

A-799-91	A-799-91
Canadian Human Rights Commission (Applicant)	Commission canadienne des droits de la personne (requérante)
v.	a c.
Canadian Armed Forces (Respondent)	Forces armées canadiennes (intimée)
and	et
Julia Husband (Mise en cause)	Julia Husband (mise en cause)
<i>INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ARMED FORCES) (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADA (FORCES ARMÉES) (C.A.)</i>
Court of Appeal, Isaac C.J., Robertson and McDonald JJ.A.—Winnipeg, October 15, 1993; Ottawa, April 14, 1994.	Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Robertson et McDonald, J.C.A.—Winnipeg, 15 octobre 1993; Ottawa, 14 avril 1994.
<p><i>Human rights — Application to set aside CHRT's dismissal of complaint Canadian Armed Forces (CAF) discriminating against complainant based on physical disability — Application for direct entry position as musician with CAF rejected because eyesight not meeting minimum CAF entry standard — Majority holding eyesight standard constituting discrimination, but bona fide occupational requirement (BFOR) — Applying test in Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, i.e. minimum standard reasonably necessary to assure efficient, economical performance of job without endangering employee, fellow employees, public — Assessing BFOR issue against primary role as soldier — Application dismissed — Complainant seeking entry to CAF as soldier first, musician second — Test for determining sufficient risk in public safety cases set out in Etobicoke — Subsequent cases not establishing new test of "substantial risk" — Basic training not effective method of testing whether particular disability affected ability to perform military occupation without endangering self, fellow employees, public.</i></p>	<p><i>Droits de la personne — Demande d'annulation du rejet par le TCDP de la plainte portant que les Forces armées canadiennes (FAC) ont fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l'égard de la plaignante — Rejet d'une demande d'enrôlement direct en qualité de musicienne dans les FAC au motif que la vue de la plaignante ne répondait pas aux normes minimales d'enrôlement dans les FAC — La majorité a statué que la norme d'acuité visuelle était discriminatoire, mais qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle justifiée (EPJ) — Application du critère énoncé dans Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, c.-à-d. celui de savoir si la norme minimale était 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 — Évaluation de l'EPJ en rapport avec le premier rôle d'un membre des FAC, soit celui de soldat — Rejet de la demande — La plaignante a fait une demande d'enrôlement comme soldate d'abord, et comme musicienne ensuite — Le critère d'appréciation d'un risque suffisant pour la sécurité du public a été énoncé dans Etobicoke — La jurisprudence ultérieure n'établit pas un nouveau critère du «risque substantiel» — La formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière empêcherait ou non la plaignante d'accomplir ses tâches militaires sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.</i></p>
<p><i>Armed forces — Canadian Armed Forces rejecting application for direct entry position as musician for failure to meet minimum visual acuity standard — CHRT correctly assessing complainant as soldier first, musician second — Holding types of activities performed by military carrying reasonable risk of loss, breakage of corrective lenses — Correctly applying test in Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke in finding minimum entry standard discrimination, but bona fide occupational requirement — Basic training not effective method of testing whether particular disability</i></p>	<p><i>Forces armées — Les Forces armées canadiennes ont rejeté la demande d'enrôlement direct de la plaignante en qualité de musicienne parce qu'elle ne satisfaisait pas à la norme minimale d'acuité visuelle — Le TCDP a eu raison d'évaluer la plaignante en sa qualité de soldat d'abord, et ensuite en sa qualité de musicienne — Conclusion portant que le genre d'activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque raisonnable de perte ou de bris de verres correcteurs — Application juste du critère établi dans Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke</i></p>

affected ability to perform military occupation without endangering self, fellow employees, public.

