trigger the protection of the Code.

[77] Finally, the Court also agreed with the finding of the Board that Imperial Oil did not make out a defence to the *prima facie* discriminatory treatment, because it failed to establish that drug testing is relevant in determining whether the individual has the capacity to perform the essential components of the job safely, efficiently and reliably.

[78] While this decision in this appeal was reserved, counsel for the CCLA and for the appellant made further submissions in writing based upon the decision of the Divisional Court. I have read and considered these submissions and agree with the submissions of the appellant that the decision of the Divisional Court in *Entrop* is distinguishable on its facts and does not assist the CCLA in its argument on this issue.

[79] I conclude, therefore, that the policy applies to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for that use. Employees who test positive for drugs are not dismissed for drug use. Rather, those employees who persist in using drugs and who test positive on three occasions risk dismissal if they do not participate in rehabilitation or comply with the other requirements of the policy. Since employees who persist in using illegal drugs risk dismissal whether or not they are dependent on drugs, the policy cannot be construed as constituting direct discrimination against drug dependent employees. I will now consider the issue of adverse effect discrimination.

d'une déficience, ou d'une déficience «présumée» dans le cas des gens dont le test de dépistage de drogue et d'alcool donne un résultat positif mais qui n'ont pas de problèmes d'alcoolisme ou de toxicomanie. Imperial Oil a nié avoir présumé que les employés qui consomment de la drogue sont atteints d'une déficience, mais la commission d'enquête a conclu que la politique traite même les utilisateurs occasionnels comme s'ils avaient une déficience et que cela suffisait pour que la protection prévue par le Code leur soit assurée.

[77] Enfin, la Cour souscrivait également à la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle Imperial Oil n'avait pas réfuté la preuve *prima facie* de traitement discriminatoire, parce qu'elle avait omis d'établir que le dépistage des drogues est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si l'individu a la capacité d'accomplir d'une façon sécuritaire, efficace et fiable les tâches essentielles que comporte son emploi.

[78] Avant que la décision soit rendue dans cet appel, les avocats de l'ACLC et de l'appelante ont présenté par écrit des observations additionnelles fondées sur la décision de la Cour divisionnaire. J'ai lu et examiné ces observations et je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il est possible de distinguer la décision que la Cour divisionnaire a rendue dans l'affaire *Entrop* quant à ses faits et que cette décision n'aide pas l'ACLC sur ce point.

[79] Je conclus donc que la politique s'applique de façon à interdire l'utilisation continue de drogues illégales, et ce, indépendamment du motif de cette utilisation. Les employés dont le test donne un résultat positif ne sont pas congédiés parce qu'ils consomment de la drogue. Cependant, les employés qui continuent à utiliser des drogues et qui obtiennent un résultat positif à trois reprises risquent d'être congédiés s'ils ne participent pas au programme de réadaptation ou s'ils ne se conforment pas aux autres exigences de la politique. Étant donné que les employés qui continuent à utiliser des drogues illégales risquent d'être congédiés, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une dépendance envers la drogue, la politique ne peut pas être interprétée comme constituant de la discrimination directe à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue. J'examinerai maintenant la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

Adverse Effect Discrimination

[80] In *O'Malley, supra*, McIntyre J. described adverse effect discrimination as arising when an employer, for genuine business reasons, adopts a rule or standard which is, on its face, neutral, and which will apply to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, *inter alia*, obligations or restrictive conditions not imposed on others to whom it may apply.

[81] Writing for the majority in *Dairy Pool, supra*, Wilson J. defined a rule as constituting adverse effect discrimination when:³²

... a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship.

[82] The principles set out in *Dairy Pool* and *O'Malley, supra*, have been applied by courts in various decisions, and more recently, have been followed by the Supreme Court of Canada in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*³³ and *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*.³⁴ Although the Supreme Court of Canada first addressed the concept of adverse effect discrimination in the context of provincial human rights legislation, McIntyre J. made it clear in *Andrews, supra*, that the equality principles developed in those cases were equally applicable to cases involving section 15 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].³⁵ In my view, these principles apply, *a fortiori*, to cases governed by federal human rights legislation.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable

[80] Dans l'arrêt *O'Malley, supra*, le juge McIntyre a dit qu'il y avait discrimination par suite d'un effet préjudiciable lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui crée une distinction illicite à l'égard d'un seul employé ou d'un groupe d'employés en ce sens qu'elle leur impose entre autres des obligations ou des conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres employés.

[81] Dans l'arrêt *Dairy Pool, supra*, le juge Wilson a dit au nom de la majorité qu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans le cas³²:

... d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives.

[82] Les tribunaux ont appliqué dans diverses décisions les principes énoncés dans les arrêts *Dairy Pool* et *O'Malley, supra*; plus récemment, la Cour suprême du Canada a suivi ces principes dans les arrêts *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*³³ et *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*³⁴. La Cour suprême du Canada a d'abord examiné le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans le contexte de la législation provinciale sur les droits de la personne, mais le juge McIntyre a clairement fait savoir, dans l'arrêt *Andrews, supra*, que les principes d'égalité élaborés dans ces arrêts-là s'appliquent également aux affaires dans lesquelles l'article 15 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] est en cause³⁵. À mon avis, ces principes s'appliquent *a fortiori* aux affaires régies par la législation fédérale sur les droits de la personne.

[83] The Motions Judge found that the policy constituted adverse effect discrimination, because, although neutral on its face and applicable to all employees, it impacts adversely on a sub-group of employees who face termination because they are drug dependent.³⁶

[84] The CCLA contends that the policy imposes on drug dependent employees, because of some special characteristic (drug dependence), penalties not imposed on others in the work force. It also contends that the impact of the policy will be to exclude from employment a disproportionate number of drug dependent persons thus satisfying the elements of adverse effect discrimination.

[85] For its part, the appellant contends that the Motions Judge exceeded the intended scope of the Act in finding that it extends to protect drug dependent persons using illegal drugs. The appellant says that such an interpretation of the Act is contrary to the intention of Parliament as reflected in the *Narcotic Control Act* and in the explanation of the scope of the phrase "previous or existing dependence on a drug" given by the then Chairman of the Commission to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs. Furthermore, the appellant says that that phrase in section 25 of the Act should not be interpreted in such a manner as to prevent an employer from dismissing an employee reliably diagnosed as using an illegal drug. In its written submissions, the appellant quotes the following words of the Chairman, confirming that an employer has the right to dismiss an employee found using illegal drugs:

Mr. Robinson (Burnaby): Okay. And if we were dealing with an illegal drug, then existing guidelines dealing with breach of the law would allow the employer to terminate the employee.

Mr. Fairweather: That is right.³⁷

[86] Therefore, the appellant submits, if the Act extends to persons dependent on illegal drugs, then the

[83] Le juge des requêtes a conclu que la politique constituait de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce que, même si elle est neutre en apparence et même si elle s'applique à tous les employés, elle a un effet préjudiciable sur un sous-groupe d'employés qui risquent d'être congédiés parce qu'ils ont une dépendance envers la drogue³⁶.

[84] L'ACLC soutient que la politique impose à certains employés, à cause d'une caractéristique particulière (la dépendance envers la drogue), des peines qui ne sont pas imposées aux autres membres de son personnel. Elle soutient également que la politique a pour effet d'exclure de l'emploi un nombre disproportionné d'individus qui ont une dépendance envers la drogue, de sorte que les éléments de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable sont présents.

[85] De son côté, l'appelante soutient que le juge des requêtes a excédé la portée prévue de la Loi en concluant qu'elle protège également les individus dépendants envers la drogue qui utilisent des drogues illégales. L'appelante dit que pareille interprétation de la Loi est contraire à l'intention du législateur telle qu'elle se manifeste dans la *Loi sur les stupéfiants* et dans l'explication que le président de la Commission de l'époque a donnée au Comité permanent de la Justice et des questions juridiques au sujet de la portée de l'expression «dépendance, présente ou passée, envers la drogue». En outre, l'appelante dit que cette expression, qui figure à l'article 25 de la Loi, ne devrait pas être interprétée de façon à empêcher l'employeur de congédier un employé qui a fait l'objet d'un diagnostic fiable de consommation de drogue illégale. Dans ses observations écrites, l'appelante cite les remarques suivantes du président, confirmant que l'employeur a le droit de congédier un employé qui, a-t-on constaté, consomme des drogues illégales:

M. Robinson (Burnaby): Parfait. Par contre s'il s'agit d'une drogue illégale, un patron pourrait, en application de la loi actuelle, licencier un employé.

M. Fairweather: Oui³⁷.

[86] L'appelante soutient donc que si la Loi s'applique aux personnes qui ont une dépendance envers des

protection afforded under the Act should only extend to dependent drug users willing to rehabilitate and end their illegal use.

[87] I notice here that the appellant's interpretation of section 25 is consistent with section 2 of the Act. Section 2 provides that the purpose of the Act is to extend the laws in Canada to give effect to the principle 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, consistent with his or her duties and obligations as a member of society. Thus, section 2 contains within itself a limitation on the rights protected in the Act. All members of society have an obligation to obey the laws of Canada, including the prohibitions expressed or implied in the *Narcotic Control Act*. It is my respectful view, therefore, as the appellant rightly contends, that section 25 of the Act must be construed as extending its limitation only to dependent drug users willing to rehabilitate and end their illegal use of narcotics.

[88] The policy is an employment rule honestly made for economic or business reasons. As previously mentioned, the appellant's concerns underlying this policy are, *inter alia*, to maintain a safe, healthy and productive workplace for the employees, to safeguard customer, the appellant's and employee funds and information as well as to protect its reputation. The banking industry is founded upon the principles of honesty, integrity and trust. As such, the connection between drug use and organized crime as well as theft pose an unacceptable risk for the appellant especially since employees have access to large amounts of money and privileged financial information.

[89] Furthermore, as I have already said, the policy is equally applicable to all employees. Those who test positive on three occasions are at risk of being terminated. Among those who face termination are employees who are casual, yet persistent users as well as those who are dependent on drugs. Therefore, the application of the policy results in the termination of

drogues illégales, elle devrait uniquement protéger les individus dépendants envers la drogue qui veulent se réadapter et cesser d'utiliser des drogues illégales.

[87] Je remarque ici que l'interprétation que l'appelante donne à l'article 25 est compatible avec l'article 2 de la Loi. L'article 2 prévoit que la Loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet au principe suivant: le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement. L'article 2 renferme donc en soi une restriction à l'égard des droits protégés par la Loi. Tous les membres de la société ont l'obligation de se conformer à la législation canadienne, y compris aux interdictions établies expressément ou non par la *Loi sur les stupéfiants*. Par conséquent, à mon avis, comme l'appelante le soutient avec raison, l'article 25 de la Loi doit être interprété de façon à s'appliquer uniquement aux individus dépendants envers la drogue qui veulent se réadapter et cesser d'utiliser illégalement des stupéfiants.

[88] La politique est une règle d'emploi qui a honnêtement été adoptée pour des raisons économiques ou commerciales. Comme il en a déjà été fait mention, la politique de l'appelante vise entre autres à assurer aux employés un lieu de travail sécuritaire, sain et productif, à protéger les fonds des clients, de l'appelante et des employés ainsi que les renseignements financiers y afférents et à maintenir la réputation de l'appelante. Le secteur bancaire est fondé sur l'honnêteté, l'intégrité et la confiance. Partant, le lien qui existe entre la consommation de drogue et le crime organisé ainsi que le vol présente un risque inacceptable pour l'appelante, compte tenu du fait en particulier que les employés ont accès à de grosses sommes d'argent et à des renseignements financiers protégés.

[89] En outre, comme je l'ai déjà dit, la politique s'applique également à tous les employés. L'employé dont le test donne un résultat positif à trois reprises risque d'être congédié. Parmi les employés qui s'exposent à une cessation d'emploi, il y a les employés qui utilisent de la drogue occasionnellement quoique d'une façon chronique, ainsi que ceux qui ont une dépen-

a class of employees which comes within the Act's definition of "disability" under section 25. For these reasons, I conclude, that it could be said that the policy constitutes adverse effect discrimination.

Reasonable Accommodation

[90] Having concluded that the policy could arguably be said to constitute adverse effect discrimination, I must examine whether the appellant has satisfied the test for reasonable accommodation. In cases of direct discrimination, the employer must satisfy the requirements of the *bona fide* occupational requirement (BFOR) test in order for a court to uphold a work rule. In cases of adverse effect discrimination, a rule remains enforceable if the employer makes reasonable efforts to accommodate those who are adversely affected by it.

[91] Since I have concluded that the policy does not constitute direct discrimination, I do not find it necessary to deal with the BFOR test.

[92] The test for reasonable accommodation was set out by Wilson J. in *Dairy Pool, supra*. The two components of the test are that the policy must be rationally related to job performance, and the employer must accommodate the employee up to the point of undue hardship.

(1) Rational Connection

[93] The Motions Judge found that the Panel was correct when it concluded that the appellant had fulfilled its obligation to accommodate drug dependent employees short of undue hardship.

[94] The test for rational connection was set out by Wilson J. in *Dairy Pool, supra*, in the following terms:³⁸

McIntyre J.'s judgment in *O'Malley* provides some guidance in identifying a rational connection between a

dance envers la drogue. L'application de la politique donne donc lieu au congédiement d'une catégorie d'employés qui est visée par l'article 25 de la Loi. Pour ces motifs, je conclus qu'il serait possible de dire que la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

L'accommodement raisonnable

[90] Puisque j'ai conclu qu'il serait possible de dire que la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, je dois déterminer si l'appelante a satisfait au critère relatif à l'accommodement raisonnable. Dans les cas de discrimination directe, pour qu'un tribunal confirme une règle de travail, l'employeur doit satisfaire aux exigences du critère relatif à l'exigence professionnelle justifiée (EPJ). Dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, une règle continue à s'appliquer si l'employeur fait des efforts raisonnables pour composer avec les individus lésés.

[91] Étant donné que j'ai conclu que la politique ne constitue pas de la discrimination directe, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner le critère relatif à l'EPJ.

[92] Le critère relatif à l'accommodement raisonnable a été énoncé par le juge Wilson dans l'arrêt *Dairy Pool, supra*. Les deux éléments du critère sont que la politique doit avoir un lien rationnel avec le rendement au travail et que l'employeur doit composer avec l'employé sans pour autant subir de contrainte excessive.

1) Le lien rationnel

[93] Le juge des requêtes a conclu que la formation avait eu raison de conclure que l'appelante avait satisfait à son obligation d'accommodement à l'égard des employés dépendants envers la drogue sans pour autant subir de contrainte excessive.

[94] Le critère relatif au lien rationnel a été énoncé comme suit par le juge Wilson dans l'arrêt *Dairy Pool, supra*³⁸:

L'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* fournit certaines indications sur la façon de vérifier s'il existe un

given rule and the employment. At page 551 he speaks of an “employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply . . .” As in the case at bar, the rule in *O’Malley* pertained to attendance on certain days, specifically two out of three Saturdays. The Court in *O’Malley* concluded that the employer’s rule satisfied the first branch of the test. McIntyre J. states at pp. 555-56:

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays.

I think it must follow from this that the respondent in the case at bar is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day. The respondent’s work rule accordingly meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor.

[95] In *Dairy Pool, supra*, Wilson J. expanded on the concept of a regime in which the type of discrimination dictates whether BFOR or duty of accommodation will apply as defences. It is my view that, in doing so, she abandoned the imposition of strict requirements for justification of the rule in favour of what appears to be a more relaxed “rational connection” threshold which will move the inquiry more quickly to the accommodation issue.

[96] The Motions Judge held that the Panel had failed to make a clear and unmistakable finding on whether there existed a rational connection between the policy and job performance.

[97] The appellant contends that the Motions Judge took an overly formalistic approach in drawing such a conclusion. In support of that contention, the appellant made several submissions. First, that the Panel made several findings to that effect and that the Motions Judge dismissed such findings on accommodation because they did not appear in the Panel’s reasons under the heading “accommodation”. Secondly, that in applying the *Brossard* test³⁹ when making its findings on rational connection, the Panel found

lien rationnel entre une règle donnée et l’emploi. À la page 551, il parle d’une «condition d’emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d’affaires, également applicable à tous ceux qu’elle vise . . .» Comme en l’espèce, la règle en cause dans l’arrêt *O’Malley* prescrivait la présence au travail certains jours, en l’occurrence deux samedis sur trois. La Cour a conclu que cette règle satisfaisait au premier volet du critère. Voici ce que dit le juge McIntyre aux pp. 555 et 556:

Pour relier ce principe de l’accommodement aux faits de l’espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l’employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l’ouvrir le samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu’ils travaillent le samedi.

Il s’ensuit, à mon avis, que l’intimée est également autorisée en l’espèce à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. La condition d’emploi fixée par l’employeur satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière.

[95] Dans l’arrêt *Dairy Pool, supra*, M^{me} le juge Wilson a donné des précisions au sujet du régime dans lequel la possibilité d’invoquer une EPJ ou l’obligation d’accommodement comme moyens de défense dépend du genre de discrimination en cause. J’estime que, ce faisant, elle a renoncé à imposer des exigences strictes permettant de justifier la règle, en adoptant plutôt ce qui semble être un critère préliminaire plus souple, en ce qui concerne le «lien rationnel», lequel aura pour effet d’amener plus rapidement l’examen de la question de l’accommodement.

[96] Le juge des requêtes a statué que la formation avait omis de tirer une conclusion en des termes clairs et sans équivoque au sujet du lien rationnel existant entre la politique et le rendement professionnel.

[97] L’appelante soutient que le juge des requêtes a adopté une approche trop formaliste en tirant pareille conclusion. Elle a fait à l’appui plusieurs observations. Premièrement, la formation avait tiré plusieurs conclusions en ce sens et le juge des requêtes avait rejeté les conclusions tirées au sujet de l’accommodement parce qu’elles ne figuraient pas sous la rubrique «Accommodement» des motifs de la formation. Deuxièmement, en appliquant le critère énoncé dans l’arrêt *Brossard*³⁹, lorsqu’elle avait tiré ses conclusions au

that the elimination of illegal drug use was an appropriate purpose because of the impact of drugs on work performance. Thirdly, that the fact that the Panel's conclusion was made in the course of its BFOR analysis should not render it any less applicable to the issue of accommodation. Finally, that the Panel accepted the evidence adduced on the impact of drugs on job performance, and that in light of such evidence, the conclusion of the Panel that an employment rule prohibiting illegal drug use among employees is an appropriate business practice that cannot be held to be patently unreasonable.

[98] The Commission made several submissions in response. First, that the Panel failed to address the issue whether the policy is related to the performance of the job, and that the Motions Judge could not assume that the Panel would conclude that the policy is job related, if it had addressed that issue. Secondly, that the Panel made findings relating to the appellant's good faith and intent, but that these are irrelevant to the issue of adverse effect discrimination. Finally, that many of the findings of the Panel are incompatible with any conclusion respecting the job relatedness of the policy.

[99] The jurisprudence of the Supreme Court of Canada teaches that a rule which has been found to constitute adverse effect discrimination is, by definition, neutral on its face, and will be upheld if the employer establishes successfully that it has fulfilled its duty to accommodate reasonably the adversely affected employee. Since the rule in itself is not intentionally discriminatory, there is less emphasis on its underlying rationale—hence the more relaxed “rational connection” threshold developed in cases of adverse effect discrimination, so long as the accommodation component of the test is satisfied.

[100] As noted earlier, the underlying concerns of the appellant in adopting its policy are to maintain a safe, healthy and productive workplace for all employees and to safeguard customer, employee and the appellant's funds and information and protect its

sujet du lien rationnel, la formation avait conclu que le fait d'éliminer la consommation de drogues illégales constituait un objectif approprié en raison des effets que pareilles drogues ont sur le rendement au travail. Troisièmement, même si elle avait été tirée dans le cadre de l'analyse de l'EPJ, cette conclusion était tout aussi valable dans le cas de l'accommodement. Enfin, la formation avait retenu la preuve présentée au sujet de l'effet des drogues sur le rendement au travail et, cela étant, il n'était pas manifestement déraisonnable de conclure qu'une règle d'emploi interdisant la consommation de drogues illégales parmi les employés constitue une pratique commerciale appropriée.

[98] La Commission a présenté en réponse plusieurs observations. Premièrement, la formation ne s'était pas demandé si la politique était liée au rendement au travail, et le juge des requêtes ne pouvait pas présumer que si elle l'avait fait, la formation aurait conclu que la politique est ainsi liée. Deuxièmement, la formation avait tiré des conclusions au sujet de la bonne foi et de l'intention de l'appelante, mais cela n'avait rien à voir avec la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Enfin, de nombreuses conclusions de la formation étaient incompatibles avec toute conclusion relative au lien existant entre la politique et l'emploi.

[99] La jurisprudence de la Cour suprême du Canada enseigne qu'une règle qui est considérée comme constituant de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable est, par définition, neutre à première vue, et sera confirmée si l'employeur réussit à établir qu'il a satisfait à l'obligation qui lui incombait de prendre des mesures d'accommodement raisonnables avec l'employé lésé. Étant donné que la règle en soi n'est pas intentionnellement discriminatoire, le fondement la sous-tendant a une importance moindre; le critère préliminaire plus souple relatif au «lien rationnel» a donc été élaboré dans les affaires de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, dans la mesure où il y a un accommodement.

[100] Comme il en a ci-dessus été fait mention, en adoptant sa politique, l'appelante cherchait à assurer un milieu de travail sain, sécuritaire et productif pour tous les employés, à protéger ses fonds ainsi que ceux des clients et des employés et les renseignements

reputation. The policy also acknowledges the impact of drugs on work performance in that it affects alertness, perception, and other working abilities. The Panel made the finding that if it were to “assume that the employer’s purpose is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact they might have upon job performance, . . . [it was] an appropriate purpose”.⁴⁰ Since the test for rational connection in the context of adverse effect discrimination is not as strict as the “reasonable necessity” test of the BFOR defence, I am of the view that the policy has been developed and adopted for sound economic reasons and satisfies the rational connection portion of the reasonable accommodation defence.

(2) Reasonable Accommodation

[101] The extent to which an employer must accommodate employees adversely discriminated against is limited by the words “reasonable” and “short of undue hardship”.⁴¹ What constitutes reasonable accommodation is a question of fact which varies with the circumstances of a particular case. Here, the Panel found that the policy had accommodated affected employees to the point of undue hardship, and the Motions Judge agreed. In the absence of a showing that the Panel made its finding in a perverse or capricious manner or that the Motions Judge erred in accepting that finding, it would be wrong, in my view, to interfere with it.

[102] Furthermore, the Commission’s own published policy statement on drug testing, is that the duty to accommodate does not extend beyond offering employees an opportunity to rehabilitate. In its policy statement, the Commission acknowledges that if an employee does not overcome his or her dependence, no further accommodation by the employer is required.⁴²

Reasonable accommodation may include referring employees who test positive to an employee assistance program for assessment and, if needed, counselling and

financiers y afférents et à maintenir sa réputation. La politique reconnaît également l’effet des drogues sur le rendement au travail en ce qui concerne la vigilance, la perception et les autres aptitudes de travail. La formation a conclu que si elle «présum[ait] . . . que l’objectif de l’employeur est d’éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail de ses employés en raison des effets qu’elles peuvent avoir sur le rendement au travail, . . . il s’agit d’un objectif approprié»⁴⁰. Étant donné que le critère relatif au lien rationnel dans le contexte de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable n’est pas aussi strict que le critère relatif à la «nécessité raisonnable» s’appliquant au moyen de défense fondé sur une EPJ, je suis d’avis que la politique a été élaborée et adoptée pour de bonnes raisons économiques et qu’elle satisfait à l’élément «lien rationnel» du moyen de défense fondé sur l’accommodement raisonnable.

2) L’accommodement raisonnable

[101] La mesure dans laquelle l’employeur doit composer avec les employés lésés est limitée par les mots «raisonnable» et «sans subir de contrainte excessive»⁴¹. La question de savoir ce qui constitue un accommodement raisonnable est une question de fait qui dépend des circonstances. Dans ce cas-ci, la formation a conclu que la politique prévoyait des mesures d’accommodement à l’égard des employés touchés jusqu’au point où il y aurait contrainte excessive, et le juge des requêtes a souscrit à cet avis. En l’absence d’une preuve tendant à montrer que cette conclusion était abusive ou arbitraire ou que le juge des requêtes a commis une erreur en la retenant, il serait erroné à mon avis d’intervenir.

[102] En outre, selon le propre énoncé de politique publié par la Commission à l’égard du dépistage des drogues, pour qu’il y ait accommodement, il suffit d’offrir aux employés la possibilité de se réadapter. Dans son énoncé de politique, la Commission reconnaît que si un employé n’arrive pas à surmonter sa dépendance, l’employeur n’est pas tenu de prendre d’autres mesures d’accommodement⁴²:

Il peut s’agir d’envoyer un employé ayant obtenu un résultat «positif» à un programme d’aide aux employés à des fins d’évaluation et, en cas de besoin, de counselling et de

rehabilitation. The duty to reasonably accommodate has limits, however. For example, if the employer sends an employee on a rehabilitation program and the employee does not overcome his or her dependency, no further accommodation may be required.

[103] The CCLA submits that the findings made by the Motions Judge and the Panel fail to recognize and apply the proper test for undue hardship, particularly with respect to the range of applicable performance and financial cost factors and the relatively high burden of proof. In support of that basic submission, the CCLA advanced several arguments. First, that there was no evidence of the level of expense the appellant would bear in referring a person who tested positively to appropriate treatment and how this would impact on the appellant's profitability. Secondly, that there was no basis upon which the Panel could conclude that an employee referred to treatment would be unproductive in any case. Finally, that under the policy, some employees who have no productivity problems will be terminated for drug use. Accordingly, such a policy, by admitting no exceptions, cannot constitute reasonable accommodation in the face of the admonition by the Supreme Court of Canada that the factors going to reasonable accommodation must be applied with flexibility and in a specific factual context.

[104] The appellant submits that to require more accommodation than it already provides would amount to affording to drug dependent employees an absolute exemption from the policy. Such an interpretation of the duty to accommodate the appellant says, runs counter to the views of the Supreme Court of Canada that employment practices that indirectly discriminate ought not to be struck and further that the duty to accommodate carries with it a corresponding duty on the part of employees to assist in achieving some reasonable accommodation.⁴³

réadaptation. L'obligation de consentir à des adaptations raisonnables a toutefois des limites. Par exemple, si l'employeur inscrit un employé à un programme de réadaptation et que l'employé ne surmonte pas sa dépendance, on considérera qu'il a respecté son obligation.

[103] L'ACLC soutient que dans leurs conclusions, le juge des requêtes et la formation omettent de reconnaître et d'appliquer le critère qui s'applique à la contrainte excessive, en particulier en ce qui concerne la gamme des facteurs applicables relatifs au rendement et aux coûts financiers et la charge de la preuve relativement stricte. À l'appui de cette observation fondamentale, l'ACLC a avancé plusieurs arguments. Premièrement, elle a affirmé qu'il n'existe aucun élément de preuve au sujet du montant que l'appelante devrait dépenser lorsqu'elle renvoie l'individu dont le test a donné un résultat positif au programme de traitement approprié et au sujet de la façon dont cela influencerait sur la rentabilité de l'appelante. Deuxièmement, rien ne permettait à la formation de conclure que l'employé qui était renvoyé à un programme de traitement ne serait de toute façon pas productif. Enfin, en vertu de la politique, certains employés qui n'avaient pas de problèmes de productivité étaient congédiés pour avoir consommé de la drogue. Par conséquent, pareille politique, en n'admettant pas d'exceptions, ne pouvait pas prévoir de mesures d'accommodement raisonnables compte tenu de l'avertissement donné par la Cour suprême du Canada, soit que les facteurs relatifs à l'accommodement raisonnable doivent être appliqués avec souplesse et dans un contexte factuel précis.

[104] L'appelante soutient qu'exiger d'autres mesures d'accommodement en plus de celles qu'elle prend équivaldrait à exempter d'une façon absolue de la politique les employés qui ont une dépendance envers la drogue. Selon l'appelante, pareille interprétation de l'obligation d'accommodement va à l'encontre des avis exprimés par la Cour suprême du Canada, à savoir que les pratiques d'emploi qui constituent de la discrimination indirecte ne devraient pas être annulées et en outre que l'obligation d'accommodement comporte l'obligation correspondante de la part des employés d'aider à en arriver à un accommodement raisonnable⁴³.

[105] In my view, accommodation is an integral part of the policy.⁴⁴ The operation of the policy is consistent with its stated rehabilitative purpose: no employee testing positive on an initial drug test will be terminated because of a positive test result. The initial positive result remains confidential and undisclosed. Counselling and further rehabilitation programs are offered to employees testing positively on subsequent drug tests before any change in the employee's status is considered. Employees will only face dismissal if they refuse to participate in a drug test or in a rehabilitation program or fail rehabilitation efforts and continue in their use of illegal drugs. Further, even in those situations, a review of the specific circumstances of the employee concerned is undertaken before any final decision is made about termination in order to ensure that the employee has been given every opportunity to rehabilitate and to comply with the policy.⁴⁵

[106] In finding that the appellant reasonably accommodates drug dependent employees, the Panel recognized the appellant's focus on rehabilitation, noting the following attributes of the operation of the policy:⁴⁶

- when an employee tests positive in the first instance the Bank maintains the employee on the work force;
- if a second test is also positive the employee is referred for assessment at a clinic;
- following the assessment, the employee is provided with whatever treatment is indicated to be necessary from counselling to a residential treatment program;
- throughout the employee remains employed by the Bank;
- it is only after treatment and if the employee tests positive again that employment is terminated.

[107] Furthermore, as I have already noticed, the Commission's own policy acknowledges that if an

[105] À mon avis, l'accommodement fait partie intégrante de la politique⁴⁴. L'application de la politique est conforme au but de réadaptation énoncé: aucun employé dont le test initial de dépistage donne un résultat positif ne sera congédié à cause de ce résultat. Le résultat positif initial demeure confidentiel et n'est communiqué à personne. Des programmes de counselling et de réadaptation sont offerts aux employés qui obtiennent un résultat positif lorsque des tests de dépistage subséquents sont effectués avant qu'on envisage de modifier leur statut. L'employé ne risque d'être congédié que s'il refuse de subir un test de dépistage de drogues ou de participer à un programme de réadaptation ou si les efforts de réadaptation échouent et si l'employé continue à consommer des drogues illégales. En outre, même en pareil cas, la situation particulière de l'employé concerné est examinée avant qu'une décision définitive soit prise au sujet de la cessation d'emploi, et ce, afin d'assurer que l'employé ait pleinement eu la possibilité de se réadapter et de se conformer à la politique⁴⁵.

[106] En concluant que l'appelante prend des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue, la formation a reconnu que l'appelante met l'accent sur la réadaptation, en faisant remarquer les attributs suivants de l'application de la politique⁴⁶:

- lorsque le premier test s'avère positif, la Banque garde l'employé parmi les membres de son personnel;
- si le deuxième test est également positif, l'employé doit se soumettre à une évaluation dans une clinique;
- l'employé reçoit ensuite le traitement indiqué dans l'évaluation—des séances de counselling à un programme de traitement en établissement;
- pendant toute cette période, l'employé continue à faire partie des effectifs de la Banque;
- ce n'est qu'après qu'il a suivi un traitement et que le résultat d'un troisième test est positif qu'il est mis fin à l'emploi.

[107] En outre, comme je l'ai déjà fait remarquer, la propre politique de la Commission reconnaît que si un

employee does not overcome his or her dependence, no further accommodation by the employer is required.

[108] Accordingly, I am in respectful agreement with the conclusion of the Panel and of the Motions Judge that, by its terms, the policy provides reasonable accommodation for affected employees and that to require the appellant to do more would be unreasonable. I conclude, therefore, that the policy does accommodate affected employees to the point of undue hardship.

Summary

[109] It is my respectful view that the policy is not discriminatory and that the Panel was right in reaching that conclusion. If the policy could be said to constitute *prima facie* discrimination, then that discrimination would be adverse effect and the appellant has demonstrated to the requisite degree, that it has discharged its obligation to accommodate reasonably affected employees.

Conclusion

[110] For all these reasons, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal, with costs, set aside the order of the Motions Judge and dismiss the application for judicial review.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[111] ROBERTSON J.A.: This appeal stems from the decision of the Toronto-Dominion Bank (the Bank) to implement mandatory drug testing of all new and returning employees. The legal challenge to that policy does not rest on infringement of privacy rights, but on grounds of discrimination under the *Canadian Human Rights Act* (the Act). That legislation restricts employers from adopting policies that "tend to deprive" disabled persons of employment opportu-

employé ne réussit pas à surmonter sa dépendance, l'employeur n'est pas tenu de prendre d'autres mesures d'accommodement.

[108] Par conséquent, je souscris respectueusement à la conclusion de la formation et du juge des requêtes, à savoir que la politique prévoit expressément un accommodement raisonnable pour les employés touchés et qu'il serait déraisonnable d'obliger l'appellante à en faire plus. Je conclus donc que la politique prévoit des mesures d'accommodement pour les employés touchés jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive.

Sommaire

[109] J'estime respectueusement que la politique n'est pas discriminatoire et que la formation a eu raison d'en arriver à cette conclusion. S'il était possible de dire que la politique constitue à première vue de la discrimination, il s'agirait d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable; or, l'appelante a démontré dans la mesure nécessaire qu'elle s'est acquittée de l'obligation qui lui incombait de prendre des mesures d'accommodement raisonnables avec les employés touchés.

Conclusion

[110] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel et je rejetterais l'appel incident avec dépens, j'infirmierais l'ordonnance du juge des requêtes et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

* * *

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

[111] LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Cet appel découle de la décision de la Banque Toronto-Dominion (la Banque) d'obliger tous ses employés nouveaux ou réembauchés à subir un test de dépistage de drogue. La contestation judiciaire de cette politique ne repose pas sur la violation du droit à la vie privée, mais sur des motifs de distinction illicite visés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi). Cette Loi interdit aux employeurs d'adopter des lignes

nities. It also defines “disability” to include drug dependent persons.

[112] In the reasons that follow, I conclude that the Bank’s policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of the Act. Specifically, I am of the opinion that the policy constitutes direct discrimination and that it fails to qualify as a *bona fide* occupational requirement (the so-called “BFOR” defence). I reach the latter conclusion because of the Bank’s failure to establish that its policy is “reasonably necessary”.

[113] If this is not a case of direct discrimination, then I am of the alternative view that the Bank’s policy constitutes indirect or, as it is commonly referred to, adverse effect discrimination. Once again, however, I take the position that the policy in question fails. Though the Bank established that its policy reasonably accommodates those adversely affected, it fails for the reason that it is not “rationally connected” to job performance.

[114] In my view, this case represents a challenge to the bifurcated doctrine of discrimination articulated by the Supreme Court of Canada, in two material respects. Firstly, it bears on the difficulty in discerning whether an employment rule or policy constitutes direct, as opposed to, indirect discrimination. Secondly, it forces us to recognize that the distinction being drawn between the “reasonably necessary” test applied in the context of direct discrimination and the “rational connection” test applicable to cases of indirect discrimination is neither self-evident nor self-justifying.

Background

[115] Section 10 of the Act provides that it is a discriminatory practice for an employer to establish a

de conduite qui sont «susceptibles d’annihiler» les chances d’emploi d’individus atteints d’une déficience. Elle définit en outre la «déficience» comme comprenant les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[112] Dans les motifs ci-après énoncés, je conclus que la politique de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de la Loi. Plus précisément, je suis d’avis que la politique constitue de la discrimination directe et qu’elle ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle justifiée (le soi-disant moyen de défense fondé sur une «EPJ»). J’arrive à cette dernière conclusion parce que la Banque n’a pas réussi à démontrer que sa politique est «raisonnablement nécessaire».

[113] S’il ne s’agit pas d’un cas de discrimination directe, je suis par ailleurs d’avis que la politique de la Banque constitue de la discrimination indirecte ou, comme on l’appelle communément, de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Toutefois, ici encore, j’estime que la politique en question doit être rejetée. La Banque a démontré que sa politique prévoit des mesures d’accommodement raisonnables à l’égard des individus lésés, mais cette politique doit être rejetée pour le motif qu’elle n’a pas de «lien rationnel» avec le rendement professionnel.

[114] À mon avis, la doctrine à deux volets relative à la discrimination énoncée par la Cour suprême du Canada est ici contestée sur deux points importants. En premier lieu, l’affaire montre jusqu’à quel point il est difficile de savoir si une règle ou une politique d’emploi constitue de la discrimination directe, par opposition à de la discrimination indirecte. En second lieu, l’affaire nous oblige à reconnaître que la distinction qui est faite entre le critère relatif au «caractère raisonnablement nécessaire», qui s’applique dans le contexte de la discrimination directe, et le critère relatif au «lien rationnel», qui s’applique aux affaires de discrimination indirecte, n’est ni évidente ni justifiée en soi.

Les faits

[115] En vertu de l’article 10 de la Loi, constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de

policy that “deprives” or “tends to deprive” an individual, or class of individuals, of an employment opportunity on a prohibited ground of discrimination. Section 3 provides that disability is such a prohibited ground. In turn, “disability” is defined in section 25 to mean any “previous” or “existing” dependence on alcohol or a drug. Those sections read as follows:

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

...

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

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

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

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

...

25. In this Act,

...

“disability” means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

[116] On October 1, 1990 the Bank adopted an alcohol and substance abuse policy. The segment relating to substance abuse requires all new and returning employees to submit to a urine drug test within 48 hours of accepting an offer of employment. This requirement is printed on the Bank’s application for employment form which states that it is a condition of employment that a person undergo drug testing for “illegal substances”. Mandatory drug testing is said to be, “In keeping with the Bank’s commitment to a drug free workplace.” The Bank maintains that its

distinction illicite et s’il «est susceptible d’annihiler» les chances d’emploi ou d’avancement d’un individu ou d’une catégorie d’individus, le fait, pour l’employeur, de fixer des lignes de conduite. Selon l’article 3, la déficience constitue pareil motif. En outre, la déficience est définie à l’article 25 comme comprenant la dépendance, «présente ou passée», envers l’alcool ou la drogue. Ces dispositions sont ainsi libellées:

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

...

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

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

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

...

25. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu’elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l’alcool ou la drogue.

[116] Le 1^{er} octobre 1990, la Banque a adopté une politique sur l’abus de l’alcool et de produits intoxicants. La section se rapportant à l’abus de produits intoxicants exige que tous les employés nouveaux ou réembauchés se soumettent à une analyse d’urine dans les 48 heures de l’acceptation d’une offre d’emploi. Cette exigence figure sur la demande d’emploi de la Banque, où il est stipulé que comme condition d’emploi, le candidat à un emploi doit subir un test destiné à permettre de déceler la présence de «substances illégales». Il est déclaré que le dépistage obligatoire

objective is to achieve a work environment free from the effects of illegal drug use. The concerns underlying its policy include: the potential impact on the health and work performance of employees; the security of funds and information; and the possible connection between illegal drug use, criminal activity and the reputation of the Bank. Throughout the litigation the Bank has insisted that the banking industry is founded on the principles of honesty, integrity and trust. The ethical standards of the Bank and its employees are said to be an important part of maintaining customer trust and confidence.

[117] New or returning employees who refuse to submit to the drug test are dismissed for failing to comply with a condition of employment. Employees who test positive and are drug dependent, may lose their employment if they refuse to take advantage of the rehabilitation services made available to them or if rehabilitation efforts prove unsuccessful. So-called casual users of illicit substances, that is non-dependent drug users, may also lose their employment if they persist in using such drugs after having tested positive on at least three occasions. The cost of rehabilitation is borne by the Bank to the extent that needed services are not available under provincial health plans. Employees undergoing rehabilitation maintain the right to full wages and other employment benefits. The matter of "confidentiality" has never been in issue.

[118] In 1991 the Canadian Civil Liberties Association (CCLA) filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) alleging that the Bank's drug testing policy constitutes a discriminatory practice, contrary to section 10 of the Act. The Human Rights Tribunal (the Tribunal) hearing the complaint concluded that the reference to drugs in section 25 of the Act includes both licit and

des drogues est effectué [TRADUCTION] «[c]onformément à l'engagement de la Banque à assurer un milieu de travail exempt de drogues». La Banque maintient qu'elle cherche à assurer un milieu de travail exempt des effets de la consommation de drogues illégales. Sa politique est notamment fondée sur les préoccupations suivantes: les répercussions possibles sur la santé des employés et sur leur rendement au travail; la sécurité des fonds et des renseignements financiers; le lien possible entre la consommation de drogues illégales, les activités criminelles et la réputation de la Banque. Pendant toute la durée du litige, la Banque a affirmé avec insistance que le secteur bancaire est fondé sur l'honnêteté, l'intégrité et la confiance. La probité professionnelle de la Banque et de ses employés joue un rôle important, est-il allégué, dans le maintien de la confiance des clients.

[117] Les employés nouveaux ou réembauchés qui refusent de se soumettre au test de dépistage sont congédiés pour avoir omis de se conformer à une condition d'emploi. L'employé dont le test est positif et qui a une dépendance envers la drogue peut perdre son emploi s'il refuse de se prévaloir des services de réadaptation qui sont mis à sa disposition ou si les efforts de réadaptation ne portent pas fruit. Les soi-disant usagers occasionnels de substances illicites, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas de dépendance envers la drogue, peuvent également perdre leur emploi s'ils continuent à utiliser des drogues après avoir obtenu un résultat positif au moins trois fois. Les frais de réadaptation sont pris en charge par la Banque dans la mesure où les services nécessaires ne sont pas offerts dans le cadre des régimes provinciaux d'assurance-maladie. Les employés qui participent à un programme de réadaptation ont encore droit à leur salaire et aux autres avantages sociaux. La question de la «confidentialité» n'a jamais été en cause.

[118] En 1991, l'Association canadienne des libertés civiles (l'ACLC) a déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) une plainte dans laquelle il était allégué que la politique de la Banque en matière de dépistage de drogues est un acte discriminatoire contraire à l'article 10 de la Loi. Le Tribunal des droits de la personne (le Tribunal) qui a entendu la plainte a conclu que l'arti-

illicit drugs and not just the former as contended by the Bank. The Tribunal went on to conclude that the CCLA failed to make out a *prima facie* case of discrimination. In particular, the Tribunal found that no one was denied employment under the Bank's policy on the basis of drug dependence. Accordingly, the CCLA's complaint was dismissed.

[119] In the alternative, the Tribunal found that if the Bank's policy was discriminatory, the discrimination was indirect or adverse effect discrimination and that the rehabilitation services made available by the Bank to drug dependent employees constituted reasonable accommodation short of undue hardship. Pursuant to this analysis the Bank's policy remains valid.

[120] In the further alternative, the Tribunal concluded that if the Bank's policy constituted direct discrimination then the CCLA's complaint is well-founded because of the Bank's failure to successfully invoke the BFOR defence. Though the Tribunal held that the Bank had acted in good faith, it failed to satisfy the requirement that its policy was reasonably necessary.

[121] I digress here for a moment to note that in the context of direct discrimination both the terms "reasonably necessary" and "rational connection" have been used by the Supreme Court when describing the legal test to be met in establishing the BFOR defence. In the context of indirect discrimination the jurisprudence speaks solely of a "rational connection" between the neutral employment rule and job performance. To avoid confusion, I shall use the term "reasonably necessary" in the context of direct discrimination and the BFOR defence. The term "rational connection" is restricted to the discussion on indirect discrimination: see *infra*.

[122] The Commission sought judicial review of the Tribunal's decision. The CCLA has remained as a

cle 25 de la Loi vise tant les drogues licites que les drogues illicites et non uniquement les drogues licites comme le soutenait la Banque. Le Tribunal a ensuite conclu que l'ACLC n'avait pas fourni une preuve *prima facie* de discrimination. En particulier, il a conclu qu'en vertu de la politique de la Banque, personne ne se voyait refuser un emploi pour dépendance envers la drogue. La plainte de l'ACLC a donc été rejetée.

[119] Subsidiairement, le Tribunal a conclu que si la politique de la Banque était discriminatoire, il s'agissait d'une discrimination indirecte ou d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable et que les services de réadaptation que la Banque offrait aux employés qui avaient une dépendance envers la drogue constituaient un accommodement raisonnable jusqu'au point où il y aurait contrainte excessive. Selon cette analyse, la politique de la Banque demeure valide.

[120] Subsidiairement encore, le Tribunal a conclu que si la politique de la Banque constituait de la discrimination directe, la plainte de l'ACLC est fondée parce que la Banque n'a pas réussi à établir le moyen de défense fondé sur l'EPJ. Le Tribunal a statué que la Banque avait agi de bonne foi, mais qu'elle ne satisfaisait pas à l'exigence voulant que sa politique soit raisonnablement nécessaire.

[121] Je ferai ici une légère digression pour faire remarquer que, dans le contexte de la discrimination directe, les expressions «raisonnablement nécessaire» et «lien rationnel» ont toutes les deux été employées par la Cour suprême pour décrire le critère juridique auquel il faut satisfaire afin d'établir un moyen de défense fondé sur une EPJ. Dans le contexte de la discrimination indirecte, il est uniquement question dans les arrêts d'un «lien rationnel» entre la règle d'emploi neutre et le rendement professionnel. Pour éviter toute confusion, j'utiliserai l'expression «raisonnablement nécessaire» dans le contexte de la discrimination directe et du moyen de défense fondé sur une EPJ. L'expression «lien rationnel» sera réservée à la discrimination indirecte: voir ci-dessous.

[122] La Commission a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. L'ACLC a agi à titre

party respondent leading up to and including this appeal. The Motions Judge held that the drug testing policy constituted indirect discrimination, but that the Bank had accommodated its employees to the point of undue hardship. The Motions Judge accepted that hardship is reached when the Bank is faced with the continued presence of an employee who cannot be rehabilitated or who persists in using illegal drugs. In considering whether the Bank's policy offers reasonable accommodation to drug dependent persons, the Motions Judge found that the Tribunal did not reach a conclusion on whether the Bank's policy was "rationally connected to job performance" and, therefore, the Tribunal did not make all the findings necessary to decide the case. Consequently, the Motions Judge allowed the judicial review application and remitted the matter to the Tribunal for consideration of this issue. If a rational connection could be established, she directed that the CCLA's complaint be dismissed. If the Tribunal were to conclude otherwise, then it was directed to find that the Bank's policy constitutes adverse effect discrimination which had not been accommodated and, therefore, the Bank's policy contravenes section 10 of the Act.

[123] The Bank now appeals the Motions Judge's order setting aside the Tribunal's decision. It argues that the Tribunal did not err in dismissing the CCLA's complaint on the basis that the Bank's policy does not constitute a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act. The CCLA cross-appeals on the ground that this is a case of direct discrimination and that the Bank is not entitled to invoke the BFOR defence for the reasons given by the Tribunal. The Commission cross-appeals on the ground that this is a case of indirect discrimination and that the policy fails for lack of a rational connection to job performance.

Preliminary Issues

[124] Two preliminary points must be addressed before I proceed with the substantive issues at hand.

de partie intimée et elle agit encore à ce titre dans le présent appel. Le juge des requêtes a statué que la politique de dépistage des drogues constituait de la discrimination indirecte, mais que la Banque avait composé avec ses employés jusqu'au point de faire face à des contraintes excessives. Le juge des requêtes a reconnu qu'il y a contrainte lorsque la Banque continue à avoir à son service un employé qui ne peut pas se réadapter ou qui continue à utiliser des drogues illégales. Quant à la question de savoir si la politique de la Banque offre un accommodement raisonnable aux toxicomanes, le juge des requêtes a conclu que le Tribunal n'avait pas déterminé si la politique de la Banque avait «un lien rationnel avec le rendement» et qu'il n'avait donc pas tiré toutes les conclusions nécessaires pour trancher l'affaire. Il a donc fait droit à la demande de contrôle judiciaire et renvoyé l'affaire au Tribunal pour examen de cette question. Le juge des requêtes a ordonné que la plainte de l'ACLCL soit rejetée si un lien rationnel pouvait être établi. Si le Tribunal devait tirer une conclusion contraire, le juge des requêtes lui ordonnait de conclure que la politique de la Banque constituait de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui n'avait pas fait l'objet d'un accommodement et qu'elle violait donc l'article 10 de la Loi.

[123] La Banque interjette maintenant appel contre l'ordonnance par laquelle le juge des requêtes a infirmé la décision du Tribunal. Elle soutient que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en rejetant la plainte de l'ACLCL pour le motif que la politique de la Banque ne constitue pas un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi. L'ACLCL interjette un appel incident en alléguant qu'il s'agit d'une affaire de discrimination directe et que la Banque n'a pas le droit d'invoquer une EPJ comme moyen de défense, et ce, pour les motifs énoncés par le Tribunal. La Commission interjette un appel incident en alléguant qu'il s'agit d'une affaire de discrimination indirecte et que la politique doit être rejetée parce qu'il n'existe pas de lien rationnel avec le rendement au travail.

Questions préliminaires

[124] Je dois régler deux points préliminaires avant de procéder à l'examen des questions de fond ici en

First, the Bank submits that the issue of direct discrimination cannot be pursued by the CCLA for the reason that it was not raised in the originating notice of motion. While it is true that the Commission sought only to challenge the Bank's drug testing policy on the basis of indirect discrimination, it is also true that the CCLA's right to argue direct discrimination was fully debated before the Motions Judge and that she ruled in its favour. In the circumstances, I am not prepared to overturn the Motions Judge's decision respecting the sufficiency of the originating notice of motion. This is not the type of case where it can be said that the pleadings were so defective as to take the Bank by surprise. This is a case in which, from the outset, the allegation of direct discrimination has been at the centre of the legal controversy.

[125] The second preliminary issue which must be addressed is the Bank's contention that the reference to "dependence on . . . a drug" in the definition of "disability" in section 25 of the Act, is not intended to extend protection to those dependent on "illegal" drugs. In its written argument, the Bank based this assumption on extracts from the transcript of hearings before the Standing Committee on Justice and Legal Affairs at the time the Act was first proposed. I note that in oral argument, this position was not pursued with much vigour. Thus, I shall be equally brief in my analysis of this issue.

[126] In my view, it would be contrary to the Supreme Court's approach to the interpretation of human rights legislation to construe section 25 of the Act narrowly by reading in the word "legal" so as to modify the phrase "dependence on [legal] drugs": see *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84, at page 89. Surely, it is accepted that dependence on illegal substances is just as, if not more, common than dependence on legal drugs. The comments made before the Standing Committee by then Minister of Justice, Mark MacGuigan, were based on an analysis of the American approach which

cause. En premier lieu, la Banque soutient que l'ACLCL ne peut pas débattre la question de la discrimination directe puisque cette question n'a pas été soulevée dans l'avis de requête introductive d'instance. Il est vrai que la Commission a uniquement cherché à contester la politique de dépistage de drogues de la Banque en alléguant qu'il y avait discrimination indirecte, mais il est également vrai que la question de savoir si l'ACLCL avait le droit d'invoquer la discrimination directe a été pleinement débattue devant le juge des requêtes, qui a rendu une décision en faveur de l'ACLCL. Dans ces conditions, je ne suis pas prêt à infirmer la décision que le juge des requêtes a rendue au sujet de la suffisance de l'avis de requête introductive d'instance. Ce n'est pas le genre de cas dans lequel on peut dire que les plaidoiries étaient défectueuses à un point tel que la Banque a été prise par surprise. Il s'agit d'un cas dans lequel, au départ, le litige était axé sur l'allégation de discrimination directe.

[125] Le second point à régler se rapporte à la prétention de la Banque selon laquelle la «dépendance envers la drogue» dont il est fait mention à l'article 25 de la Loi n'est pas destinée à protéger les personnes qui ont une dépendance envers des drogues «illégales». Dans ses plaidoiries écrites, la Banque a fondé cette hypothèse sur des extraits de la transcription des audiences qui ont eu lieu devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques au moment où le projet de loi a d'abord été présenté. Je remarque que dans les plaidoiries orales on n'a pas insisté sur ce point. Je me contenterai donc de faire une brève analyse.

[126] À mon avis, il serait contraire à l'approche que la Cour suprême a adoptée en matière de droits de la personne d'interpréter l'article 25 de la Loi strictement en y incorporant le mot «légal» de façon à modifier l'expression «dépendance envers la drogue [légal]»: voir *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, à la page 89. À coup sûr, il est reconnu que la dépendance envers les substances illégales est au moins aussi commune que la dépendance envers les drogues légales. Les remarques que le ministre de la Justice de l'époque, Mark MacGuigan, a faites devant le Comité permanent étaient fondées sur une analyse

developed in the context of that country's "war on drugs" policy of the 1980s. Our legislation is not influenced by the same politics. In any event, to my mind it would be impractical to protect only those dependent on so-called "legal" drugs as some of those might be obtained or used in an "illegal" fashion. I turn now to the substantive issues presented by this appeal.

Issues

[127] The ultimate question to be answered is whether the Bank's drug testing policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act. In turn, that question breaks down into four sub-issues. First, does the Bank's drug testing policy constitute *prima facie* discrimination? Second, and if so, does the policy amount to direct, as opposed to indirect, discrimination? Third, assuming this to be a case of direct discrimination, did the Tribunal err in concluding that the BFOR defence is not available to the Bank? Fourth, assuming this to be a case of indirect discrimination, did the Tribunal hold that the rational connection test had not been met? This fourth issue bears upon the difficulty of discerning the extent to which the rational connection test differs from the reasonable necessity criterion applied in establishing the BFOR defence. The starting point of any analysis is the Tribunal's reasons for concluding that the CCLA failed to establish a *prima facie* case of discrimination.

The Tribunal's Finding of No *Prima Facie* Discrimination

[128] In my respectful view, the Tribunal erred in concluding that a case of *prima facie* discrimination had not been established. The Tribunal's reasons contain two key passages which the Bank regards as the rationale for the finding of "no discrimination"

de l'approche américaine qui a été élaborée dans le contexte de la politique américaine concernant la «lutte contre la drogue» des années 1980. Or, notre législation n'est pas influencée par les mêmes politiques. Quoi qu'il en soit, il ne serait, à mon avis, pas pratique de protéger uniquement les individus qui ont une dépendance envers des soi-disant drogues «légalés» puisque certaines de ces drogues pourraient être obtenues ou utilisées d'une façon «illégalé». J'examinerai maintenant les questions de fond qui se posent en l'espèce.

Les points litigieux

[127] Il s'agit en fin de compte de savoir si la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi. Dans ce contexte, quatre questions accessoires se posent. Premièrement, la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue-t-elle à première vue de la discrimination? Deuxièmement, dans l'affirmative, la politique équivaut-elle à de la discrimination directe, par opposition à de la discrimination indirecte? Troisièmement, à supposer qu'il s'agisse d'un cas de discrimination directe, le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la Banque ne peut pas invoquer une EPJ comme moyen de défense? Quatrièmement, à supposer qu'il s'agisse d'un cas de discrimination indirecte, le Tribunal a-t-il statué que le critère relatif au lien rationnel n'avait pas été satisfait? La quatrième question montre jusqu'à quel point il est difficile de savoir dans quelle mesure le critère relatif au lien rationnel diffère du critère relatif à la nécessité raisonnable qui s'applique au moyen de défense fondé sur une EPJ. Toute analyse est fondée au départ sur les motifs pour lesquels le Tribunal a conclu que l'ACLC n'avait pas réussi à présenter une preuve *prima facie* de discrimination.

Conclusion du Tribunal selon laquelle il n'y avait pas à première vue de discrimination

[128] À mon avis, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'on n'avait pas fourni une preuve *prima facie* de discrimination. Selon la Banque, deux passages cruciaux des motifs du Tribunal montrent ce sur quoi était fondée la conclusion relative à

(Tribunal's reasons, at pages 211 and 212):

The Tribunal finds that when employment is terminated following the refusal of an employee to comply with the Bank policy, whether it be refusal to provide a urine sample or at any subsequent stage, the termination is for breach of a condition of employment and it is not necessary to look beyond that for a "perception of drug dependence".

...

The Tribunal finds that the ultimate dismissal is not based upon a perceived disability (drug dependence) but upon the persistent use of an illegal substance even though in some instances that may include a drug dependent person. Thus, the policy and practice of the Bank does not constitute discrimination on a prohibited ground under the CHRA.

[129] The above passages support the understanding that it is not the Bank's policy which deprives drug dependent persons of an employment opportunity. Rather, it is the latter's failure to comply with the policy and for that reason the policy is not discriminatory. Non-compliance arises when drug dependent persons either refuse to undergo drug rehabilitation or attempts at rehabilitation prove unsuccessful. In short, it is argued that the Bank cannot be faulted for dismissing anyone who persists in ingesting illegal substances having regard to the rehabilitative services made available to employees at the Bank's expense. It is not the actions or fault of the Bank that lead to the termination of employment. It is the failure of new and returning employees to submit to drug testing or to desist in the use of illegal drugs in accordance with the terms of their employment contract. Underlying this argument is the belief that the Bank has the right to insist on a work environment free of illegal drug use, given the fact that it is willing to reasonably accommodate drug dependent employees. (I am ignoring the fact that the Bank's policy is under-inclusive to the extent that it does not apply to employees hired prior to the date the policy was first implemented. Presumably the Bank is not concerned with the "integrity" of those hired before the policy came into force or their ability to perform assigned tasks competently.)

l'«absence de discrimination» (motifs du Tribunal, aux pages 211 et 212):

Le Tribunal considère que, lorsqu'il est mis fin à un emploi à la suite du refus d'un employé de se conformer à la politique de la Banque, qu'il s'agisse du refus de fournir un échantillon d'urine ou d'un refus manifesté à un stade ultérieur du processus de dépistage, le congédiement découle d'une violation d'une condition d'emploi et il n'est pas nécessaire d'examiner s'il existe une «présomption de dépendance envers la drogue».

...

Le Tribunal conclut que le congédiement final ne découle pas d'une présomption de déficience (dépendance envers la drogue), mais plutôt de la consommation répétée d'une substance illégale même si, dans certains cas, la personne visée peut souffrir de toxicomanie. Par conséquent, la politique de la Banque ne constitue pas de la discrimination pour un motif de distinction illicite au sens de la LCDP.

[129] Les passages précités étayent la thèse selon laquelle ce n'est pas la politique de la Banque qui est susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue; c'est plutôt l'omission de ces derniers de se conformer à la politique. Partant, la politique n'est pas discriminatoire. Il y a inobservation de la politique lorsqu'un individu qui a une dépendance envers la drogue refuse de participer au programme de réadaptation ou lorsque les tentatives de réadaptation s'avèrent infructueuses. Bref, il est soutenu qu'on ne saurait blâmer la Banque de congédier quelqu'un qui continue à consommer des substances illégales, compte tenu des services de réadaptation qu'elle met à ses frais à la disposition des employés. Ce ne sont pas les actions de la Banque ou une faute commise par la Banque qui mènent à la cessation d'emploi, mais le fait que l'employé nouveau ou réembauché omet de se soumettre au test de dépistage de drogues ou de cesser d'utiliser des drogues illégales conformément aux conditions de son contrat d'emploi. Cet argument est fondé sur la conviction que la Banque a le droit d'insister pour avoir un milieu de travail dans lequel les drogues illégales ne sont pas utilisées, étant donné qu'elle est prête à prendre des mesures raisonnables d'accommodement à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue. (Je ne tiens pas compte du fait que la politique de la Banque n'a pas une portée assez large dans la mesure où elle ne s'applique pas aux employés embauchés avant la date à laquelle la

[130] In my opinion, the above argument is flawed in two material respects. First, it is premised on the mistaken belief that a successful plea of reasonable accommodation on the part of an employer renders non-discriminatory that which constitutes *prima facie* discrimination. A finding of reasonable accommodation does not negate the legal conclusion that an employment policy has a discriminatory effect on certain employees. That is why the legal term “*prima facie* discrimination” is used in the jurisprudence. The accommodation doctrine is a defence to a *prima facie* case of discrimination, not a cleansing agent. In the context of the Act, the legal effect of the defence once established is to place a discriminatory practice outside the prohibited category.

[131] My second objection to the Tribunal’s finding of no discrimination stems from its failure to appreciate that if an employment rule is not “reasonably necessary”, or there is no “rational connection” between the rule and job performance, then it is irrelevant whether or not an employer is willing to accommodate its employees. A simple analogy bears out the validity of this conclusion. Assume the Bank were to implement a policy requiring tellers to wear protective head gear at all branch offices during business hours. Assume also that the Bank is willing to accommodate employees (e.g. Sikhs) who object to the rule on religious grounds. In these extreme circumstances, I take it as a matter of common sense that the Bank’s “hard hat” rule would be deemed neither reasonably necessary nor rationally connected to job performance and, therefore, unenforceable. If one is prepared to accept that conclusion then it necessarily follows that the Bank’s offer of accommodation is no longer a relevant consideration. It is for these reasons that I am of the opinion that the Tribunal erred in

politique a d’abord été mise en œuvre. La Banque ne semble pas se préoccuper de l’«intégrité» des employés embauchés avant l’entrée en vigueur de la politique ou de la capacité de ceux-ci de s’acquitter avec compétence des tâches assignées.)

[130] À mon avis, l’argument susmentionné est défectueux, et ce, pour deux raisons importantes. En premier lieu, il est fondé sur la conviction erronée que le fait que l’employeur plaide avec succès l’accommodement raisonnable rend non discriminatoire ce qui constitue à première vue de la discrimination. Or, le fait qu’il est conclu à l’existence d’un accommodement raisonnable n’empêche pas de tirer une conclusion de droit selon laquelle une politique d’emploi a un effet discriminatoire sur certains employés. C’est pourquoi il est question dans la jurisprudence du fait qu’il existe «à première vue de la discrimination». La doctrine de l’accommodement constitue un moyen de défense lorsqu’il existe une preuve *prima facie* de discrimination; cette doctrine n’a pas pour effet d’éliminer pareille discrimination. Dans le contexte de la Loi, ce moyen de défense, une fois qu’il est établi, a pour effet d’exclure l’acte discriminatoire de la catégorie des actes illicites.

[131] Je m’oppose à la conclusion du Tribunal relative à l’absence de discrimination pour une autre raison: en effet, le Tribunal ne s’est pas rendu compte que si une règle d’emploi n’est pas «raisonnablement nécessaire», ou s’il n’existe aucun «lien rationnel» entre la règle et le rendement au travail, il importe peu que l’employeur veuille composer avec ses employés. Une simple analogie permet de confirmer le bien-fondé de cette conclusion. Supposons que la Banque mette en œuvre une politique obligeant les caissiers à porter un casque protecteur dans toutes ses succursales pendant les heures de bureau. Supposons également que la Banque soit prête à composer avec les employés (par exemple, avec les Sikhs) qui s’opposent à la règle pour des motifs religieux. Dans ces circonstances extrêmes, le bon sens permettrait selon moi de considérer la règle que la Banque a adoptée au sujet du «casque protecteur» comme n’étant ni raisonnablement nécessaire ni rationnellement liée au rendement professionnel et partant, inapplicable. Si l’on est prêt à retenir cette conclusion, il s’ensuit nécessairement

concluding that the Bank's policy does not constitute *prima facie* discrimination.

[132] Before turning to the remaining issues, I wish to address an argument advanced below and before this Court which, in my opinion, lacks merit. The argument is to the effect that since all drug users, that is drug dependent persons as well as casual users, are accorded identical treatment under the Bank's policy there can be no discrimination. The Bank takes the position that it was appropriate for the Tribunal to have considered the fact that both dependent and non-dependent (casual) users of drugs face dismissal in reaching its conclusion that the policy does not discriminate on a prohibited ground.

[133] In my opinion, the above argument is irrelevant. The issue is not whether casual users of illegal drugs and drug dependent persons are treated equally. The central issue is whether the Bank's policy has the effect of depriving or tending to deprive drug dependent persons of employment opportunities. Admittedly, there are several ways of defining the relevant comparison groups affected by the Bank's drug testing policy. For example, one could broaden the scope of the comparison groups to include all employees hired before the Bank's drug testing policy was adopted in 1990. But that type of analysis is simply unnecessary in light of the specific statutory wording of section 10 of the Act. That section tells us what constitutes discrimination and therefore, there is no need to even look at the common law definition: see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Discrimination—Direct v. Indirect

[134] I do not see how one can avoid the conclusion that the Bank's drug testing policy constitutes a *prima*

que l'offre d'accommodement de la Banque ne constitue plus une considération pertinente. C'est pourquoi je suis d'avis que le Tribunal a commis une erreur en concluant que la politique de la Banque ne constitue pas à première vue de la discrimination.

[132] Avant d'examiner les autres questions, j'aimerais parler d'un argument qui a été avancé en première instance et devant cette Cour, lequel à mon avis n'est pas fondé. Il est soutenu qu'étant donné que tous les consommateurs de drogues, c'est-à-dire les individus qui ont une dépendance envers la drogue ainsi que les consommateurs occasionnels de drogues, sont traités de la même façon en vertu de la politique de la Banque, il ne peut pas y avoir discrimination. La Banque soutient qu'il était approprié pour le Tribunal de tenir compte du fait que tant les consommateurs qui avaient une dépendance envers la drogue que les consommateurs qui n'avaient pas de dépendance (soit les consommateurs occasionnels) risquaient d'être congédiés lorsqu'il a conclu que la politique ne créait pas de distinction illicite.

[133] À mon avis, l'argument susmentionné n'est pas pertinent. Il ne s'agit pas de savoir si les consommateurs occasionnels de drogues illégales et les individus qui ont une dépendance envers la drogue sont traités de la même façon. Il s'agit fondamentalement de savoir si la politique de la Banque est susceptible d'annihiler les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. À vrai dire, il y a plusieurs façons de définir aux fins d'une comparaison les groupes qui sont touchés par la politique de dépistage de drogues de la Banque. Ainsi, il serait possible d'élargir les groupes de façon à inclure tous les employés qui avaient été embauchés avant que la Banque ait adopté cette politique en 1990. Cependant, ce genre d'analyse est tout simplement inutile compte tenu du libellé précis de l'article 10 de la Loi. Cette disposition définit ce qui constitue de la discrimination et il n'est donc même pas nécessaire de se reporter à la définition donnée en common law: voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

La discrimination directe et la discrimination indirecte

[134] Je ne vois pas comment il est possible de ne pas conclure que la politique de dépistage de drogues

facie discriminatory practice. I say this because the Bank's policy raises the likelihood of drug dependent employees losing their recently acquired employment. An employment policy aimed at ensuring a work environment free of illegal drug use must necessarily impact negatively on those who are drug dependent. Surely, the Bank's policy qualifies as *prima facie* discrimination, that is to say an employment practice which "tends to deprive" drug dependent persons of an employment opportunity within the meaning of section 10 of the Act. Moreover, it must be remembered that at this stage in the analysis it is irrelevant whether the Bank's policy is saved by either the BFOR defence or the accommodation doctrine. Once it is accepted that the Bank's policy qualifies as *prima facie* discrimination, then the immediate issue is whether the Bank's policy constitutes direct as opposed to indirect discrimination. The relevance of the distinction requires explanation.

[135] The immediate significance of the Supreme Court's bifurcated approach to discrimination lies in the defences available to an employer. In cases of direct discrimination an employer must satisfy the requirements of the BFOR test, otherwise the impugned work rule falls. If an employer succeeds in establishing that defence then the employment rule is enforceable. Moreover, the prevailing view is that there is no duty on an employer to accommodate individual employees. In cases of indirect discrimination, it is unnecessary for an employer to satisfy the requirements of the BFOR defence. The work rule remains enforceable. The only obligation imposed on an employer is to make reasonable efforts to accommodate those adversely affected by the rule. Accommodation efforts must be to the point of undue hardship.

[136] With respect to the cases decided by the Supreme Court, the distinction between direct and indirect discrimination has not proven problematic so

de la Banque constitue à première vue un acte discriminatoire. Je le dis parce qu'en vertu de la politique de la Banque, il est possible que les employés qui ont une dépendance envers la drogue perdent l'emploi qu'ils viennent d'obtenir. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail dans lequel on ne consomme pas de drogues illégales doit nécessairement avoir un effet préjudiciable sur les toxicomanes. À coup sûr, la politique de la Banque constitue à première vue de la discrimination, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une ligne de conduite qui «est susceptible d'annihiler» les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue au sens de l'article 10 de la Loi. En outre, il faut se rappeler qu'à ce stade de l'analyse, il importe peu que la politique de la Banque soit protégée par un moyen de défense fondé sur une EPJ ou par la doctrine de l'accommodement. Une fois qu'il est reconnu que cette politique constitue à première vue de la discrimination, il faut se demander si elle constitue de la discrimination directe par opposition à de la discrimination indirecte. Il est opportun d'expliquer pourquoi cette distinction est pertinente.

[135] L'approche à double volet que la Cour suprême a adoptée à l'égard de la discrimination est d'un intérêt immédiat au point de vue des moyens de défense que l'employeur peut invoquer. Dans les cas de discrimination directe, l'employeur doit satisfaire aux exigences du critère relatif aux EPJ, à défaut de quoi la règle d'emploi contestée doit être rejetée. Si l'employeur réussit à faire valoir ce moyen de défense, la règle d'emploi s'applique. En outre, on estime généralement que l'employeur n'est pas tenu de composer avec des employés individuels. Dans les cas de discrimination indirecte, l'employeur n'a pas à satisfaire aux exigences qui s'appliquent au moyen de défense fondé sur une EPJ. La règle d'emploi continue à s'appliquer. L'employeur est uniquement tenu de faire des efforts raisonnables pour composer avec les individus lésés. Des efforts d'accommodement doivent être faits dans la mesure où cela ne crée pas de contraintes excessives.

[136] En ce qui concerne les décisions rendues par la Cour suprême, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte n'a pas posé de

far as their legal outcome is concerned. It is true that in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, the Supreme Court treated the “hard hat” rule as one of direct discrimination but subsequently reclassified it in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 as being an example of indirect discrimination. Nonetheless, the legal result remained the same. In all but one of the cases decided by the Supreme Court the human rights complaint focused on either religious or age discrimination. The exception is *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279 where “family status” was the ground of alleged discrimination. In the present case, it is of critical significance whether the Bank’s drug testing policy is characterized as a form of direct or indirect discrimination because of the competing defences available to the Bank and the different criteria to be met. The distinction between these two forms of discrimination was first articulated in *Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536 (hereinafter referred to as *O’Malley*). Justice McIntyre stated (at page 551):

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, “No Catholics or no women or no blacks employed here.” . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as

problèmes en ce qui concerne le résultat juridique qui a été obtenu. Il est vrai que dans l’arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, la Cour suprême a considéré la règle du «casque de sécurité» comme constituant de la discrimination directe, mais elle a par la suite rangé cette règle, dans l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, dans la catégorie de la discrimination indirecte. Néanmoins, le résultat juridique n’a pas changé. Dans toutes les affaires de droits de la personne sur lesquelles la Cour suprême s’est prononcée sauf une, la plainte se rapportait soit à la discrimination religieuse soit à la discrimination fondée sur l’âge. L’affaire *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, dans laquelle le motif de discrimination allégué était fondé sur l’«état civil», est l’exception. En l’espèce, il faut absolument savoir si la politique de dépistage de drogues de la Banque est considérée comme une forme de discrimination directe ou comme une forme de discrimination indirecte compte tenu des moyens de défense contradictoires dont la Banque peut se prévaloir et des critères différents auxquels il faut satisfaire. La distinction entre ces deux formes de discrimination a d’abord été énoncée dans l’arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autre*, [1985] 2 R.C.S. 536 (ci-après appelé l’arrêt *O’Malley*). Voici ce que le juge McIntyre a dit (à la page 551):

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu’on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable en matière d’emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu’un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n’embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» . . . D’autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu’un employeur adopte, pour des raisons d’affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s’applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d’employés en ce qu’elle leur impose, en raison d’une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d’employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l’intention d’établir une

described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

[137] In summary, direct discrimination arises when an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. Indirect discrimination is characterized by a neutral rule or policy of general application which has a discriminatory effect on only a sub-group. The categories are sometimes referred to in common parlance as intentional or unintentional discrimination. Direct discrimination requires a motive whereas indirect discrimination is accidental. In *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, Justice Cory notes (at page 541), “Adverse effect discrimination can occur quite innocently”. But the law is clear that it makes no difference whether discrimination is intentional or not. It is the effect of the policy which is of critical significance.

[138] In the reasons that follow I conclude that the Bank’s policy does not fall squarely within the criteria set down for classifying a work rule as indirect discrimination. I also conclude that the Bank’s policy is, on its face, directly discriminatory. I turn first to the criteria to be applied in characterizing an employment rule or policy as indirect discrimination.

Is it Indirect Discrimination?

[139] It must be conceded that the Bank’s drug testing policy meets one of the two criteria applicable to cases of alleged indirect discrimination. The policy applies to all new and returning employees but adversely affects only a sub-set of those to whom it

distinction n’est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d’avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d’emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d’affaires, également applicable à tous ceux qu’elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d’une manière différente par rapport à d’autres personnes auxquelles elle peut s’appliquer.

[137] Bref, il y a discrimination directe lorsque l’employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction illicite. La discrimination indirecte est caractérisée par une règle ou une politique neutre d’application générale qui a uniquement un effet discriminatoire sur un sous-groupe. La discrimination est parfois qualifiée, dans le langage courant, de discrimination intentionnelle ou de discrimination non intentionnelle. La discrimination directe exige un motif alors que la discrimination indirecte est accidentelle. Dans l’arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, le juge Cory fait remarquer (à la page 541) que «[l]a discrimination par suite d’un effet préjudiciable peut survenir tout à fait involontairement». Cependant, il est clair en droit qu’il importe peu que la discrimination soit intentionnelle ou non. C’est l’effet de la politique qui a une importance cruciale.

[138] Dans les motifs ci-après énoncés, je conclus que la politique de la Banque ne satisfait pas exactement aux critères établis pour qu’une règle d’emploi soit considérée comme constituant de la discrimination indirecte. Je conclus également que la politique de la Banque est, à première vue, directement discriminatoire. J’examinerai d’abord les critères qui s’appliquent pour qu’une règle ou une politique d’emploi soit considérée comme de la discrimination indirecte.

La politique de la Banque constitue-t-elle de la discrimination indirecte?

[139] Il faut concéder que la politique de dépistage de drogues de la Banque satisfait à l’un des deux critères qui s’appliquent aux affaires de présumée discrimination indirecte. La politique s’applique à tous les employés nouveaux ou réembauchés, mais elle a

applies. The smaller group consists of users of illegal drugs, including those who might be found to be drug dependent. However, it is with respect to the second criteria that the argument in favour of a finding of indirect discrimination falls down. I am at a loss to understand the basis on which one can reasonably maintain that the Bank's policy meets the criterion of "neutrality".

[140] In my view, the Bank's drug testing policy is no more neutral than one which requires all prospective employees to submit to a pregnancy test. In a perverted sense such a rule is neutral because it applies to both men and women and yet it necessarily impacts on only women and in turn those who are pregnant. Is such a policy any less discriminatory than one which provides "no pregnant women need apply"? Frankly, it is difficult to understand how a policy framed in terms of eliminating illegal drug use in the work place can be characterized as "neutral" when it takes little imagination to appreciate that it will have an immediate or direct effect on drug dependent persons.

[141] I cannot accept that a work rule is neutral when it targets the removal of employees who fall within a class protected by human rights legislation. An employment policy aimed at achieving a drug-free work environment should not be deemed neutral when by design it is directed at all those who use illegal drugs and, by necessity, those who are drug dependent. The Bank's policy stands in sharp contrast to those employment rules which the Supreme Court has characterized as being indirect forms of discrimination. Certainly, it is difficult to sustain the validity of an analogy between the Bank's drug testing policy and a work rule requiring employees to wear protective head gear at a construction job site, or a policy requiring employees to engage in shift work on either weekends or weekdays. A neutral rule is more likely to be directed at how work is to be performed, not at isolating persons believed to be incapable of adequate-

uniquement un effet préjudiciable sur un sous-groupe. Ce groupe restreint est composé des consommateurs de drogues illégales, et notamment des individus qui pourraient s'avérer dépendants envers la drogue. Toutefois, c'est à l'égard du second critère que l'argument en faveur d'une conclusion de discrimination indirecte doit être rejeté. Je ne puis comprendre comment il est raisonnablement possible de maintenir que la politique de la Banque satisfait au critère de la «neutralité».

[140] À mon avis, la politique de dépistage de drogues de la Banque n'est pas plus neutre qu'une politique qui exige que tous les employés éventuels se soumettent à un test de grossesse. Dans un certain sens, pareille règle est neutre parce qu'elle s'applique tant aux hommes qu'aux femmes; pourtant, elle n'a nécessairement des répercussions que sur les femmes et, qui plus est, sur les femmes enceintes. Pareille politique est-elle moins discriminatoire qu'une politique qui prévoit qu'aucune femme enceinte ne peut présenter une demande d'emploi? Il est franchement difficile de comprendre pourquoi une politique qui vise à éliminer la consommation de drogues illégales dans le milieu de travail peut être qualifiée de «neutre» puisque, de toute évidence, elle aura un effet immédiat ou direct sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[141] Je ne puis concevoir qu'une règle d'emploi soit neutre lorsqu'elle vise à éliminer les employés qui appartiennent à une catégorie protégée par la législation sur les droits de la personne. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues ne devrait pas être considérée comme neutre lorsqu'elle est conçue de façon à s'appliquer à tous les individus qui utilisent des drogues illégales et, nécessairement, à ceux qui ont une dépendance envers la drogue. La politique de la Banque s'oppose carrément aux règles d'emploi que la Cour suprême a considérées comme constituant des formes indirectes de discrimination. À coup sûr, il est difficile de comparer la politique de dépistage de drogues de la Banque et une règle d'emploi selon laquelle les employés doivent porter un casque protecteur sur un chantier de construction, ou une politique selon laquelle les employés doivent effectuer du travail

ly performing assigned tasks because of a disability: see for example, *Bhinder, supra*; *O'Malley, supra*; *Dairy Pool, supra*; *Bergevin, supra*.

par poste pendant la fin de semaine ou pendant la semaine. Il est plus probable qu'une règle neutre soit axée sur la façon dont le travail doit être accompli plutôt que sur des personnes isolées que l'on juge incapables de s'acquitter d'une façon adéquate des tâches assignées à cause d'une déficience: voir par exemple *Bhinder, supra*; *O'Malley, supra*; *Dairy Pool, supra*; *Bergevin, supra*.

Is it Direct Discrimination?

[142] Assuming that the Bank's drug testing policy does not qualify as indirect discrimination because of its lack of neutrality, it is still necessary to decide whether it constitutes direct discrimination. To qualify as such the policy must be "discriminatory on its face". I readily concede that this is not a case of direct discrimination if by definition that term applies only in circumstances where the impugned rule expressly targets a specific group for unequal treatment. This leads one to question whether Justice McIntyre's example of direct discrimination, "No Catholics or no women or no blacks employed here", was intended to limit the scope of direct discrimination to cases of express exclusion of specified groups. In the present case, the question is whether the absence of an explicit reference to "drug dependent persons" in the Bank's policy is fatal to a finding of direct discrimination. I think not for the very reason given by most commentators. Except for cases involving age discrimination, one is unlikely to find an employment rule or policy drafted in such blatantly discriminatory terms. Consequently, the distinction between direct and indirect discrimination outside the context of age and religious discrimination takes on chimerical proportions: see Shelagh Day and Gwen Brodsky, "The Duty to Accommodate: Who will Benefit" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 433; Anne M. Molloy, "Disability and the Duty to Accommodate" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, at page 37.

[143] For example, Transport Canada is not going to be so tactless as to publicly state that blind persons

La politique de la Banque constitue-t-elle de la discrimination directe?

[142] À supposer que la politique de dépistage de drogues de la Banque ne soit pas considérée comme de la discrimination indirecte parce qu'elle n'est pas neutre, il reste à décider si elle constitue de la discrimination directe. Pour être considérée comme telle, la politique doit être «à première vue discriminatoire». Je concède volontiers qu'il ne s'agit pas ici d'un cas de discrimination directe si, par définition, cela ne s'applique que dans des circonstances où la règle contestée vise expressément à traiter différemment un groupe précis. Cela nous mène à nous demander si l'exemple de discrimination directe donné par le juge McIntyre «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» était destiné à limiter la portée de la discrimination directe aux cas d'exclusion expresse de groupes précis. En l'espèce, il s'agit de savoir si le fait que les «individus qui ont une dépendance envers la drogue» ne sont pas expressément mentionnés dans la politique de la Banque nous empêche de conclure à la discrimination directe. Je ne le crois pas, et ce, pour la raison même que la plupart des commentateurs donnent. Sauf dans les cas de discrimination fondée sur l'âge, il est peu probable qu'une règle ou une politique d'emploi soit libellée en des termes discriminatoires aussi évidents. La distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte en dehors du contexte de l'âge et de la discrimination religieuse devient donc chimérique: voir Shelagh Day et Gwen Brodsky, «The Duty to Accommodate: Who will Benefit» (1996), 75 *R. du B. can.* 433; Anne M. Molloy, «Disability and the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 23, à la page 37.

[143] Ainsi, Transports Canada ne manquerait pas de tact à un point tel qu'il annoncerait publiquement que

need not apply for a pilot's licence. Rather a requirement that all applicants pass a visual acuity test will be sufficient to eliminate applicants whose visual acuity renders them a risk to their own safety and that of the public. But is a policy which states "no blind persons" any different than one which requires that all job applicants pass a visual acuity test. Is the difference between the wording of the two requirements sufficient to warrant a finding of indirect rather than direct discrimination? I believe not.

[144] I see no reason why an impugned employment policy has to be patently exclusionary before qualifying as direct discrimination. Direct discrimination may also arise where the exclusion of a protected group is evident on a casual reading of the challenged policy. The Bank's policy of achieving a drug-free work environment must necessarily affect those who are drug dependent. There is a sufficient proximity between the Bank's policy and the category of drug dependent persons so as to conclude that we are dealing with a case of direct discrimination. In conclusion, I find the Bank's policy of eliminating drug users from its work force is, on its "face", directly discriminatory.

[145] It has not escaped me that in ruling that the Bank's drug testing policy constitutes direct discrimination, disabled persons are confronted with yet another obstacle in their efforts to gain entrance and acceptance into the Canadian workplace. In declaring an employment rule or policy a form of direct discrimination, and assuming that the employer is able to invoke the BFOR defence, the law does not impose the duty of reasonable accommodation. That gap has the potential to prevent disabled persons from obtaining employment that can be performed competently, provided modifications to the physical work environment are undertaken or minor concessions as to the scope of assigned duties are made. Some provincial legislatures have responded to this problem. For example, in 1986 the Ontario legislation was amended

les aveugles n'ont pas à demander une licence de pilote. Il serait suffisant d'exiger que tous les candidats passent un test d'acuité visuelle de façon à éliminer les candidats qui présentent un danger pour leur propre sécurité et pour celle du public. Cependant, la politique selon laquelle les aveugles ne peuvent pas présenter de demande est-elle différente de celle qui exige que tous les candidats à un emploi passent un test d'acuité visuelle? Le libellé différent des deux exigences est-il suffisant pour qu'il soit possible de conclure à la discrimination indirecte plutôt qu'à la discrimination directe? Je ne le crois pas.

[144] Je ne vois pas pourquoi il faudrait qu'une politique d'emploi contestée soit manifestement restrictive pour qu'il soit possible de la considérer comme de la discrimination directe. Il peut également y avoir discrimination directe lorsque l'exclusion d'un groupe protégé est évidente sur simple lecture de la politique contestée. La politique de la Banque visant à assurer un milieu de travail exempt de drogues doit nécessairement avoir un effet sur les individus qui ont une dépendance envers la drogue. Il existe entre la politique de la Banque et la catégorie des individus qui ont une dépendance envers la drogue un lien suffisant pour permettre de conclure à la discrimination directe. Bref, je conclus que la politique de la Banque visant à éliminer les employés qui consomment la drogue de son milieu de travail est «à première vue» directement discriminatoire.

[145] Je me rends bien compte que lorsqu'il est décidé que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la discrimination directe, les personnes qui sont atteintes d'une déficience font encore face à un autre obstacle lorsqu'elles cherchent à être admises et acceptées dans les milieux professionnels canadiens. S'il est conclu qu'une règle ou une politique d'emploi constitue une forme de discrimination directe, à supposer que l'employeur puisse invoquer une EPJ comme moyen de défense, le droit n'impose pas d'obligation d'accommodement raisonnable. Cette lacune pourrait empêcher les personnes atteintes d'une déficience d'obtenir un emploi qu'elles peuvent exercer avec compétence, à condition que le milieu physique de travail soit modifié ou que des concessions mineures soient faites au sujet de l'éten-

to incorporate the duty to accommodate as an essential element in cases involving direct discrimination: see: Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. To date the *Canadian Human Rights Act* has not been amended accordingly. Whether or not the Supreme Court is willing to reexamine its bifurcated doctrine of discrimination is a matter within its exclusive jurisdiction.

The BFOR Defence

[146] Accepting that the Bank's policy constitutes direct discrimination, then it qualifies as a prohibited discriminatory practice unless the Bank satisfies the requirements of the BFOR defence. The legal parameters of that defence are set out in the Supreme Court's decision in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202. Once again Justice McIntyre gave the reasons of the Supreme Court (at page 208):

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

[147] In summary, in order for an employer to invoke successfully the BFOR defence it is necessary to establish on a balance of probabilities: (1) that the policy was imposed in good faith for a purpose related to job performance; and (2) is reasonably necessary to assure the efficient and economic performance of the work in question. The first criteria is regarded as the subjective component of the defence. The second is treated as the objective component. The objective

due des tâches assignées. Certaines assemblées législatives provinciales ont répondu à ce problème. Ainsi, en 1986, la législation de l'Ontario a été modifiée de façon à incorporer l'obligation d'accommodement en tant qu'élément essentiel dans les affaires de discrimination directe: voir le *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19 de l'Ontario. À ce jour, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'a pas été modifiée en conséquence. La question de savoir si la Cour suprême est prête à réexaminer la doctrine à double volet relative à la discrimination qu'elle a adoptée relève de sa compétence exclusive.

Le moyen de défense fondé sur une EPJ

[146] Si l'on reconnaît que la politique de la Banque constitue de la discrimination directe, cette politique constitue un acte discriminatoire illicite à moins que la Banque ne satisfasse aux exigences du moyen de défense fondé sur une EPJ. Les paramètres juridiques de ce moyen de défense sont énoncés dans la décision que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Ici encore, le juge McIntyre a prononcé les motifs au nom de la Cour; voici ce qu'il a dit (en page 208):

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

[147] Bref, pour que l'employeur fasse valoir avec succès le moyen de défense fondé sur une EPJ, il doit établir selon la prépondérance des probabilités: (1) qu'il était de bonne foi en imposant la politique, et ce, à des fins liées au rendement professionnel; et (2) que la politique est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail en question. Le premier critère est considéré comme l'élément subjectif du moyen de défense et le

component underwent further refinement in *Brossard, supra*, at pages 311-312, *per* Beetz J:

... I believe that this "reasonable necessity" can be examined on the basis of the following two questions:

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory retirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

[148] As is apparent, the language adopted in *Brossard* now speaks of rational connection as a component of the reasonable necessity test set out in *Etobicoke, supra*. The above passage redefines the objective component of the BFOR defence to include two objective criteria: (1) that the job qualification be rationally connected to the employment concerned; and (2) that the policy is designed to ensure that it is met without placing an undue burden on those to whom it applies. This latter requirement has been taken to impose an obligation on an employer to show that there is no other more reasonable, or less intrusive alternative to the policy. Thus, for example, a rule requiring individual assessment as to the physical fitness of police officers is more reasonable or less burdensome than one which calls for mandatory retirement at age 60: see Sopinka J. in *Large v. Stratford (City)*, [1995] 3 S.C.R. 733, at page 750.

[149] Ultimately, the Tribunal concluded that the BFOR defence had not been established. With respect to the subjective component of the test, the Tribunal

second comme l'élément objectif. Dans l'arrêt *Brossard, supra*, aux pages 311 et 312, le juge Beetz a donné des précisions au sujet de l'élément objectif:

... en l'espèce cette «nécessité raisonnable» peut être examinée en fonction des deux questions suivantes:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

[148] De toute évidence, dans l'arrêt *Brossard*, il est question du lien rationnel en tant qu'élément du critère relatif à la nécessité raisonnable énoncé dans l'arrêt *Etobicoke, supra*. Le passage précité définit de nouveau l'élément objectif du moyen de défense fondé sur une EPJ de façon à inclure deux critères objectifs: (1) l'exigence professionnelle doit avoir un lien rationnel avec l'emploi en question; et (2) la politique est conçue de façon que l'exigence puisse être satisfaite sans imposer un fardeau excessif aux personnes concernées. Cette dernière exigence a été interprétée comme imposant à l'employeur l'obligation de démontrer qu'il n'existe aucune autre solution plus raisonnable ou de caractère moins attentatoire. Ainsi, une règle exigeant une évaluation individuelle de l'aptitude physique des agents de police est plus raisonnable ou moins contraignante qu'une règle prévoyant la retraite obligatoire à 60 ans: voir le juge Sopinka dans l'arrêt *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, à la page 750.

[149] Enfin, le Tribunal a conclu que le moyen de défense fondé sur une EPJ n'avait pas été établi. Quant à l'élément subjectif du critère, le Tribunal a

held that the Bank had acted in good faith. At page 216 of its reasons the Tribunal stated, “the Bank officials meet the requirement of acting honestly, in good faith and in the sincerely held belief that the policy is in the interests of the adequate performance of the work involved”.

[150] With respect to the objective component of the test the Tribunal outlined the relevant analytical framework in the following terms (at page 216):

... we must examine the rational connection between the policy objective and the performance of the job or the “reasonable necessity” which Beetz J. addressed in *Brossard*.

As Beetz J. expressed it, this entails first examining the appropriateness in an objective sense of the employers purpose in establishing the requirement and then examining the method chosen by the employer to test for that requirement.

[151] In summary, the Tribunal viewed its task as twofold. First, it examined objectively the validity of the Bank’s reasons in adopting the policy. With respect to this issue the Tribunal used the terms “rational connection” and “reasonable necessity” interchangeably. Second, the Tribunal assessed whether any reasonable alternatives were available to the Bank which were less burdensome on new and returning employees.

[152] According to the Tribunal’s reasons the Bank advanced three arguments in support of its position that mandatory drug testing is reasonably necessary or rationally connected to job performance. I shall deal with each argument and the Tribunal’s response.

[153] First, the Bank maintained that a drug problem existed. It argued that its workforce constitutes a microcosm of Canadian society and that since illegal drug use is prevalent in that society, so too must it be prevalent in the banking industry. In response, the Tribunal first noted that no research had been undertaken to support what was characterized as an impressionistic assumption. Reference was made to the common sense appreciation that because of factors such as educational requirements, the Bank’s

statué que la Banque était de bonne foi. À la page 216 de ses motifs, il a dit que «les dirigeants de la Banque satisfont à l’exigence selon laquelle ils doivent agir honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que la politique est adoptée en vue d’assurer la bonne exécution du travail en question».

[150] Quant à l’élément objectif du critère, le Tribunal a décrit comme suit le contexte analytique pertinent (à la page 216):

... nous devons examiner relativement à l’élément objectif du critère le lien rationnel entre le but visé par la politique et l’exécution du travail ou la «nécessité raisonnable» dont le juge Beetz a traité dans l’arrêt *Brossard*.

Comme l’a dit le juge Beetz, il faut tout d’abord à cette fin examiner l’exigence imposée par l’employeur afin de déterminer si elle est, d’un point de vue objectif, appropriée, et ensuite la méthode qu’il a choisie pour vérifier s’il a satisfait à cette exigence.

[151] Bref, le Tribunal considérait que sa tâche était double. En premier lieu, il a examiné objectivement le bien-fondé des motifs pour lesquels la Banque avait adopté la politique. Sur ce point, il a parlé de «lien rationnel» et de «nécessité raisonnable» d’une façon interchangeable. En second lieu, il s’est demandé si la Banque disposait de solutions de rechange raisonnables qui étaient moins contraignantes pour les employés nouveaux ou réembauchés.

[152] Selon les motifs du Tribunal, la Banque a avancé trois arguments à l’appui de la position voulant que la politique de dépistage obligatoire des drogues soit raisonnablement nécessaire ou qu’elle ait un lien rationnel avec le rendement au travail. J’examinerai chaque argument ainsi que la réponse du Tribunal.

[153] Premièrement, la Banque a maintenu qu’il existait un problème de toxicomanie. Elle a soutenu que son personnel constitue un microcosme de la société canadienne et qu’étant donné que la consommation de drogues illégales est courante dans cette société, elle doit également l’être dans le secteur bancaire. En réponse, le Tribunal a d’abord fait remarquer qu’aucune recherche n’avait été effectuée afin d’étayer ce qu’il a décrit comme des hypothèses relevant de l’impression. Il a mentionné en se fondant

workforce could differ substantially from the general population. In short, the evidence did not support the proposition that there is a drug problem within the banking community.

[154] The Bank's second argument focused on the relationship between illegal drug use and crime. The Bank maintained that there is a correlation between illegal drug use and crime and that it had a valid concern with respect to the possibility of employees being involved with the "criminal element" in society. In response, the Tribunal concluded that while there is some evidence to support a correlation between crime and illegal drug use, no causal relationship had been established. The Tribunal noted that during the 18 months the policy had been in force there were 57 incidents of theft by Bank employees, none of which were linked to the use of drugs. In fact only one case was cited to the Tribunal as evidence of theft by a Bank employee who was drug dependent and that person was a management employee, hired before the policy was implemented who would therefore not have been subject to a drug test.

[155] Finally, the Bank insisted that drug use had an effect on job productivity or performance. The Tribunal accepted that there was evidence, based on drug use within the United States Postal Service, showing a correlation between a positive drug test and job performance. But in the absence of any evidence establishing a drug problem within the Bank's workforce, the Tribunal held that it could not see how this evidence could assist in establishing the BFOR defence. Moreover, the Tribunal held that the Bank had not produced evidence showing any demographic correlation between American postal services employees and Canadian bank employees. The Tribunal went on to observe that after over two years of drug testing, producing several thousand test results, the evidence led one to conclude that the incidence of

sur le sens commun, que compte tenu de facteurs tels que les exigences en matière de formation, les effectifs de la Banque pouvaient différer considérablement de la population en général. Bref, la preuve n'était pas la thèse selon laquelle il existait un problème de toxicomanie parmi les employés de banque.

[154] Le deuxième argument de la Banque était axé sur la relation qui existe entre la consommation de drogues illégales et la criminalité. La Banque a maintenu qu'il existe une corrélation entre la consommation de drogues illégales et la criminalité et qu'elle se préoccupait avec raison de la possibilité que les employés soient en contact avec les «éléments criminels» de la société. En réponse, le Tribunal a conclu que certains éléments de preuve étayaient l'existence d'une corrélation entre la criminalité et la consommation de drogues illégales, mais qu'aucune relation de cause à effet n'avait été établie. Le Tribunal a fait remarquer qu'au cours des 18 mois où la politique avait été en vigueur, 57 vols avaient été commis par des employés de la Banque, mais qu'aucun de ces vols n'était lié à la consommation de drogue. De fait, il avait été question dans la preuve d'un seul cas de vol par un employé de la Banque qui souffrait de toxicomanie et cet employé était un cadre qui avait été embauché avant que la politique soit mise en œuvre, de sorte qu'il n'aurait pas été assujéti à un test de dépistage de drogues.

[155] Enfin, la Banque a affirmé avec insistance que la consommation de drogue avait un effet sur la productivité ou sur le rendement au travail. Le Tribunal a reconnu que selon certains éléments de preuve se rapportant à la consommation de drogue au sein du service postal américain, il existait une corrélation entre un test de dépistage dont le résultat était positif et le rendement au travail. Cependant, en l'absence de quelque élément de preuve établissant l'existence d'un problème de toxicomanie au sein des effectifs de la Banque, le Tribunal a statué qu'il ne pouvait pas voir comment cette preuve pourrait aider à établir le moyen de défense fondé sur une EPJ invoqué par la Banque. En outre, le Tribunal a statué que la Banque n'avait pas présenté d'éléments de preuve indiquant qu'il existait une corrélation démographique entre les

drug use among new and returning employees is very low.

[156] With respect to whether the Bank's drug testing policy is reasonably necessary to assure job performance, the Tribunal reached a negative conclusion. It reasoned that if mandatory testing were truly necessary then it should be required of all employees and administered on a regular basis. The Tribunal held that the method chosen by the Bank to deal with potential drug related problems such as poor performance and illegality was intrusive and would only qualify as reasonable if the Bank could demonstrate a serious threat to the Bank's other employees and the public. In the opinion of the Tribunal, this the Bank did not do.

[157] After disposing of the arguments advanced in support of the Bank's decision to implement its policy of mandatory drug testing, the Tribunal turned to the "reasonable alternatives" component of the objective test. On this issue and having regard to the fact that there was a lack of persuasive evidence to support the understanding of an existing drug problem, the Tribunal posed the following rhetorical question [at page 218]: "If observation works for the majority as a method of individual assessment even though evidence indicated it was imperfect, why not for the new and returning employees also?" The implication which arises from this line of inquiry is that the Tribunal concluded that the Bank had failed to demonstrate that mandatory drug testing was the least intrusive of the reasonable methods for assessing job performance. The conventional method for assessing job performance—observation—achieves the same objectives without bringing into issue privacy concerns.

[158] On judicial review, and on appeal, the Bank attacked the Tribunal's finding that the BFOR defence

employés du service postal américain et les employés de banque canadiens. Le Tribunal a ensuite fait remarquer qu'après plus de deux ans, au cours desquels plusieurs milliers de tests de dépistage avaient été effectués, la preuve permettait de conclure que le nombre d'employés nouveaux ou réembauchés qui consommaient de la drogue était très faible.

[156] Quant à la question de savoir si la politique de dépistage de la Banque est raisonnablement nécessaire en vue d'assurer le rendement au travail, le Tribunal a tiré une conclusion négative. Il a conclu que si le dépistage obligatoire était réellement nécessaire, il devrait s'appliquer à tous les employés et être effectué sur une base régulière. Le Tribunal a statué que la méthode que la Banque avait choisie pour régler les problèmes possibles de toxicomanie comme le mauvais rendement et l'illégalité était de nature attentatoire et pourrait uniquement être considérée comme raisonnable si la Banque réussissait à démontrer que la chose menaçait sérieusement les autres employés et le public. De l'avis du Tribunal, la Banque n'avait pas réussi à le démontrer.

[157] Après s'être prononcé sur les arguments avancés à l'appui de la décision de la Banque de mettre en œuvre sa politique de dépistage obligatoire, le Tribunal a examiné l'élément du critère objectif concernant les «solutions de rechange raisonnables». Sur ce point et étant donné l'absence de preuve convaincante à l'appui de l'existence d'un problème de toxicomanie, le Tribunal s'est posé la question de pure forme suivante [à la page 218]: «Si la surveillance constitue la méthode d'évaluation individuelle pour la majorité des employés, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les nouveaux employés et pour les employés réembauchés même si la preuve a indiqué qu'il s'agissait d'une méthode imparfaite?» Cela laisse implicitement entendre que le Tribunal a conclu que la Banque n'avait pas démontré que, parmi les méthodes raisonnables d'évaluation du rendement, le dépistage obligatoire était la méthode la moins attentatoire. La méthode d'évaluation habituelle—l'observation—permet d'atteindre les mêmes objectifs sans poser de problèmes sur le plan de la vie privée.

[158] Dans le cadre du contrôle judiciaire et en appel, la Banque a contesté la conclusion du Tribunal

was not available. The Bank's argument effectively amounts to an outright assault on the various findings of the Tribunal and is couched in the language of the Tribunal having failed to have proper regard to the evidence. I can find no error on the part of the Tribunal which would warrant setting aside this aspect of the Tribunal's decision. There are, however, two matters raised by the Bank which I wish to address. The first is the Bank's argument concerning its "integrity" which was advanced both in its factum and in argument before the Court.

[159] The issue of integrity might be more persuasive in the context of law enforcement personnel or professional and amateur athletes. But I cannot see how it advances the Bank's case. Integrity is the foundation of all employment relationships. Whether or not it is of primary importance to the banks or as alleged, they have special concerns, are largely non-justiciable matters.

[160] The second issue I wish to address is the argument that the Bank's supervisory capabilities were insufficient to detect drug use in employees. The Bank argues that an employee under the influence of an illegal substance may still be capable of adequately performing his or her job such that observation would not reveal a problem. To my mind, this reasoning confirms the lack of connection between the rule and job performance.

The Alternative Ground: Indirect Discrimination

[161] Assuming that I am in error in finding "direct discrimination" then I am prepared to deal with the alternative submission that the Bank's drug testing policy qualifies as "indirect discrimination". Accordingly, two issues must be addressed. The first brings into consideration the distinction between the "rational connection" test applicable in cases of indirect discrimination and the "reasonably necessary" or "rational connection" test applicable in cases of direct discrimination. The second issue focuses on whether

selon laquelle elle ne pouvait pas invoquer une EPJ comme moyen de défense. La Banque se trouve en fait à contester carrément les diverses conclusions tirées par le Tribunal et à affirmer que le Tribunal n'a pas tenu compte d'une façon appropriée de la preuve. Je ne puis constater de la part du Tribunal l'existence d'aucune erreur permettant d'infirmer la décision qu'il a rendue à cet égard. Toutefois, la Banque a soulevé deux questions que j'aimerais examiner. La première se rapporte à l'argument invoqué tant dans l'exposé que dans l'argumentation que la Banque a présentés devant la Cour au sujet de son «intégrité».

[159] L'argument serait peut-être plus convaincant s'il s'appliquait à des agents de la paix ou à des athlètes professionnels ou amateurs. Cependant, je ne puis voir comment il étaye la preuve de la Banque. Toute relation de travail est fondée sur l'intégrité. La question de savoir si cela a une importance cruciale pour les banques ou, comme il a été allégué, si les banques ont des préoccupations spéciales, est dans une large mesure non justiciable.

[160] La seconde question que j'aimerais examiner se rapporte à l'argument selon lequel la Banque ne disposait pas d'un personnel surveillant suffisant pour déceler la consommation de drogues chez les employés. La Banque soutient qu'un employé qui est sous l'emprise d'une substance illégale peut néanmoins être capable de s'acquitter adéquatement de son travail, de sorte que l'observation ne permettrait pas de déceler l'existence d'un problème. À mon sens, ce raisonnement confirme l'absence de lien entre la règle et le rendement au travail.

Le motif subsidiaire: la discrimination indirecte

[161] À supposer que j'aie tort de conclure à la «discrimination directe», je suis prêt à examiner l'argument subsidiaire selon lequel la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la «discrimination indirecte». Il faut donc examiner deux questions. La première se rapporte à la distinction qu'il convient de faire entre le critère relatif au «lien rationnel» qui s'applique dans les affaires de discrimination indirecte et le critère relatif au «caractère raisonnablement nécessaire» ou au «lien ration-

the Tribunal erred in finding reasonable accommodation on the part of the Bank. In light of my conclusion on the first issue I need not deal with the second.

[162] I have already outlined the tenets of the reasonably necessary test for establishing the BFOR defence in cases of direct discrimination. To repeat myself, three requirements must be met: (1) the employer must have adopted the employment policy in good faith; (2) the policy must be reasonably necessary in that there is a rational connection between the policy and the notion of job performance; and (3) no other reasonable and less burdensome alternatives to the policy exist. I turn now to the tenets of the rational connection test applicable to cases of indirect discrimination. There are only two cases of the Supreme Court which touch on this matter.

[163] In *O'Malley, supra*, Justice McIntyre made a brief reference to the requirement that in cases of indirect discrimination an employment rule must be "honestly made for sound economic or business reasons". In that case the neutral employment rule in issue required employees to work Friday evenings and Saturdays as a condition of employment. The complainant alleged discrimination on the ground that her religion would not permit her to work during those periods. Further on Justice McIntyre states that where a work rule results in adverse effect discrimination, "and the offending rule is rationally connected to the performance of the job" (at page 558) an employer must establish reasonable accommodation on its part. Justice McIntyre simply declared that the work rule was rationally connected on the basis that an "employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays" (at pages 555-556). Apparently the employer introduced no evidence of rational connection and none was required by the Supreme Court.

[164] The only other indirect discrimination case relevant to the issue at hand is the Supreme Court's

nel» qui s'applique dans les affaires de discrimination directe. En second lieu, il s'agit de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il y avait eu accommodement raisonnable de la part de la Banque. Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée au sujet de la première question, je n'ai pas à examiner la seconde question.

[162] J'ai déjà énoncé les éléments du critère relatif au caractère raisonnablement nécessaire lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une EPJ dans les cas de discrimination directe. Comme je l'ai déjà dit, il faut satisfaire à trois exigences: (1) l'employeur doit avoir été de bonne foi en adoptant la politique d'emploi; (2) la politique doit être raisonnablement nécessaire en ce sens qu'il existe un lien rationnel entre la politique et le rendement professionnel; et (3) il n'existe aucune solution de rechange raisonnable et moins contraignante. J'examinerai maintenant les éléments du critère relatif au lien rationnel qui s'applique aux affaires de discrimination indirecte. Il n'y a que deux arrêts de la Cour suprême qui portent sur cette question.

[163] Dans l'arrêt *O'Malley, supra*, le juge McIntyre a brièvement mentionné que dans les affaires de discrimination indirecte, la règle d'emploi doit être «adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires». Dans cette affaire-là, la règle d'emploi neutre en question exigeait que les employés travaillent le vendredi soir et le samedi. La plaignante avait allégué qu'il y avait discrimination pour le motif que sa religion ne lui permettait pas de travailler ces jours-là. Le juge McIntyre a ensuite dit que, lorsqu'une règle d'emploi donne lieu à de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, «et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions» (à la page 559), l'employeur doit établir qu'il y a eu accommodement raisonnable de sa part. Le juge McIntyre a simplement dit que la règle d'emploi avait un lien rationnel pour le motif que «l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le samedi» (aux pages 555 et 556). Apparemment, l'employeur n'avait présenté aucun élément de preuve établissant l'existence d'un lien rationnel et la Cour suprême n'en a exigé aucun.

[164] La seule autre décision concernant la discrimination indirecte qui est pertinente aux fins qui nous

decision in *Dairy Pool*, *supra*. As in *O'Malley*, the legal issue in *Dairy Pool* arose in the context of an employee required to work on one of his holy days. The employer closed down its business operations on the weekend resulting in Mondays being a busy work day. The complainant refused to work on one Monday shift because of a conflicting holy day obligation and was fired. Writing for the majority, Justice Wilson referred to *O'Malley* and held that the employer was "entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day" (at page 520). Accordingly, it was found that the employer had established that its work rule met the rationally connected test.

[165] Neither the reasoning offered in *O'Malley* nor *Dairy Pool* are instructive as to the limits of the rational connection test. In each instance, the Supreme Court's analysis has not exceeded the bald conclusion that the neutral work rule is so connected. In each instance, that conclusion was supported by a common sense understanding as to the rule's necessity and its rational connection to the job. No one would expect an employer to adduce evidence that a requirement of protective head gear on a construction site is rationally connected to job performance or, more appropriately, employee safety. Nor does one expect an employer to submit extensive evidence with respect to the validity of the business decision to remain open on weekends.

[166] On reflection, it is arguable that a neutral work rule giving rise to adverse effect discrimination is one in which demonstrative evidence as to its rational connection to job performance is simply not required. The necessary finding of law can be arrived at through a common sense appreciation of what is reasonable in the workplace. Of course, this line of reasoning simply supports my earlier position that the Bank's policy is a form of direct discrimination.

occupent est celle que la Cour suprême a rendue dans l'affaire *Dairy Pool*, *supra*. Comme dans l'affaire *O'Malley*, il s'agissait du cas d'un employé qui était tenu de travailler un jour saint. L'employeur n'exploitait pas son entreprise pendant la fin de semaine de sorte que le lundi était une journée chargée. Le plaignant, qui avait refusé de travailler un lundi à cause d'une obligation religieuse, avait été congédié. Au nom de la majorité, le juge Wilson a cité l'arrêt *O'Malley* et a statué que l'employeur était «autorisé . . . à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée» (à la page 520). Il a donc été conclu que l'employeur avait établi que la règle d'emploi satisfaisait au critère relatif au lien rationnel.

[165] Les raisonnements qui sont faits dans les arrêts *O'Malley* et *Dairy Pool* n'indiquent ni dans un cas ni dans l'autre quelles sont les limites du critère relatif au lien rationnel. Dans chaque cas, la Cour suprême s'est contentée de conclure que la règle d'emploi neutre avait un tel lien. Dans chaque cas, cette conclusion était étayée sur le fait que le bon sens montrait que la règle était nécessaire et qu'elle avait un lien rationnel avec le travail. Personne ne s'attendrait à ce que l'employeur prouve que l'obligation de porter un casque de sécurité sur un chantier de construction a un lien rationnel avec le rendement professionnel ou, plus exactement, avec la sécurité de l'employé. Personne ne s'attend non plus à ce que l'employeur s'attarde à prouver le bien-fondé de la décision qu'il a prise d'exercer ses activités pendant la fin de semaine.

[166] À bien y penser, il est contestable qu'une règle d'emploi neutre donnant lieu à de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable soit une condition à l'égard de laquelle il n'est tout simplement pas nécessaire de démontrer qu'elle a un lien rationnel avec le rendement professionnel. Il est possible d'en arriver à la conclusion de droit nécessaire en se fondant sur le bon sens pour déterminer ce qui est raisonnable dans le milieu de travail. Bien sûr, cette façon de penser étaye simplement la position que j'ai ci-dessus prise, à savoir que la politique de la Banque constitue une forme de discrimination directe.

[167] Elsewhere the question has been raised whether the “rational connection” test applied in cases of indirect discrimination, as articulated in *O’Malley* and *Dairy Pool*, represents a retreat from the standard of “reasonable necessity” established in *Etobicoke*, *supra*, and as refined in *Brossard*, *supra*: see Brian Etherington, “Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s Latest Word on the Duty to Accommodate” (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

[168] Personally, I am unable to understand why a less onerous rational connection test should be applied in the context of indirect discrimination. For example, if there is a reasonable alternative to the Bank’s drug testing policy and that alternative (e.g. assessment by observation) is less intrusive or burdensome on those affected, why should it make any difference whether that policy constitutes indirect as opposed to direct discrimination. Unfortunately, the jurisprudence appears to support the position that the two tests differ. Justice Wilson said as much in *Dairy Pool*, at page 507:

It is notable that the working rule to which the duty of accommodation applies need not be “reasonably necessary”, i.e., it need not be a BFOR. Rather, it need only be “a condition or rule rationally related to the performance of the job”.

[169] The above passage supports the understanding that in cases of indirect discrimination employers do not have the additional obligation of satisfying all of the requirements of the BFOR defence. Rather they must establish that they acted in good faith, that the rule bears a rational connection to job performance and, finally, that they are willing to reasonably accommodate employees who are adversely affected by the neutral work rule or policy. That there is a difference between the reasonably necessary and rational connection tests must be accepted as a matter of judicial doctrine. What the jurisprudence does not make self-evident is the precise scope of each test.

[167] On s’est demandé ailleurs si le critère relatif au «lien rationnel» qui s’applique dans les affaires de discrimination indirecte, tel qu’il est énoncé dans les arrêts *O’Malley* et *Dairy Pool*, représente un recul par rapport à la norme de la «nécessité raisonnable» établie dans l’arrêt *Etobicoke*, *supra* et précisée dans l’arrêt *Brossard*, *supra*: voir Brian Etherington, «Central Alberta Dairy Pool: The Supreme Court of Canada’s Latest Word on the Duty to Accommodate» (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 311.

[168] Personnellement, je ne puis comprendre pourquoi un critère moins rigoureux devrait s’appliquer, en ce qui concerne le lien rationnel, dans le contexte de la discrimination indirecte. Ainsi, s’il est possible d’adopter une autre solution raisonnable que la solution prévue par la politique de dépistage de drogues de la Banque et si cette solution (par exemple l’évaluation au moyen de l’observation) est moins attentatoire ou contraignante pour les individus touchés, pourquoi importerait-il que cette politique constitue de la discrimination indirecte par opposition à de la discrimination directe? Malheureusement, la jurisprudence semble étayer la position voulant qu’il y ait une différence entre les deux critères. Voici ce que le juge Wilson a dit dans l’arrêt *Dairy Pool*, à la page 507:

Il faut remarquer qu’il n’est pas essentiel que la règle de travail à laquelle s’applique l’obligation d’accommodement soit «raisonnablement nécessaire», c’est-à-dire qu’elle soit une EPN. Il importe seulement qu’elle soit «une condition ou [. . .] une règle qui est raisonnablement liée à l’exécution des fonctions».

[169] Le passage susmentionné étaye la thèse selon laquelle, dans les affaires de discrimination indirecte, les employeurs n’ont pas l’obligation additionnelle de satisfaire à toutes les exigences du moyen de défense fondé sur une EPJ. Ils doivent plutôt établir qu’ils étaient de bonne foi, que la règle a un lien rationnel avec le rendement professionnel et enfin, qu’ils sont prêts à prendre des mesures d’accommodement raisonnables à l’égard des employés auxquels la règle ou politique d’emploi neutre cause un préjudice. Le fait qu’il existe une différence entre le critère relatif au «caractère raisonnablement nécessaire» et le critère relatif au «lien rationnel» doit être reconnu en tant que doctrine judiciaire. Cependant, la jurisprudence ne

[170] I am prepared to accept that the “rational connection test” differs from the “reasonable necessity test” to the extent that the former does not impose an obligation on the employer to establish that other reasonable and less burdensome alternatives to the neutral work rule are available. I say this solely for the reason that if in law a distinction between the two tests does exist, then the only meaningful difference has to lie in the “reasonable alternative criterion”. Whether or not the distinction is rationally supported is, however, a matter on which the Supreme Court should adjudicate.

[171] This case is not only complicated by the fact that there is uncertainty surrounding the parameters of the reasonable necessity and rational connection tests, but also because the Tribunal made no express finding as to whether the Bank’s drug testing policy met the rational connection test applicable to cases of indirect discrimination. However, all the parties are agreed that the Tribunal did rule on the rational connection test as one of the three criteria to be met in establishing the BFOR defence. It is common ground that if the Tribunal did in fact conclude that there was no rational connection, the Bank’s policy must fall if it qualifies as adverse effect discrimination. Of course, the converse is true.

[172] The Bank’s position is straightforward. It argues *simpliciter* that the Tribunal found there was a rational connection between the policy and job performance. This argument hinges on the following passage found in the Tribunal’s reasons at page 218:

In applying the *Brossard* test, if we assume that the employer’s purpose is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact they might have upon job performance, this Tribunal finds that this is an appropriate purpose.

montre pas d’une façon évidente quelle est l’étendue précise de chaque critère.

[170] Je suis prêt à reconnaître que le «critère relatif au lien rationnel» diffère du «critère relatif à la nécessité raisonnable» dans la mesure où il n’oblige pas l’employeur à établir qu’il existe d’autres solutions raisonnables et moins contraignantes par rapport à la règle de travail neutre. Je le dis uniquement parce que s’il existe en droit une distinction entre les deux critères, la seule différence importante doit reposer sur le «critère relatif à la solution de rechange raisonnable». Toutefois, la Cour suprême devrait se prononcer sur la question de savoir si la distinction est rationnellement justifiée.

[171] Cette affaire est non seulement d’autant plus compliquée parce qu’on ne sait pas trop quels sont les paramètres du critère relatif à la nécessité raisonnable et du critère relatif au lien rationnel, mais aussi parce que le Tribunal n’a pas tiré de conclusion expresse au sujet de la question de savoir si la politique de dépistage de drogues de la Banque satisfaisait au critère relatif au lien rationnel qui s’applique aux affaires de discrimination indirecte. Toutefois, toutes les parties conviennent que le Tribunal a statué que le critère relatif au lien rationnel est l’un des trois critères à satisfaire pour établir le moyen de défense fondé sur une EPJ. Il est reconnu que si le Tribunal a en fait conclu qu’il n’existait pas de lien rationnel, la politique de la Banque doit être rejetée si elle est considérée comme de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable. Bien sûr, le contraire est vrai.

[172] La position de la Banque est claire. Elle soutient simplement que le Tribunal a conclu à l’existence d’un lien rationnel entre la politique et le rendement au travail. Cet argument est fondé sur le passage suivant qui se trouve à la page 218 des motifs du Tribunal:

Si nous présumons, en appliquant le critère formulé dans l’arrêt *Brossard*, que l’objectif de l’employeur est d’éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail de ses employés en raison des effets qu’elles peuvent avoir sur le rendement au travail, le Tribunal conclut qu’il s’agit d’un objectif approprié.

[173] The CCLA maintains that this passage amounts to nothing more than a finding that the Bank acted honestly and in good faith in adopting its policy. I agree. To hold otherwise is to ignore virtually all of the key findings of the Tribunal. These findings include the determination that the Bank acted on impressionistic assumptions; that there was insufficient evidence to establish that a drug problem exists within the Bank; that there is no correlation between illegal drug use and crime, nor evidence to support such a concern. In my opinion, the Tribunal's analysis and reasons amount to a finding of fact that there was no rational connection between the Bank's policy and the performance of the job. Though that finding was made in the context of the BFOR defence, it is equally applicable in the context of the accommodation issue. It must be remembered that, at best, the Bank's policy reveals whether an employee has been exposed to certain illegal drugs within a certain time frame. Such information reveals nothing about an employee's ability to perform the job in question. For these reasons, I am of the opinion that the Bank's policy fails even if it constitutes indirect discrimination. For greater certainty, if the Tribunal did in fact conclude that there was a rational connection to job performance, then I would have been prepared to hold that that conclusion is "patently unreasonable".

Summary

[174] In conclusion, I find that the Bank's drug testing policy constitutes *prima facie* discrimination. Its policy "tends to deprive" drug dependent persons of employment opportunities. I find further that the policy constitutes direct discrimination and that the Bank has not satisfied the objective component of the BFOR test. That is to say the Bank has failed to establish that its policy is reasonably necessary and that there are no other viable alternatives which would be less burdensome on new and returning employees. Assuming I am in error and that the policy qualifies as adverse effect discrimination, then it fails by reason of the Bank's failure to satisfy the rational connection

[173] L'ACLCL maintient que ce passage équivaut tout simplement à une conclusion selon laquelle la Banque a adopté sa politique honnêtement et de bonne foi. Je suis d'accord. Juger le contraire, c'est omettre de tenir compte de presque toutes les conclusions cruciales tirées par le Tribunal, et notamment que la Banque s'est fondée, pour agir, sur des hypothèses relevant de l'impression, qu'il n'existait pas suffisamment d'éléments de preuve permettant d'établir l'existence d'un problème de toxicomanie au sein de la Banque, qu'il n'y a pas de corrélation entre la consommation de drogue illégales et la criminalité et qu'il n'existe pas d'éléments de preuve à l'appui. À mon avis, l'analyse et les motifs du Tribunal équivalent à une conclusion de fait selon laquelle il n'y a pas de lien rationnel entre la politique de la Banque et le rendement au travail. Cette conclusion a été tirée dans le contexte du moyen de défense fondé sur une EPJ, mais elle s'applique également dans le contexte de l'accommodement. Il faut se rappeler qu'au mieux, la politique de la Banque montre si l'employé a utilisé certaines drogues illégales au cours d'une période donnée. Pareil renseignement ne révèle rien au sujet de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question. Pour ces motifs, je suis d'avis que la politique de la Banque doit être rejetée même si elle constitue de la discrimination indirecte. Plus précisément, si le Tribunal avait en fait conclu à l'existence d'un lien rationnel avec le rendement professionnel, j'aurais été prêt à statuer que cette conclusion est «manifestement déraisonnable».

Sommaire

[174] En fin de compte, je conclus que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue à première vue de la discrimination. La politique «est susceptible d'annihiler» les chances d'emploi des individus qui ont une dépendance envers la drogue. Je conclus en outre que la politique constitue de la discrimination directe et que la Banque n'a pas satisfait à l'élément objectif du critère relatif à l'EPJ. En d'autres termes, la Banque n'a pas réussi à établir que sa politique est raisonnablement nécessaire et qu'il n'existe pas d'autres solutions réalisables qui soient moins contraignantes à l'égard des employés nouveaux ou réembauchés. À supposer que je me trompe et

test. Hence, the Bank's policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the *Canadian Human Rights Act*.

Conclusion

[175] For the above reasons I would dismiss the Bank's appeal, allow the cross-appeal, set aside the order of the Motions Judge dated April 22, 1996 and grant an order allowing the application for judicial review on the following terms: the decision of the Tribunal dated August 16, 1994 should be set aside and the matter referred back to a differently constituted panel on the basis that the Bank's mandatory drug testing policy is a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act. I wish to point out that the matter is being remitted to a differently constituted panel solely on the basis of necessity. During the hearing of the appeal we were informed that some of the original members of the Panel are no longer with the Commission.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[176] MCDONALD J.A.: I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Robertson J.A., and am in complete agreement with him that the Toronto-Dominion Bank's (the Bank) policy *prima facie* discriminates against drug dependent employees. I am also in agreement with him as to the disposition of this appeal. However, I am unable to agree with his conclusion that the Bank's drug testing policy is more appropriately classified as constituting direct discrimination rather than indirect discrimination. I am of the view that the Bank's drug testing policy fits directly within the very essence of the Supreme Court of Canada's definition of indirect or adverse effect discrimination and that the Bank's policy fails to meet the requirements of rational connection and reasonable accommodation.

qu'elle constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, cette politique doit être rejetée parce qu'elle ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel. La politique de la Banque constitue donc un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi.

Conclusion

[175] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel interjeté par la Banque, j'accueillerais l'appel incident, j'infirmes l'ordonnance que le juge des requêtes a rendue le 22 avril 1996 et je rendrais une ordonnance faisant droit à la demande de contrôle judiciaire aux conditions suivantes: la décision que le Tribunal a rendue le 16 août 1994 devrait être infirmée et l'affaire devrait être renvoyée à une formation différemment constituée pour le motif que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l'article 10 de la Loi. Je tiens à souligner que l'affaire est renvoyée à une formation différente par pure nécessité. En effet, pendant l'audition de l'appel, nous avons été informés que certains membres de la formation initiale avaient quitté la Commission.

* * *

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

[176] LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Robertson et je suis entièrement d'accord avec lui pour dire que la politique de la Banque Toronto-Dominion (la Banque) constitue à première vue de la discrimination à l'endroit des employés qui ont une dépendance envers la drogue. Je souscris également à la façon dont mon collègue règle l'appel. Toutefois, je ne puis souscrire à la conclusion selon laquelle la politique de dépistage de drogues de la Banque doit être d'une façon plus appropriée considérée comme de la discrimination directe plutôt que comme de la discrimination indirecte. J'estime que la politique de dépistage de drogues de la Banque est directement visée par la définition de la discrimination indirecte ou de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable que la Cour suprême a établie et qu'elle ne satisfait

[177] Both the facts and the decisions of the Motions Judge as well as the Tribunal have been set out by my colleague Robertson J.A. There is no need to repeat them here. I will therefore move directly to my analysis of the adverse effect discrimination issue.

Adverse Effect Discrimination and the Requirement of Rational Connection

[178] Adverse effect discrimination was described by McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 551 as arising whenever:

... an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

[179] The Bank's drug testing policy constitutes adverse effect discrimination because of the rule that those who test positive three times or refuse to undergo a urinalysis test are dismissed. While this rule applies equally to all new and returning employees, it impacts adversely on those employees who are dependent on drugs. The policy, therefore, fits directly within the definition of adverse effect discrimination: The policy is an employment rule that is equally applicable to all to whom it is intended to apply, but is discriminatory because it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply. While the reason for dismissal may be a result of the "persistent" use of an illegal substance, nevertheless, the rule directly impacts more negatively on a

pas aux exigences, en ce qui concerne le lien rationnel et l'accommodement raisonnable.

[177] Les faits ainsi que les décisions rendues par le juge des requêtes et par le Tribunal ont été énoncés par mon collègue le juge Robertson. Il n'est pas nécessaire d'y revenir. Je procéderai donc directement à l'analyse de la question de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

La discrimination par suite d'un effet préjudiciable et la nécessité d'un lien rationnel

[178] Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 551, le juge McIntyre a dit que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable se produit:

... lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés . . . Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

[179] La politique de dépistage de drogues de la Banque constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable parce qu'elle prévoit le congédiement des individus dont le test donne un résultat positif à trois reprises ou qui refusent de se soumettre à une analyse d'urine. Cette règle s'applique également à tous les employés nouveaux ou réembauchés, mais elle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue. La politique est donc directement visée par la définition de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable: il s'agit d'une règle d'emploi également applicable à tous ceux qu'elle vise, mais elle est quand même discriminatoire parce qu'elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à

protected class of individuals under the *Canadian Human Rights Act* (CHRA)— drug dependent users.

[180] The Bank, however, argues that the Act does not protect those who use illicit substances as this goes against Parliament's intent and the *Narcotic Control Act*. Both the Tribunal and the Motions Judge dismissed this argument and I see no reason to interfere with their findings. I would adopt the statement of the Tribunal that [at page 209]:

The CHRA does not condone or protect the illegal activity of using illicit drugs. It does, however, protect a person who is afflicted with a drug dependency from being summarily fired from their employment. If they are indeed committing an illegal act, then, if convicted following due process the *Narcotics [sic] Control Act* will provide the means of punishment. It is not for the employer to be the trier of fact and the enforcer of criminal law.

[181] Having found that the policy constitutes adverse effect discrimination, the next factor to consider is the issue of rational connection. Before doing so, however, I will set out why I am unable to agree with my colleague that the policy is more appropriately classified as constituting direct discrimination.

Direct Discrimination

[182] The *O'Malley* case sets out the distinction between direct and adverse effect discrimination. That case held, at page 551:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer

d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer. Le congédiement peut résulter de la consommation «chronique» d'une substance illégale, mais la règle cause néanmoins directement un préjudice plus grave à une catégorie d'individus protégée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), à savoir les individus qui ont une dépendance envers la drogue.

[180] Toutefois, la Banque soutient que la Loi ne protège pas les individus qui consomment des substances illicites étant donné que cela est contraire à l'intention du législateur et à l'esprit de la *Loi sur les stupéfiants*. Le Tribunal et le juge des requêtes ont tous les deux rejeté cet argument et je ne vois pas pourquoi je devrais intervenir. J'adopterais la déclaration suivante du Tribunal [à la page 209]:

La LCDP ne tolère ni ne protège l'activité illégale qu'est la consommation de drogues illicites. Elle protège cependant les personnes qui souffrent de toxicomanie contre les congédiements sommaires. Si ces personnes commettent un acte illégal, c'est la *Loi sur les stupéfiants* qui prévoit la sanction appropriée une fois qu'elles ont été reconnues coupables après application régulière de la loi. Il n'appartient pas à l'employeur d'agir comme le juge des faits et de se charger d'appliquer le droit criminel.

[181] Puisque j'ai conclu que la politique constitue de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, je dois maintenant examiner la question du lien rationnel. Toutefois, j'expliquerai d'abord pourquoi je ne puis être d'accord avec mon collègue pour dire que la politique doit d'une façon plus appropriée être considérée comme de la discrimination directe.

La discrimination directe

[182] Dans l'arrêt *O'Malley*, la Cour énonce la distinction qui existe entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici ce qui a été statué à la page 551:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» . . . D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet

for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristics of the employee or group, obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

[183] I agree with my colleague that while the rule in issue here applies to all new and returning employees, it targets drug takers. The Bank is concerned with the impact drugs may have on employee work performance and the link between drugs and theft. Its intent is to ensure as much as possible a drug-free work environment. Its policy is "No drug users." I am hesitant, however, to classify the policy as constituting direct discrimination for the following reasons:

[184] First, my colleague's distinction ignores the fact that the policy is aimed at casual users as well as drug dependent users and that casual users are not protected under the Act. The policy applies to prohibit any continued use of illegal drugs regardless of the reason for that use. Casual drug users who continue to use drugs after testing positive risk dismissal whether or not they are dependent on drugs. The policy is designed to catch all drug users not merely dependent drug users. It is only because it is designed to catch all drug users that drug dependent employees are caught. While the rule negatively impacts on drug dependent users, it does not directly discriminate against only them. I would note that if the CHRA protected the right of privacy, casual users would be protected from invasive drug testing procedures. As my colleague states, however, this case is not argued on privacy grounds. Drug dependent users are therefore the only individuals protected from this policy under the Act.

préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

[183] Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la règle ici en cause s'applique à tous les employés nouveaux ou réembauchés, mais qu'elle vise ceux qui consomment de la drogue. La Banque s'inquiète de l'effet que la drogue peut avoir sur le rendement des employés au travail et du lien qui existe entre la drogue et le vol. Elle veut assurer autant que possible un milieu de travail exempt de drogues. Elle a pour politique de ne pas tolérer les consommateurs de drogue. Toutefois, j'hésite à considérer cette politique comme constituant de la discrimination directe, et ce, pour les motifs suivants:

[184] Premièrement, la distinction que mon collègue fait ne tient pas compte du fait que la politique vise tant les consommateurs occasionnels que les employés qui ont une dépendance envers la drogue et que la Loi ne protège pas les consommateurs occasionnels. La politique s'applique de façon à interdire toute consommation continue de drogues illégales indépendamment des raisons pour lesquelles la drogue est consommée. Les usagers occasionnels de drogue qui continuent à utiliser des drogues après que le test qu'ils ont subi a donné un résultat positif risquent d'être congédiés, et ce, indépendamment de la question de savoir s'ils ont une dépendance envers la drogue. La politique est destinée à permettre d'identifier tous les consommateurs de drogue plutôt que ceux qui ont une dépendance envers la drogue seulement. Ce n'est que parce qu'elle vise à identifier tous les employés qui utilisent de la drogue que les employés qui ont une dépendance envers la drogue sont identifiés. La règle a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue, mais elle ne fait pas directement de distinction à leur égard. J'aimerais faire remarquer que si la Loi protégeait le droit à la vie privée, les consommateurs occasionnels seraient protégés contre les mesures de dépistage de drogues de nature attentatoire.

[185] Second, my colleague assumes that a drug testing policy can never be neutral. He states [*supra*, at paragraph 141]:

I cannot accept that a work rule is neutral when it targets the removal of employees who fall within a class protected by human rights legislation. An employment policy aimed at achieving a drug-free work environment should not be deemed neutral when by design it is directed at all those who use illegal drugs and, by necessity, those who are drug dependent.

In my view, there may be sound economic and business reasons for an employer to impose a drug testing policy which is entirely neutral on its face.

[186] For instance, a policy aimed at achieving a drug- and alcohol-free-work place can be neutral if it is concerned with work performance and seeks to rehabilitate those whose work performance has been affected as a result of their drug dependency. Indeed, drug testing in safety sensitive industries is allowed and pursued. The concern, therefore, should be to ensure that the policy is designed to meet the requirements of the CHRA rather than with banning these policies altogether. Even the Canadian Civil Liberties Association accepts that drug testing for cause does not violate the CHRA. It makes sound economic and business sense to have in place a procedure to help those whose work performance is being affected by a drug dependency.

[187] Another concern I have which is related to the previous discussion is that my colleague's approach to the discrimination issue essentially eliminates the need for the adverse effect discrimination category. I am not convinced that this is a desirable result, particularly in the context of alcohol and drug policies. As my

Toutefois, comme le dit mon collègue, la question de la vie privée n'a pas été soulevée en l'espèce. Les employés qui ont une dépendance envers la drogue sont donc les seuls individus que la Loi protège contre cette politique.

[185] Deuxièmement, mon collègue suppose qu'une politique de dépistage de drogues ne peut jamais être neutre. Voici ce qu'il dit [*supra*, au paragraphe 141]:

Je ne puis concevoir qu'une règle d'emploi soit neutre lorsqu'elle vise à éliminer les employés qui appartiennent à une catégorie protégée par la législation sur les droits de la personne. Une politique d'emploi qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues ne devrait pas être considérée comme neutre lorsqu'elle est conçue de façon à s'appliquer à tous les individus qui utilisent des drogues illégales et, nécessairement, à ceux qui ont une dépendance envers la drogue.

À mon avis, il peut exister de bonnes raisons économiques et commerciales pour un employeur d'imposer une politique de dépistage de drogues qui est à première vue entièrement neutre.

[186] Ainsi, une politique qui vise à assurer un milieu de travail exempt de drogues et d'alcool peut être neutre si elle se rapporte au rendement professionnel et si elle vise à permettre la réadaptation des employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue. De fait, le dépistage des drogues dans les industries où la sécurité est essentielle est autorisé et effectué. Il faudrait donc s'assurer que pareille politique soit conçue de façon à satisfaire aux exigences de la Loi plutôt que l'interdire carrément. Même l'Association canadienne des libertés civiles reconnaît que le dépistage des drogues pour un motif licite ne viole pas la Loi. Il est sensé sur le plan économique et commercial de prendre des mesures destinées à aider les employés dont le rendement laisse à désirer à cause de leur dépendance envers la drogue.

[187] Une autre question se rapportant à l'analyse que je viens de faire me préoccupe: l'approche que mon collègue a adoptée à l'égard de la question de la discrimination a essentiellement pour effet d'éliminer la nécessité d'établir une catégorie à l'égard de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Je ne

colleague himself points out, the BFOR defence which is applied once a finding of direct discrimination is made, does not impose the duty of reasonable accommodation on the employer. While the Ontario *Human Rights Code* requires the duty to accommodate in direct discrimination cases, the CHRA does not. It is relatively easy to imagine a situation where a drug testing policy would likely be upheld: one is in a safety sensitive industry that has a policy of drug testing for cause (where an employee's work performance has been affected by drugs). Having established that this is a valid BFOR defence, there is no duty to accommodate: the disabled person can be dismissed.

[188] Under the adverse effect discrimination analysis, however, an employer would be required to accommodate the employee by ensuring that he or she receives help. This clearly seems a more desirable result. Yet, my colleague prefers to stretch the direct discrimination analysis to fit this case based on what ultimately are value judgments as to an employer's motive for implementing a drug policy. Given that there is a movement in the case law towards making the direct discrimination test more closely resemble the adverse effect reasonable accommodation discrimination test, in my view, it is more appropriate to constitute the policy as having an adverse effect on drug dependent employees.

[189] The only benefit to changing the direct discrimination jurisprudence to encompass the facts of this case is that it allows my colleague to strike the Bank's policy in its entirety. For those opposed to drug testing this is clearly a more desirable result. It also has the advantage of benefitting casual drug users who are not protected under the Act. Indeed, this

suis pas convaincu que ce résultat soit souhaitable, en particulier dans le contexte des politiques concernant l'abus d'alcool et de drogues. Comme mon collègue le fait lui-même remarquer, le moyen de défense fondé sur une EPJ qui s'applique une fois qu'il a été conclu à la discrimination directe n'oblige pas l'employeur à assurer un accommodement raisonnable. Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario impose une obligation d'accommodement dans les cas de discrimination directe, mais la Loi ne le fait pas. Il est relativement facile d'imaginer un cas dans lequel une politique de dépistage de drogues serait probablement reconnue: par exemple dans une industrie où la sécurité est essentielle et où l'on a adopté une politique de dépistage de drogues pour un motif licite (lorsque la consommation de drogue influe sur le rendement de l'employé). Une fois qu'il est établi qu'il existe un moyen de défense valable fondé sur une EPJ, il n'existe pas d'obligation d'accommodement: la personne atteinte d'une déficience peut être congédiée.

[188] Toutefois, selon l'analyse relative à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur serait tenu de composer avec l'employé en veillant à ce que ce dernier reçoive de l'aide. Ce résultat semble clairement plus souhaitable. Pourtant, mon collègue préfère étendre la portée de l'analyse de la discrimination directe de façon qu'elle s'applique dans ce cas-ci en se fondant sur ce qui est en fin de compte un jugement de valeur au sujet du motif pour lequel l'employeur met en œuvre une politique de dépistage de drogues. Étant donné qu'il existe dans la jurisprudence une tendance à faire correspondre davantage le critère relatif à la discrimination directe au critère relatif à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable et à l'accommodement raisonnable, il est plus approprié à mon avis de considérer que la politique a un effet préjudiciable sur les employés qui ont une dépendance envers la drogue.

[189] Le seul avantage qu'il y a à modifier la jurisprudence relative à la discrimination directe de façon qu'elle s'applique aux faits de la présente espèce est que cela permet à mon collègue d'annuler en entier la politique de la Banque. Ce résultat est clairement plus souhaitable, aux yeux des personnes qui s'opposent au dépistage des drogues. Il comporte

approach protects the privacy rights of all employees—something the Act explicitly does not do. Yet, this choice ignores the fact that a valid BFOR defence may be established for having a drug testing policy. I have already provided one example: drug testing for cause in a safety sensitive industry. I am therefore of the view that we should avoid being short-sighted when choosing the appropriate classification.

[190] Having stated my reasons for preferring to classify the discrimination in this case as adverse effect discrimination, I am not unaware of the argument made in some cases that the distinction between the two types of discrimination is no longer salient or as valid. One decision cited for this point is *Thwaites v. Canada (Canadian Armed Forces)*, [1993] C.H.R.D. No. 9 (QL). In that case the Tribunal held [at pages 59-60 (QL)]:

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

[191] While I agree with this analysis from the perspective that both the BFOR defence as well as the duty to accommodate require objective or reliable evidence on the need for an employee rule, nonethe-

également un avantage pour les consommateurs occasionnels de drogue qui ne sont pas protégés par la Loi. De fait, cette approche a pour effet de protéger le droit à la vie privée de tous les employés—soit une chose que la Loi ne fait clairement pas. Pourtant, on omet ainsi de tenir compte du fait qu’il est possible d’invoquer avec succès un moyen de défense fondé sur une EPJ à l’appui d’une politique de dépistage de drogues. J’ai déjà donné un exemple: le dépistage des drogues pour un motif licite dans une industrie où la sécurité est essentielle. J’estime donc que nous devrions éviter de manquer de perspicacité en choisissant la classification appropriée.

[190] J’ai énoncé les raisons pour lesquelles je préfère considérer la discrimination ici en cause comme de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, tout en étant parfaitement au courant de l’argument qui est parfois invoqué, à savoir que la distinction entre les deux genres de discrimination n’est plus frappante ou n’est plus aussi valable. On a cité sur ce point la décision *Thwaites c. Canada (Forces Armées Canadiennes)*, [1993] D.C.D.P. n° 9 (QL), dans laquelle le Tribunal a statué ce qui suit [à la page 66 (QL)]:

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

[191] Je souscris à cette analyse en ce sens que le moyen de défense fondé sur une EPJ et l’obligation d’accommodement exigent tous les deux une preuve objective ou digne de foi de la nécessité d’adopter une

less, there is nothing to suggest that under the BFOR defence an employer must take positive action and change his or her workplace. That is, a BFOR does not require an employer to accommodate an employee by providing for drug rehabilitation services. There therefore remains in my mind a fundamental difference between the two. This fact was recognized by Wilson J. in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pages 514-515 when she stated:

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish the BFOQ. This is distinguishable from a rule that is neutral on its face but has an adverse effect on certain members of the group to whom it applies. In such a case the group of people who are adversely affected by it is always smaller than the group to which the rule applies. On the facts of many cases the "group" adversely affected may comprise a minority of one, namely the complainant. In these situations the rule is upheld so that it will apply to everyone except persons on whom it has a discriminatory impact, provided the employer can accommodate them without undue hardship. In *O'Malley* McIntyre J. clarifies the basis for the different consequences that follow a finding of adverse effect discrimination. He states at p 555:

The duty in a case of adverse effect discrimination on the basis of religion or creed is to take reasonable steps to accommodate the complainant, short of undue hardship: in other words, to take such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer. Cases such as this raise a very different issue from those which rest on direct discrimination. Where direct discrimination is shown the employer must justify the rule, if such a step is possible under the enactment in question or it is struck down. Where there is

règle à l'égard des employés, mais néanmoins rien ne montre qu'en vertu du moyen de défense fondé sur une EPJ, l'employeur doit prendre des mesures et modifier le milieu de travail. Une EPJ n'oblige pas l'employeur à composer avec un employé en fournissant des services de réadaptation. Il existe donc encore à mon avis une différence fondamentale entre les deux. M^{me} le juge Wilson a reconnu la chose dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pages 514 et 515, lorsqu'elle a dit ceci:

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN. Une telle règle doit être distinguée d'une règle qui, neutre en apparence, a un effet préjudiciable sur certains membres du groupe auquel elle s'applique. En pareil cas, le groupe des personnes qui subissent un effet préjudiciable est toujours plus petit que le groupe auquel la règle s'applique. Dans les faits, fréquemment, le «groupe» lésé se composera d'une seule personne, savoir le plaignant. La règle est alors maintenue en ce sens qu'elle s'appliquera à tous sauf aux personnes sur lesquelles elle a un effet discriminatoire, pourvu que l'employeur puisse procéder aux accommodements nécessaires sans subir des contraintes excessives. Dans l'arrêt *O'Malley*, le juge McIntyre met en lumière les conséquences différentes que comportent une conclusion à la discrimination directe ou une conclusion à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Voici comment il s'exprime à la p. 555:

L'obligation dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la religion ou la croyance, consiste à prendre des mesures raisonnables pour s'entendre avec le plaignant, à moins que cela ne cause une contrainte excessive: en d'autres mots, il s'agit de prendre les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entraîne indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs. Les cas comme celui-ci soulèvent une question très différente de celle que soulèvent les cas de discrimination directe. Lorsqu'on démontre l'existence de discrimi-

adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. The employer must take reasonable steps towards that end which may or may not result in full accommodation. Where such reasonable steps, however, do not fully reach the desired end, the complainant, in the absence of some accommodating steps on his own part such as an acceptance in this case of part-time work, must either sacrifice his religious principles or his employment. (Emphasis added.)

[192] Similarly, in *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228 (C.A.), at page 249 my colleague, Robertson J.A. (Stone J.A. and Mahoney J.A. concurring) rejected the notion that a duty to accommodate applies in the direct discrimination context. He stated:

Under current law, it is accepted that there is no duty to accommodate in cases of direct discrimination . . . Only in cases of indirect or adverse effect discrimination does the duty to accommodate arise and even then that duty is subject to the caveat that accommodation must not impose an undue hardship on the employer.

It appears, therefore, that the central difference between the two concepts is that in the case of direct discrimination once a BFOR is proven, an employer is under no obligation to accommodate the employee by ensuring that he or she receives rehabilitation. That is, no positive action is required by the employer once his or her defence has been made out. In the case of adverse effect discrimination, the employer would have to have in place some form of rehabilitation program to satisfy the accommodation requirement. In my view, it is only through accommodation that the needs of the disabled can most appropriately be met.

mination directe, l'employeur doit justifier la règle, si cela est possible en vertu de la loi en cause, sinon elle est annulée. Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. L'employeur doit, à cette fin, prendre des mesures raisonnables qui seront susceptibles ou non de réaliser le plein accommodement. Cependant, lorsque ces mesures ne permettent pas d'atteindre complètement le but souhaité, le plaignant, en l'absence de concessions de sa propre part, comme l'acceptation en l'espèce d'un emploi à temps partiel, doit sacrifier soit ses principes religieux, soit son emploi. (Je souligne.)

[192] De même, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228 (C.A.), à la page 249, mon collègue le juge Robertson (les juges Stone et Mahoney souscrivant à son avis) a rejeté l'idée selon laquelle il existe une obligation d'accommodement dans le contexte de la discrimination directe. Voici ce qu'il a dit:

Dans l'état actuel du droit, il est reconnu qu'il n'existe pas d'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe . . . C'est uniquement dans les cas de discrimination indirecte ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable qu'entre en jeu l'obligation d'accommodement et, même alors, cette obligation ne vaut que dans la mesure où il n'en résulte pas une contrainte excessive pour l'employeur.

Il semble donc que la principale différence entre les deux concepts soit la suivante: dans le cas de la discrimination directe, une fois qu'une EPJ est établie, l'employeur n'est pas tenu de composer avec l'employé en veillant à ce que ce dernier bénéficie de services de réadaptation, c'est-à-dire que l'employeur n'est pas tenu de prendre des mesures une fois qu'il a invoqué avec succès son moyen de défense. Dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'employeur devrait offrir un programme de réadaptation en vue de satisfaire à l'obligation d'accommodement. À mon avis, les besoins des personnes atteintes d'une déficience ne peuvent être satisfaits d'une façon appropriée qu'au moyen de l'accommodement.

[193] The importance of accommodation to disabled individuals was expressly recognized by the Supreme Court of Canada in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at pages 272-273 where Sopinka J. (speaking for the Court on this issue) stated:

Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on “mainstream” attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The discrimination inquiry which uses “the attribution of stereotypical characteristics” reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

[194] For these reasons, I believe the Bank’s rule falls squarely within the adverse effect discrimination classification and that issues such as drug testing are more appropriately dealt with under this category given that an employer will be required to accommodate the disabled employee. This is the most effective way of ensuring that drug testing policies are tailored to meet the needs of the drug dependent as well as business.

[195] Having stated why in my view the policy more appropriately falls within the adverse effect discrimination category, I will now address the rational connection and reasonable accommodation components of this category.

[193] La Cour suprême du Canada a expressément reconnu jusqu’à quel point l’accommodement est important pour les personnes atteintes d’une déficience dans l’arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, aux pages 272 et 273, où le juge Sopinka (qui parlait au nom de la Cour sur ce point), a dit ceci:

L’exclusion de l’ensemble de la société découle d’une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l’ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu’il s’agisse de l’impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d’une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l’attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d’une rampe d’accès. C’est plutôt l’omission de fournir des moyens raisonnables et d’apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L’enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l’attribution de caractéristiques stéréotypées», dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d’inversion d’un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d’une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d’affaire toute seule dans l’environnement de l’ensemble de la société. C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

[194] C’est pourquoi je crois que la règle de la Banque constitue clairement de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable et qu’il est préférable d’examiner les questions telles que le dépistage des drogues dans ce contexte étant donné que l’employeur sera tenu de composer avec l’employé atteint d’une déficience. C’est la meilleure façon d’assurer que les politiques de dépistage de drogues soient conçues de façon à satisfaire aux besoins des individus qui ont une dépendance envers la drogue ainsi qu’aux besoins de l’entreprise.

[195] Puisque j’ai dit pourquoi, à mon avis, la politique de la Banque constitue plutôt de la discrimination par suite d’un effet préjudiciable, j’examinerai maintenant les éléments «lien rationnel» et «accommodement raisonnable» de ce genre de discrimination.

Rational Connection

[196] As my colleague Robertson J.A. points out, once a finding of adverse effect discrimination is made, *O'Malley* states that unlike the case of direct discrimination, one does not determine whether the employer has a BFOR, instead, the Court is to uphold the rule but determine whether or not accommodation is made out. A pre-condition to the accommodation stage, however, is that the rule in question be rationally related to the employment. As McIntyre J. stated in *O'Malley*, at page 555:

Where there is adverse effect discrimination on account of creed the offending order or rule will not necessarily be struck down. It will survive in most cases because its discriminatory effect is limited to one person or to one group, and it is the effect upon them rather than upon the general work force which must be considered. In such case there is no question of justification raised because the rule, if rationally connected to the employment, needs no justification; what is required is some measure of accommodation. [Emphasis added.]

[197] Wilson J. in *Alberta Dairy Pool*, at page 520 expands on the meaning of rational connection in her judgment when she states:

McIntyre J.'s judgment in *O'Malley* provides some guidance in identifying a rational connection between a given rule and the employment. At page 551 he speaks of an "employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply . . ." As in the case at bar, the rule in *O'Malley* pertained to attendance on certain days, specifically two out of three Saturdays. The Court in *O'Malley* concluded that the employer's rule satisfied the first branch of the test. McIntyre J. states at pp. 555-56:

To relate the principle of accommodation to the facts at bar, we must begin with the proposition that the employer is lawfully entitled to carry on business and to stay open for business on Saturdays. It is accordingly entitled to engage employees on the condition that they work on Saturdays.

I think it must follow from this that the respondent in the case at bar is equally entitled to organize its business by closing down its processing operation on the weekend resulting in Mondays being a particularly busy day. The

Le lien rationnel

[196] Comme mon collègue le juge Robertson le signale, une fois qu'il a été conclu à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il a été dit dans l'arrêt *O'Malley* que, contrairement à ce qui se produit dans le cas de la discrimination directe, on ne détermine pas si l'employeur a une EPJ, mais que la Cour doit plutôt confirmer la règle tout en déterminant s'il y a eu accommodement. Toutefois, avant d'en arriver au stade de l'accommodement, la règle en question doit avoir un lien rationnel avec l'emploi. Voici ce que le juge McIntyre a dit à ce sujet dans l'arrêt *O'Malley*, à la page 555:

Lorsqu'il y a discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, la règle ou la condition répréhensible ne sera pas nécessairement annulée. Elle subsistera dans la plupart des cas parce que son effet discriminatoire est limité à une personne ou à un groupe de personnes et que c'est son effet sur eux plutôt que sur l'ensemble des employés qui doit être examiné. Dans un tel cas, le problème de la justification ne se pose pas, car la condition raisonnablement liée à l'emploi n'a besoin d'aucune justification; ce qui est requis est une certaine mesure d'accommodement. [Je souligne.]

[197] Dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*, à la page 520, le juge Wilson définit d'une façon plus précise ce qu'est le lien rationnel en disant ceci:

L'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *O'Malley* fournit certaines indications sur la façon de vérifier s'il existe un lien rationnel entre une règle donnée et l'emploi. À la page 551, il parle d'une «condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise. . . » Comme en l'espèce, la règle en cause dans l'arrêt *O'Malley* prescrivait la présence au travail certains jours, en l'occurrence deux samedis sur trois. La Cour a conclu que cette règle satisfait au premier volet du critère. Voici ce que dit le juge McIntyre aux pp. 555 et 556:

Pour relier ce principe de l'accommodement aux faits de l'espèce, nous devons commencer par le principe selon lequel l'employeur est légalement autorisé à exploiter une entreprise et à l'ouvrir le samedi. Il est en conséquence autorisé à engager des employés à la condition qu'ils travaillent le samedi.

Il s'ensuit, à mon avis, que l'intimée est également autorisée en l'espèce à organiser ses activités de manière à arrêter la production en fin de semaine de sorte que le lundi est une journée particulièrement chargée. La condition

respondent's work rule accordingly meets the test of being rationally connected to the job of being a dairy processor.

[198] As can be seen from the above quotations, the jurisprudence on the rational connection issue is not of much assistance to this case. Indeed, all parties are in agreement that this is the first case to directly address the issue of rational connection. It is helpful, therefore, to consider how this phrase has been used in different contexts.

[199] While courts should be careful of importing legal meanings from one context to another, nonetheless, because much of our *Canadian Charter of Rights and Freedoms* jurisprudence focuses on human rights it is appropriate to analyze how the term "rational connection" has been used in the Charter context.

[200] *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 laid down the criteria for the section 1 Charter analysis. That case established that a law must be rationally connected to its objective in order to meet the first component of the section 1 proportionality test. In discussing rational connection, Dickson C.J. described it as follows at page 139: "First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective." It will be recalled that the Court in *Oakes* struck down a provision of the *Narcotic Control Act* which stated that possession of an illegal drug raised a presumption that the individual in question possessed the drugs for the purpose of trafficking. The Court concluded that the law was not rationally connected to its objective (protecting society from drug trafficking). Dickson C.J., at page 142 found that "possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking".

[201] Unfortunately, since this case, the rational connection test has diminished greatly in importance

d'emploi fixée par l'employeur satisfait donc au critère du lien rationnel avec le travail de transformation laitière.

[198] Comme les passages précités le montrent, la jurisprudence, en ce qui concerne la question du lien rationnel, ne nous aide pas beaucoup en l'espèce. De fait, toutes les parties conviennent qu'il s'agit ici de la première affaire dans laquelle la question du lien rationnel est directement en cause. Il est donc utile d'examiner la façon dont cette expression a été utilisée dans différents contextes.

[199] Les tribunaux devraient faire preuve de prudence lorsqu'ils font passer des notions juridiques d'un contexte à l'autre, mais étant donné qu'une bonne partie des arrêts concernant la *Charte canadienne des droits et libertés* sont axés sur les droits de la personne, il est opportun d'analyser la façon dont l'expression «lien rationnel» a été employée dans le contexte de la Charte.

[200] Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la Cour a énoncé les critères qui s'appliquent à une analyse effectuée en vertu de l'article premier de la Charte. Dans cet arrêt, il a été établi qu'afin de satisfaire au premier élément du critère de proportionnalité de l'article premier, une loi doit avoir un lien rationnel avec son objectif. Dans son analyse du lien rationnel, le juge en chef Dickson a décrit ce lien comme suit, à la page 139: «Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question.» On se rappellera que dans l'arrêt *Oakes*, la Cour a annulé une disposition de la *Loi sur les stupéfiants* qui prévoyait que la possession d'une drogue illégale donnait lieu à une présomption selon laquelle l'individu en question possédait les drogues pour en faire le trafic. La Cour a conclu que la loi n'avait pas de lien rationnel avec son objectif (soit de protéger la société contre le trafic de stupéfiants). À la page 142, le juge en chef Dickson a conclu que «la possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic».

[201] Malheureusement, depuis lors, le critère relatif au lien rationnel est devenu beaucoup moins important

having been overshadowed by the criterion requiring the law to impair as little as possible the right in question. However, it does provide some guidance for interpreting whether or not the Bank's policy is rationally connected to its objective.

[202] The Bank's rationale for implementing its policy is that it is concerned with the effect that drugs have on work performance as well as employee responsibility. The Bank is also concerned with maintaining its integrity and the link between drug use and theft. Thus, if it can be shown that the Bank's policy is either so under-inclusive that it hardly achieves its objective, or, that there is insufficient evidence to support the need for such a policy, then the policy cannot be said to be rationally related to its objective. Further, as my colleague points out, "if the concern behind the implementation of the rule has to do with job performance then to be rationally related the rule must take into account the ability of the employee to perform the job in question." I also agree with my colleague that [*supra*, at paragraph 170] "the 'rational connection test' differs from the 'reasonable necessity test' to the extent that the former does not impose an obligation on the employer to establish that other reasonable and less burdensome alternatives to the neutral work rule are available."

[203] Based on the above considerations, I find that the Bank's policy is not rationally related to its objective. First, the Bank's policy is under-inclusive. If the Bank was truly concerned with the correlation between drug use and employee job performance and responsibility it would have adopted a rule for random testing which applies to all employees including those at the senior levels. It also would have tested for a wide variety of other drugs. Second, a finding of trace amounts of drugs in one's system does not mean that the employee is unproductive or about to engage in a work-related crime. Indeed, there was no evidence to suggest that drug-related crime was a problem in the Bank. The Tribunal expressly found that during an 18-month period, there were 57 incidents of theft at the Bank none of which were linked to the use of drugs.

car il a été éclipsé par le critère selon lequel la loi doit porter le moins possible atteinte au droit en question. Toutefois, il nous aide à déterminer si la politique de la Banque a un lien rationnel avec son objectif.

[202] La Banque affirme avoir mis en œuvre sa politique parce qu'elle s'inquiétait de l'effet que les drogues ont sur le rendement au travail des employés ainsi que sur leur responsabilité. La Banque cherche également à maintenir son intégrité et se préoccupe du lien qui existe entre la consommation de drogue et le vol. Par conséquent, s'il peut être démontré que la politique de la Banque est restrictive, et ce, à un point tel qu'elle arrive difficilement à atteindre son objectif, ou s'il n'existe pas suffisamment d'éléments de preuve permettant de justifier la nécessité d'adopter pareille politique, on ne peut pas dire que la politique a un lien rationnel avec son objectif. En outre, comme le signale mon collègue, «si l'application de la règle vise le rendement professionnel, la règle, pour qu'il existe un lien rationnel, doit tenir compte de la capacité de l'employé d'accomplir le travail en question.» Je suis également d'accord avec mon collègue [*supra*, au paragraphe 170] pour dire que «le "critère relatif au lien rationnel" diffère du "critère relatif à la nécessité raisonnable" dans la mesure où il n'oblige pas l'employeur à établir qu'il existe d'autres solutions raisonnables et moins contraignantes par rapport à la règle de travail neutre».

[203] Compte tenu des considérations susmentionnées, je conclus que la politique de la Banque n'a pas de lien rationnel avec son objectif. Premièrement, cette politique n'est pas assez large. Si la Banque s'inquiétait réellement de la corrélation qui existe entre la consommation de drogue et le rendement ou la responsabilité des employés, elle aurait adopté une règle prévoyant des tests de dépistage effectués au hasard s'appliquant à tous les employés, y compris les employés occupant des postes à des niveaux supérieurs. Elle aurait également procédé à des tests permettant de déceler la présence de diverses autres drogues. Deuxièmement, le fait que des quantités négligeables de drogue sont décelées chez un employé ne veut pas dire que ce dernier n'est pas productif ou qu'il est sur le point de commettre une infraction

Two other findings of the Tribunal that are relevant to this appeal are [at pages 216-217]:

No research was done among the population of Bank employees to support the impressionistic assumption that there might be a drug problem among them sufficient to justify the introduction of such a policy:

...

This is clearly a case where the employer's concern is economic whether it be a concern about theft, employee productivity or the reputation of the Bank. It does not involve any "unusual dangers to employees or the public." Thus with reference to the words of McIntyre J in *Etobicoke*, it may be difficult if not impossible to demonstrate that such a mandatory requirement (drug testing) may be imposed without regard to individual capacity of the employee to perform the job requirements.

[204] As for the Bank's argument that the Tribunal considered the issue of rational connection when dealing with the BFOR defence and found the policy to be rationally connected to its objective, there are two responses to this argument. First, the two tests are different and are to be addressed separately after the decision of Madam Justice Wilson in *Alberta Dairy Pool*. Thus, if the Tribunal had considered the issue of rational connection in the adverse effect discrimination context it would have stated so in its findings.

[205] The second response to the Bank's argument is that even if the Tribunal considered the rational connection component, it found that the policy was not rationally connected. The passage that the Bank relies on in the Tribunal's judgment to indicate that it found there was a rational connection states [at page 218]: "In applying the *Brossard* test, if we assume that the employer's purpose is to eliminate illicit drugs from the employee population because of the impact

criminelle liée à son travail. De fait, aucun élément de preuve ne donnait à entendre que la criminalité liée à la toxicomanie posait un problème pour la Banque. Le Tribunal a expressément conclu qu'au cours d'une période de 18 mois, 57 vols avaient été commis à la Banque, mais qu'aucun d'eux n'était lié à la consommation de drogue. Le Tribunal a également tiré deux autres conclusions qui sont pertinentes aux fins qui nous occupent [aux pages 216 et 217]:

Aucune recherche n'a été faite auprès des employés de la Banque pour vérifier l'hypothèse de type impressionniste selon laquelle il pourrait exister parmi eux un problème de toxicomanie suffisant pour justifier l'adoption d'une telle politique.

...

Il s'agit manifestement en l'espèce d'un cas où l'employeur a des préoccupations d'ordre économique, qu'il s'agisse de la question des vols, de la productivité des employés ou de la réputation de la Banque. Il ne comporte «pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel». Ainsi, si l'on se reporte aux termes utilisés par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, il peut être difficile, voire impossible, d'établir qu'une telle condition (le dépistage des drogues) puisse être imposée sans égard à la capacité d'un employé en particulier de s'acquitter des fonctions de l'emploi.

[204] En ce qui concerne l'argument de la Banque selon lequel le Tribunal a examiné la question du lien rationnel lorsqu'il a traité du moyen de défense fondé sur une EPJ et qu'il a conclu que la politique avait un lien rationnel avec son objectif, il existe deux réponses. En premier lieu, les deux critères sont différents et doivent être examinés séparément compte tenu de la décision rendue par M^{me} le juge Wilson dans l'arrêt *Alberta Dairy Pool*. Par conséquent, si le Tribunal avait examiné la question du lien rationnel dans le contexte de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il l'aurait dit dans ses conclusions.

[205] En second lieu, même si le Tribunal a examiné la question du lien rationnel, il a conclu que la politique n'avait pas de lien rationnel. Le passage du jugement du Tribunal sur lequel la Banque se fonde pour montrer que celui-ci a conclu à l'existence d'un lien rationnel est ainsi libellé [à la page 218]: «Si nous présumons, en appliquant le critère formulé dans l'arrêt *Brossard*, que l'objectif de l'employeur est d'éliminer les drogues illicites dans le milieu de travail

they might have upon job performance, this Tribunal finds that this is an appropriate purpose.” As the CCLA points out, the issue is not whether the Bank’s purpose for implementing the policy is appropriate but whether the policy adopted to implement the purpose is rationally connected to the employment. What needs to be addressed is whether the policy was implemented for sound economic or business reasons and whether the policy is over or under-inclusive in reaching its objective.

[206] A reading of the Tribunal’s decision shows that it expressly found that the policy was not rationally related to its objective. The relevant passages of the Tribunal’s decision are as follows [at page 218]:

... if we examine the concern relative to the connection with the criminal element and the risk of such things as money laundering we find little evidence before us to support this concern. If the concern is that the employee is engaging in a criminal act by using illicit drugs, that is a matter for concern but also a matter for the law enforcement officials.

In examining the reasonableness for the method chosen by the employer, this Tribunal finds that the method—namely mandatory urinalysis—is intrusive. As a blanket policy, it does represent a major step in the invasion of privacy of many individuals in the employment field. This method could only be seen as reasonable in the face of substantial evidence of a serious threat to the Bank’s other employees and the public, its customers.

Clearly, the evidence is not there to support this. The Bank did not act upon evidence of a problem but upon impressions and some evidence from other sources, much of it from the United States bearing little relevance to the actual circumstances in the Bank.

If observation works for the majority as a method of individual assessment even though evidence indicated it was imperfect, why not for the new and returning employees also? It is at least noteworthy that no other Canadian bank has such a policy and the Canadian Bankers Association has not found it necessary to take a policy position on the matter.

de ses employés en raison des effets qu’elles peuvent avoir sur le rendement au travail, le Tribunal conclut qu’il s’agit d’un objectif approprié.» Comme l’ACLC le signale, il ne s’agit pas de savoir si le but visé par la Banque lorsqu’elle a mis en œuvre la politique est approprié, mais si la politique que la Banque a adoptée en vue d’atteindre ce but a un lien rationnel avec l’emploi. Il s’agit de savoir si la politique a été mise en œuvre pour des bonnes raisons économiques et commerciales et si la politique est trop large ou pas assez large pour en arriver à cet objectif.

[206] La lecture de la décision du Tribunal montre que ce dernier a expressément conclu que la politique n’a pas de lien rationnel avec son objectif. Les passages pertinents de la décision du Tribunal se lisent comme suit [à la page 218]:

... nous concluons après examen que la preuve est insuffisante en ce qui concerne la crainte de contacts avec des éléments criminels de la société et les risques qu’il y ait recyclage de l’argent. Certes, le fait que l’employé commet un acte criminel en consommant des drogues illicites est un sujet de préoccupation, mais cette question relève aussi des autorités chargées de l’application de la loi.

Après avoir examiné le caractère raisonnable de la méthode choisie par l’employeur, le Tribunal conclut que cette méthode—c’est-à-dire, l’analyse d’urine obligatoire—a un caractère attentatoire. Cette politique générale représente une étape importante dans l’invasion de la vie privée de nombreux individus dans le domaine de l’emploi. Cette méthode ne pourrait être jugée raisonnable qu’en présence d’une preuve de fond indiquant l’existence d’une menace grave pour les autres employés de la Banque et pour le public, ses clients.

Il est évident qu’il n’existe pas une telle preuve en l’espèce. La Banque n’a pas agi en se fondant sur la preuve de l’existence d’un problème, mais elle s’est plutôt appuyée sur des impressions et sur certains éléments de preuve obtenus d’autres sources, un grand nombre de ceux-ci provenant des États-Unis et étant peu pertinents dans la situation actuelle de la Banque.

Si la surveillance constitue la méthode d’évaluation individuelle pour la majorité des employés, pourquoi n’en serait-il pas de même pour les nouveaux employés et pour les employés réembauchés même si la preuve a indiqué qu’il s’agissait d’une méthode imparfaite? Il convient tout au moins de signaler qu’il n’existe aucune politique de ce genre dans aucune autre banque canadienne et que l’Association des banquiers canadiens n’a pas jugé nécessaire d’adopter une position de principe sur cette question.

[207] Further, to elaborate on a point I mentioned earlier, it is not sound economic or business policy to implement drug testing when that testing only affects a small portion of employees, and there is no evidence to suggest that employee work performance is being affected by drugs. I would, therefore, dismiss the appeal on the ground that the policy fails the rational connection test.

[208] After finding in the alternative that the policy failed the rational connection test, my colleague Robertson J.A. did not proceed to consider the issue of whether the Tribunal properly considered the Bank's policy in light of the accommodation requirement. As I am of the opinion that both the Tribunal and the Motions Judge erred in their analyses on this point, I will address this issue.

Reasonable Accommodation

[209] The Bank's drug testing policy provides for rehabilitation services for employees who test positive for drugs. An employee only faces the possibility of dismissal if he or she refuses to participate in a rehabilitation program or fails at rehabilitation and continues to use drugs. Even then, the Bank states that it reviews the specific circumstances before any final decision regarding termination is made. The relevant provisions of the Bank's policy are as follows:

The intent of this policy is rehabilitative, not punitive.

If you have a drug or alcohol problem, rehabilitative services are available and the Bank intends to work with employees to help them overcome their problems.

...

The Bank will help you overcome your drug or alcohol problem by providing access to rehabilitative programs. Ending your employment with the Bank may only be necessary if reasonable accommodation has been provided, but deemed unsuccessful or rehabilitation efforts have failed.

[207] En outre, je préciserai un point dont j'ai ci-dessus fait mention en disant que le fait de procéder à des tests de dépistage de drogue qui ne touchent qu'un petit nombre d'employés, alors que rien ne donne à entendre que la consommation de drogue influe sur le rendement au travail, n'est pas une bonne politique économique ou commerciale. Par conséquent, je rejeterais l'appel pour le motif que la politique ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel.

[208] Après avoir conclu à titre subsidiaire que la politique ne satisfait pas au critère relatif au lien rationnel, mon collègue le juge Robertson n'a pas procédé à l'examen de la question de savoir si le Tribunal avait à juste titre tenu compte de la politique de la Banque à la lumière de l'obligation d'accommodement. Étant donné que j'estime que, dans leurs analyses, le Tribunal et le juge des requêtes ont commis une erreur sur ce point, j'examinerai la question.

L'accommodement raisonnable

[209] La politique de dépistage de drogues de la Banque prévoit que des services de réadaptation sont offerts aux employés dont le test de dépistage est positif. Un employé ne risque d'être congédié que s'il refuse de participer à un programme de réadaptation ou si la réadaptation échoue et si l'employé continue à utiliser des drogues. Même alors, la Banque déclare qu'elle examine les circonstances précises avant de prendre une décision définitive au sujet de la cessation d'emploi. Les dispositions pertinentes de la politique de la Banque sont ainsi libellées:

[TRADUCTION] La présente politique vise à permettre à l'employé de se réadapter et non à le punir.

Si vous avez un problème d'alcoolisme ou de toxicomanie, des services de réadaptation sont mis à votre disposition et la Banque a l'intention de collaborer avec vous pour vous aider à surmonter vos problèmes.

...

La Banque vous aidera à venir à bout de votre problème d'alcoolisme ou de toxicomanie en vous permettant de participer à des programmes de réadaptation. Il se peut qu'il ne soit nécessaire de mettre fin à l'emploi que vous exercez auprès de la Banque que s'il y a eu un accommodement raisonnable, mais que la chose n'a pas porté fruit ou que les efforts de réadaptation ont échoué.

If you need help you can contact Reach Out, the Bank's Employee Assistance Program . . . , the Health Centre . . . or the Disability Claims and Rehabilitation Department. All programs operate in accordance with accepted professional standards. Confidentiality is preserved.

You can enter these programs in one of three ways:

3. If you test positive for drug use (see below) you will be required to participate in a rehabilitation program as deemed appropriate by a Health Professional.

. . .

You will not be disciplined or discharged as long as you continue to participate in a rehabilitation program and it is deemed to be working and your job performance is acceptable. Also, you will receive short-term disability benefits, if required, as long as you participate in a recognized treatment program and comply with the treatment.

[210] I agree with the Motions Judge and the Tribunal that the rehabilitation program provided by the Bank conforms with the reasonable accommodation requirement. There are limits on an employer's duty to reasonably accommodate drug dependent employees. The Supreme Court of Canada in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, at pages 994-995 recognized that there is also an onus on the employee to take reasonable steps to facilitate the implementation of an employer's policies:

When an employer has initiated a proposal that is reasonable and would, if implemented, fulfil the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If failure to take reasonable steps on the part of the complainant causes the proposal to founder, the complaint will be dismissed. The other aspect of this duty is the obligation to accept reasonable accommodation. . . . The complainant cannot expect a perfect solution. If a proposal that would be reasonable in all the circumstances is turned down, the employer's duty is discharged.

It follows that if, after sending an employee for treatment, he or she cannot be rehabilitated the Bank is not required to do anything more. The employee has

Si vous avez besoin d'aide, vous pouvez communiquer avec le programme d'aide aux employés . . . , le Centre de santé . . . ou le service des demandes de prestations d'invalidité et de réadaptation. Tous les programmes sont conformes aux normes professionnelles reconnues. La confidentialité est assurée.

Vous pouvez vous inscrire à ces programmes de trois façons:

3. Si le résultat du test de dépistage de drogues que vous avez subi est positif (voir ci-dessous), vous devrez participer à un programme de réadaptation si un professionnel de la santé le juge opportun.

. . .

Vous ne ferez pas l'objet de mesures disciplinaires et vous ne serez pas congédié si vous continuez à participer à un programme de réadaptation et si la chose semble porter fruit et si votre rendement au travail est satisfaisant. De plus, vous toucherez des prestations d'invalidité à court terme, au besoin, dans la mesure où vous participez à un programme de traitement reconnu et où vous suivez le traitement.

[210] Je suis d'accord avec le juge des requêtes et avec le Tribunal pour dire que le programme de réadaptation offert par la Banque satisfait à l'obligation relative à l'accommodement raisonnable. L'obligation qui incombe à l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard des employés qui ont une dépendance envers la drogue a des limites. Dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, aux pages 994 et 995, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il incombe également à l'employé de prendre des mesures raisonnables en vue de faciliter la mise en œuvre des politiques de l'employeur:

Lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, remplirait l'obligation d'accommodement, le plaignant est tenu d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'omission du plaignant de prendre des mesures raisonnables est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte sera rejetée. L'autre aspect de cette obligation est le devoir d'accepter une mesure d'accommodement raisonnable . . . Le plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite. S'il y a rejet d'une proposition qui serait raisonnable compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur s'est acquitté de son obligation.

Par conséquent, si l'employé qui a été envoyé à un programme de traitement ne peut pas se réadapter, la Banque n'est pas tenue de faire autre chose. Elle a

been reasonably accommodated.

[211] The Commission has recognized the limits placed on an employer to reasonably accommodate a drug dependent employee in its Policy Statement which states:

Reasonable accommodation may include referring employees who test 'positive' to an employee assistance program for assessment and, if needed, counselling and rehabilitation. The duty to reasonably accommodate has limits, however. For example, if the employer sends an employee on a rehabilitation program and the employee does not overcome his or her dependency, no further accommodation may be required.

The Bank's actual treatment program (which refers drug dependent employees to a treatment program) thus fulfils the reasonable accommodation requirement. Where the Bank's drug policy falls short of meeting the reasonable accommodation requirement, however, is in its failure to assess employee job performance at the accommodation stage.

[212] Both the Motions Judge and the Tribunal found that employee job performance need not be considered at the accommodation stage. In reaching her conclusion on this point, the Motions Judge relied on a decision of this Court in *Niles v. Canadian National Railway Co.* (1992), 94 D.L.R. (4th) 33 (F.C.A.), which she claims stands for the proposition that an employer does not have an unlimited duty to accommodate an alcohol dependent employee who refuses to participate in rehabilitation. Relying on *Niles*, she found that the impact that drugs have on work performance need not be considered [at page 238]: "there is no requirement in that case that the employee who suffers from an addiction must also exhibit poor job performance. The addiction itself is sufficient to justify termination where rehabilitation has failed." She concluded that [at page 238]:

pris des mesures d'accommodement raisonnables à l'égard de l'employé.

[211] La Commission a reconnu qu'il y avait des limites à l'obligation qui incombe à l'employeur de prendre des mesures raisonnables d'accommodement à l'égard d'un employé qui a une dépendance envers la drogue dans son énoncé de politique, qui se lit comme suit:

Il peut s'agir d'envoyer un employé ayant obtenu un résultat «positif» à un programme d'aide aux employés à des fins d'évaluation et, en cas de besoin, de counselling et de réadaptation. L'obligation de consentir à des adaptations raisonnables a toutefois des limites. Par exemple, si l'employeur inscrit un employé à un programme de réadaptation et que l'employé ne surmonte pas sa dépendance, on considérera qu'il a respecté son obligation.

Le programme de traitement de la Banque (auquel on renvoie les employés qui ont une dépendance envers la drogue) satisfait donc à l'obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables. Toutefois, la politique de dépistage de drogues de la Banque ne satisfait pas à pareille obligation en ce sens qu'aucune évaluation du rendement de l'employé au travail n'est prévue au stade de l'accommodement.

[212] Le juge des requêtes et le Tribunal ont tous les deux conclu qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte du rendement professionnel au stade de l'accommodement. En tirant sa conclusion sur ce point, le juge des requêtes s'est fondé sur la décision que cette Cour a rendue dans l'affaire *Niles c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1992), 44 D.L.R. (4th) 33 (C.A.F.), décision qui, d'après le juge, étaye la thèse selon laquelle l'employeur n'a pas un devoir illimité d'accommodement à l'égard d'un employé dépendant envers l'alcool qui refuse de participer à un programme de réadaptation. En se fondant sur l'arrêt *Niles*, le juge des requêtes a conclu qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte de l'effet des drogues sur le rendement professionnel [à la page 238]: «Dans ce cas, il n'existe pas d'exigence voulant que l'employé qui souffre d'une dépendance doit nécessairement avoir un rendement professionnel très faible. La dépendance même suffit à justifier le licenciement lorsque la réadaptation a échoué.» Voici ce que le juge a conclu [à la page 238]:

The submission that the Tribunal erred by not addressing individual performance issues as an aspect of accommodation cannot succeed. Essentially, the point of undue hardship is reached for the employer, at least in the case of a policy against the use of illegal drugs, when the employer is faced with the continued presence of an employee who cannot be rehabilitated and who persists in his or her criminal acquisition and use of illegal drugs.

[213] In my view the Motions Judge erred in interpreting the *Niles* decision as standing for the proposition that job performance need not be considered before initiating testing or after being sent to a rehabilitation program. I am of the view that both the Motions Judge and the Tribunal should have considered the issue of work performance in their analyses because in order for any type of drug policy to reasonably accommodate affected employees, job performance must be considered. (The exception may be safety sensitive industries). If an employee is not abusing drugs while at work, and his or her work performance meets the employer's job requirements, then the disability poses no problem. If, however, an employee exhibits poor performance and the Bank believes it may be related to a drug dependency, then (and only then) should the Bank be able to test the employee and, if necessary, send the employee to some form of rehabilitation or counselling program. To comply with the reasonable accommodation component an employee cannot be tested unless after receiving treatment his or her work performance remains inadequate. Thus, if after receiving treatment, the employee's work performance is fine, no further tests should be undertaken. If after receiving treatment the employee's performance continues to remain inadequate, the Bank is justified in re-testing and dismissing the employee if the poor performance is related to drugs. The Bank need not send the employee out for further treatment.

[214] There is nothing in the *Niles* decision to suggest that my interpretation of the accommodation

L'argument selon lequel le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il n'a pas tranché les questions de rendement individuel dans le cadre de l'accommodement ne peut être invoqué avec succès. Essentiellement, on peut conclure à l'existence d'une contrainte excessive pour l'employeur, du moins dans le cas d'une politique visant à lutter contre l'usage de drogues illégales, si l'employeur est confronté à la présence continue d'un employé qui ne peut être réhabilité et qui persiste dans son acquisition criminelle et dans son usage de drogues illégales.

[213] À mon avis, le juge des requêtes a commis une erreur en interprétant l'arrêt *Niles* comme étayant la thèse selon laquelle il n'est pas nécessaire de tenir compte du rendement professionnel avant de procéder au dépistage ou après qu'un employé a été envoyé à un programme de réadaptation. J'estime que le juge des requêtes et le Tribunal auraient tous les deux dû tenir compte de la question du rendement professionnel dans leurs analyses parce que, pour qu'une politique de dépistage de drogues puisse prévoir des mesures raisonnables d'accommodement à l'égard des employés touchés, il faut tenir compte du rendement professionnel (sauf peut-être dans le cas des industries où la sécurité est essentielle). Si un employé ne consomme pas de drogues au travail, et si son rendement satisfait aux exigences de l'employeur, la déficience ne pose pas de problèmes. Toutefois, si le rendement de l'employé laisse à désirer et si la Banque croit que ce mauvais rendement est attribuable à sa dépendance envers la drogue, en pareil cas (et uniquement en pareil cas) la Banque devrait pouvoir faire subir un test à l'employé et, au besoin, l'envoyer à un programme de réadaptation ou de counselling quelconque. Pour qu'il y ait accommodement raisonnable, on peut uniquement faire subir un test à l'employé s'il a été traité et si son rendement professionnel continue à être non satisfaisant. Par conséquent, si après le traitement, le rendement de l'employé est satisfaisant, on ne devrait pas procéder à d'autres tests. Si après le traitement, le rendement de l'employé continue à être non satisfaisant, la Banque peut à juste titre lui faire subir un autre test et le congédier si son mauvais rendement est attribuable à la consommation de drogues. La Banque n'a pas à faire suivre d'autres traitements à l'employé.

[214] Rien dans l'arrêt *Niles* ne donne à entendre que la façon dont j'interprète l'obligation d'accommo-

requirement is incorrect. Indeed, the *Niles* case supports my position. Contrary to how *Niles* has been interpreted by some commentators, the facts in that case show that the employee's alcoholism had interfered with his work. For a long period of time the employee had refused to receive help. After telling his employer he was fine, there were further absences and the employer's car was damaged by the employee. He could have been dismissed at this point but instead he was suspended. The employee sought rehabilitation and was told that after-care was an essential part of the treatment. He did not undergo the after-care treatment. Further, the Court specifically found that CN's policy on alcoholism had been followed. Part of that policy was [at page 45]:

... to require affected employees to accept certain conditions related to the program of rehabilitation. If the employee refuses to co-operate, or if the medical treatment and other measures fail, then removal from employment must be considered where there is continuing deterioration in performance. Such separation would be required, as in other circumstances, because minimum performance standards are not being met. [Emphasis added.]

[215] This Court also found at pages 49-50 that one of the reasons for *Niles*' dismissal was his substandard work performance: "It seems clear to me that the tribunal did not make an adequate distinction between an employer's discrimination on the basis of past or present alcoholism *per se* and an employer's justified reaction to the substandard performance consequences of alcoholism which was the basis for dismissal." While Heald J.A. does state at page 50 that the Tribunal was concerned with CN's failure to assess the employee after attempted rehabilitation, his statement must be read in context. The employee had tried on previous occasions and failed to rehabilitate. Performance remained substandard after the previous attempts at rehabilitation. The employee had also refused to comply with the remainder of his treatment. Thus, contrary to the Motions Judge's interpretation, this case does not stand for the proposition that performance indicators are not to be considered as they were expressly considered in that case.

dement n'est pas correcte. De fait, l'arrêt *Niles* étaye ma position. Contrairement à la façon dont l'arrêt *Niles* a été interprété par certains commentateurs, les faits de cette affaire montraient que le fait que l'employé était alcoolique nuisait à son travail. L'employé avait longtemps refusé de recevoir de l'aide. Après avoir affirmé à son employeur que tout allait bien, il avait continué à s'absenter et il avait endommagé la voiture de l'employeur. Il aurait alors pu être congédié, mais on s'était contenté de le suspendre. L'employé avait participé à un programme de réadaptation et on lui avait dit qu'il était essentiel d'assurer le suivi après le traitement. Or, l'employé n'avait pas été suivi après avoir été traité. En outre, la Cour a expressément conclu que la politique du CN en matière d'alcoolisme avait été suivie. Cette politique prévoyait notamment ceci [à la page 45]:

... elle [la compagnie] exige des employés visés qu'ils acceptent certaines conditions reliées au programme de réadaptation. En cas de refus de coopération ou si le traitement médical ou les autres mesures prises échouent, il faut considérer la possibilité du renvoi lorsque le rendement continue de se détériorer. Comme dans d'autres situations, le renvoi s'impose lorsque les normes minimales de rendement ne sont pas atteintes. [Je souligne.]

[215] Cette Cour a également conclu, aux pages 49 et 50, que M. *Niles* avait été congédié entre autres parce que son rendement au travail était en-deçà de la norme: «Il m'apparaît clairement que le tribunal n'a pas fait de distinction appropriée entre une discrimination de la part d'un employeur qui est fondée sur un alcoolisme antérieur ou présent en soi et une réaction justifiée de la part d'un employeur à un rendement qui, à cause de l'alcoolisme, est tombé en-deçà de la norme, le motif pour lequel M. *Niles* a été congédié.» À la page 50, le juge Heald dit que le Tribunal se préoccupait du fait que le CN avait omis d'évaluer l'employé après les tentatives de réadaptation, mais il faut tenir compte du contexte dans lequel cette remarque a été faite. L'employé avait déjà essayé à plusieurs reprises de se réadapter sans succès. Son rendement avait continué à être en-deçà de la norme après les tentatives antérieures de réadaptation. L'employé avait également refusé de poursuivre le traitement. Par conséquent, contrairement à l'interprétation donnée par le juge des requêtes, cet arrêt n'étaye pas la thèse selon laquelle il n'est pas nécessaire de tenir

[216] I would therefore agree with the reasoning of the Board in *Entrop v. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210, at page D/225 (affirmed [1998] O.J. No. 422 (Gen Div.) (QL) where it states that “an employer has the right to ensure that its business operations are conducted safely, and a corresponding right to assess whether employees are incapable of performing their essential duties” and add that when dealing with adverse effect discrimination in order to accommodate employees with drug testing problems there must be objective evidence of poor performance. As the Bank’s policy is not tied to concerns with employee job performance (as employees are never given a chance to work before being required to take the drug test and because an employee who has received treatment is tested again regardless of his or her work performance) it has not satisfied the duty to accommodate.

[217] In conclusion, I am of the respectful opinion that the Bank’s drug testing policy constitutes a prohibited discriminatory practice within the meaning of section 10 of the *Canadian Human Rights Act*. Accordingly, the appeal and cross-appeal should be disposed of in the manner outlined by Robertson J.A. I adopt his reasons but only to the extent that they are consistent with those I have given herein.

compte des indices de rendement étant donné qu’il en a été expressément tenu compte dans cette affaire-là.

[216] Je souscrirais donc au raisonnement que la commission d’enquête a fait dans la décision *Entrop c. Imperial Oil Limited* (1996), 27 C.H.R.R. D/210, à la page D/225 (confirmé par [1998] O.J. n° 422 (Div. gén.) (QL), où il est dit que [TRADUCTION] «l’employeur a le droit de s’assurer que son entreprise soit exploitée d’une façon sécuritaire, ainsi que le droit de déterminer si les employés sont capables de s’acquitter de leurs principales tâches» et j’ajouterais que dans un cas de discrimination par suite d’un effet préjudiciable, pour que l’employeur puisse composer avec les employés qui ont des problèmes de toxicomanie, il doit exister des éléments de preuve objectifs de leur mauvais rendement. Étant donné que la politique de la Banque n’a rien à voir avec le rendement des employés au travail (puisque les employés n’ont pas la possibilité de travailler avant d’avoir à subir un test de dépistage de drogues et que l’employé qui a suivi un traitement doit de nouveau se soumettre à un test indépendamment de son rendement au travail), la Banque n’a pas satisfait à l’obligation d’accommodement.

[217] En conclusion, je suis d’avis que la politique de dépistage de drogues de la Banque constitue un acte discriminatoire illicite au sens de l’article 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L’appel et l’appel incident devraient donc être réglés de la façon prévue par le juge Robertson. J’adopte les motifs que le juge Robertson a prononcés, mais uniquement dans la mesure où ils sont compatibles avec ceux que j’ai ici prononcés.

¹ R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act).

² Exhibit HR-1, Appeal Book, Vol. III, at p. 634.

³ Exhibit R-9, *ibid.*, at p. 639.

⁴ *Ibid.*

⁵ (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196 (H.R.T.), at pp. 210-211.

⁶ Appeal Book, Vol. III, at p. 630.

⁷ *Supra*, note 5, at p. 211.

⁸ *Id.*, at p. 212.

⁹ (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229 (F.C.T.D.), at p. 235.

¹⁰ *Id.*, at pp. 235-236.

¹¹ *Id.*, at p. 237.

¹² *Id.*, at p. 238.

¹ L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi).

² Pièce HR-1, dossier d’appel, vol. III, à la p. 634.

³ Pièce R-9, *ibid.*, à la p. 639.

⁴ *Ibid.*

⁵ (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 196 (T.D.P.), aux p. 210 et 211.

⁶ D.A. vol. III, à la p. 630.

⁷ *Supra*, note 5, à la p. 211.

⁸ *Id.*, à la p. 212.

⁹ (1996), 22 C.C.E.L. (2d) 229 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 235.

¹⁰ *Id.*, aux p. 235 et 236.

¹¹ *Id.*, à la p. 237.

¹² *Id.*, à la p. 238.

¹³ R.S.C., 1985, c. N-1.

¹⁴ The schedule includes, as narcotics, the following: cannabis (marijuana and hashish), cocaine, codeine, heroin, morphine, opium.

¹⁵ *Supra*, note 5, at p. 212.

¹⁶ *Supra*, note 9, at p. 235.

¹⁷ *Id.*, at pp. 235-236.

¹⁸ *Id.*, at p. 236.

¹⁹ [1990] 2 S.C.R. 489, at p. 514 (*Dairy Pool*).

²⁰ J. Sopinka and M. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (Toronto: Butterworths, 1993), at p. 51.

²¹ *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516.

²² [1993] 1 S.C.R. 554 (*Mossop*).

²³ [1996] 1 S.C.R. 571.

²⁴ [1996] 1 S.C.R. 825.

²⁵ *Mossop, supra*, at p. 585.

²⁶ [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 174 (*Andrews*).

²⁷ [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 551 (*O'Malley*).

²⁸ *Dairy Pool, supra*, at p. 513.

²⁹ Appeal Book, Vol. I, at p. 36.

³⁰ (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Ont. Bd. Inq.); aff'd *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. No. 422 (Div. Ct.) (QL) (*Entrop*).

³¹ *Id.*, at paras. 30-31.

³² *Dairy Pool, supra*, at pp. 514-515.

³³ [1994] 2 S.C.R. 525 (*Bergevin*).

³⁴ [1992] 2 S.C.R. 970.

³⁵ *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513.

³⁶ *Supra*, note 9, at p. 236.

³⁷ House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 115 (December 21, 1982), at p. 115:44.

³⁸ *Dairy Pool, supra*, at p. 520.

³⁹ *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at p. 311 (*Brossard*).

⁴⁰ *Supra*, note 5, at p. 218.

⁴¹ *Bergevin, supra*, at p. 546.

⁴² Policy 88-1, Appeal Book, Vol. VIII, at pp. 1379-1380.

⁴³ *O'Malley, supra*, at p. 555; *Renaud, supra*, at pp. 994-995.

⁴⁴ Appeal Book, Vol. III, at pp. 627-628.

⁴⁵ Examination in Chief of Mr. Lawson, Appeal Book, Vol. I, at pp. 123-126.

⁴⁶ *Supra*, note 5, at p. 213.

¹³ L.R.C. (1985), ch. N-1.

¹⁴ Dans l'annexe, il est notamment fait mention des stupéfiants suivants: cannabis (marijuana et hachisch), cocaïne, codéine, héroïne, morphine, opium.

¹⁵ *Supra*, note 5, à la p. 212.

¹⁶ *Supra*, note 9, à la p. 235.

¹⁷ *Id.*, aux p. 235 et 236.

¹⁸ *Id.*, à la p. 236.

¹⁹ [1990] 2 R.C.S. 489, à la p. 514 (*Dairy Pool*).

²⁰ J. Sopinka et M. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (Toronto: Butterworths, 1993), à la p. 51.

²¹ *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516.

²² [1993] 1 R.C.S. 554 (*Mossop*).

²³ [1996] 1 R.C.S. 571.

²⁴ [1996] 1 R.C.S. 825.

²⁵ *Mossop, supra*, à la p. 585.

²⁶ [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 174 (*Andrews*).

²⁷ [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 551 (*O'Malley*).

²⁸ *Dairy Pool, supra*, à la p. 513.

²⁹ Dossier d'appel, vol. I, à la p. 36.

³⁰ (1996), 27 C.H.R.R. D/210 (Comm. d'enquête de l'Ont.); conf. par *Imperial Oil Ltd. v. Ontario (Human Rights Commission) (re Entrop)*, [1998] O.J. n° 422 (C. div.) (QL) (*Entrop*).

³¹ *Id.*, au par. 30 et 31.

³² *Dairy Pool, supra*, aux p. 514 et 515.

³³ [1994] 2 R.C.S. 525 (*Bergevin*).

³⁴ [1992] 2 R.C.S. 970.

³⁵ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

³⁶ *Supra*, note 9, à la p. 236.

³⁷ Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 115 (21 décembre 1982), à la p. 115:44.

³⁸ *Dairy Pool, supra*, à la p. 520.

³⁹ *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 311 (*Brossard*).

⁴⁰ *Supra*, note 5, à la p. 218.

⁴¹ *Bergevin, supra*, à la p. 546.

⁴² Politique 88-1, dossier d'appel, vol. VIII, aux p. 1379 et 1380.

⁴³ *O'Malley, supra*, à la p. 555; *Renaud, supra*, aux p. 994 et 995.

⁴⁴ Dossier d'appel, vol. III, aux p. 627 et 628.

⁴⁵ Interrogatoire principal de M. Lawson, dossier d'appel, vol. I, aux p. 123 à 126.

⁴⁶ *Supra*, note 5, à la p. 213.