This was an application to set aside the Canadian Human Rights Tribunal's dismissal of Julia Husband's complaint that the Canadian Armed Forces (CAF) had discriminated against her by reason of her visual disability. The complainant had applied for a direct entry position as a musician with the CAF. A direct entry position is one in which the candidate fills a designated position. Candidates are judged initially on their musical abilities and then, on recommendation, they are made a recruitment offer. Once recruited, they must, like all other recruits, pass basic training. Although the complainant's musical skills qualified her for the position, her eyesight did not meet the minimum entry standard for the CAF. The complainant, who usually wore corrective lenses except when sleeping, sitting and listening to music, was categorized as "legally blind". Her application for entry as a regular member was rejected. The majority of the Tribunal concluded that the types of activities which must be performed by members of the military carry with them a reasonable risk of the loss, breakage or other problems associated with the use of corrective lenses. It held that the entry level standard for visual acuity, while constituting discrimination based on disability, was a *bona fide* occupational requirement and was therefore not a discriminatory practice. It expressly found that the minimum standard for visual acuity for entry into the CAF had met the objective test laid down in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, i.e. that the minimum standard was reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, her fellow employees and the general public. The majority concluded that the issue whether the visual acuity standard amounted to a BFOR had to be assessed against the primary role that the complainant would be required to play as a regular member of the CAF (i.e. as a soldier). Regular members of the CAF are liable to go anywhere and to perform any lawful duties required of the CAF, although one might spend an entire career without involvement in a military crisis. The dissenting member concluded that the entry standard should be assessed against the complainant's role as a musician. The issue was whether the visual acuity standard was a BFOR. The applicant argued that the Tribunal had applied the wrong test to determine the risk of employee failure, contending that the proper test was that propounded in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, which it argued had overruled the earlier Supreme Court of Canada decision in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.* and this Court's decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission) (Mahon)*. It submitted that a marginal risk was not enough to satisfy the test for determining the "sufficient risk of employee failure" as propounded in *Etobicoke* and that *Dairy Pool* laid down a new test of "substantial" risk. The applicant also submitted that the Tribunal

pour conclure que la norme minimale d'enrôlement est discriminatoire, mais constitue une exigence professionnelle justifiée — La formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière empêcherait ou non la plaignante d'accomplir ses tâches militaires sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

Il s'agit d'une demande d'annulation du rejet, par le tribunal canadien des droits de la personne, de la plainte formulée par Julia Husband portant que les Forces armées canadiennes (FAC) ont fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur sa déficience visuelle. La plaignante avait postulé un poste à pourvoir par enrôlement direct en qualité de musicienne dans les FAC. On parle de poste à pourvoir par enrôlement direct lorsque le candidat est affecté à un poste désigné. Les candidats sont d'abord évalués en fonction de leurs habiletés musicales puis, sur recommandation, on leur fait une offre de recrutement. Une fois recrutés, ils doivent réussir le même programme de formation de base que toutes les autres recrues. Les habiletés musicales de la plaignante la qualifiaient pour le poste, mais sa vue ne répondait pas aux normes minimales d'enrôlement dans les FAC. La plaignante, qui portait habituellement des verres correcteurs, sauf pour dormir ou pour s'asseoir et écouter de la musique, a été jugée «aveugle du point de vue du droit». Sa demande d'enrôlement en qualité de membre régulier a été rejetée. La majorité des membres du tribunal a conclu que le genre d'activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque raisonnable de perte ou de bris de verres correcteurs et d'autres problèmes liés au port de ceux-ci. Elle a conclu que la norme d'acuité visuelle fixée pour l'enrôlement dans les FAC constituait de la discrimination fondée sur une déficience, mais qu'elle était une exigence professionnelle justifiée et qu'elle ne constituait donc pas un acte discriminatoire. Elle a conclu expressément que la norme minimale d'acuité visuelle fixée pour l'enrôlement dans les FAC satisfaisait au critère objectif établi dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, savoir que cette norme minimale était 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. La majorité a conclu que la question de savoir si la norme d'acuité visuelle constituait une EPJ devait être évaluée en tenant compte du rôle principal que la plaignante serait appelée à jouer en qualité de membre régulière des FAC (soit, en qualité de soldate). Les membres réguliers des FAC peuvent être envoyés n'importe où et sont soumis en permanence à l'obligation de service légitime, conformément aux exigences des FAC, bien qu'une personne puisse passer toute sa carrière sans avoir à affronter des crises militaires. Le membre dissident du tribunal a conclu que la norme d'enrôlement devait être évaluée en rapport avec la fonction de musicienne de la plaignante. La question à trancher était celle de savoir si la norme d'acuité visuelle était une EPJ. La requérante a soutenu que le tribunal avait appliqué un critère inapproprié pour apprécier le risque d'erreur humaine et que le critère applicable était celui proposé dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)* qui a eu pour effet, selon elle, d'écarter la décision antérieure de la

had erred in denying the complainant the opportunity to undergo basic training. It argued that the complainant should be allowed to become a member of the CAF if she successfully completed its basic training programme. The CAF objected on the ground that the complainant was entitled to "individual testing" only in respect of her visual acuity and that her visual disability would expose her and other CAF members to risk of injury during basic training.

Held (Robertson J.A. dissenting), the application should be dismissed.

Per Isaac C.J. (McDonald J.A. concurring): The occupation into which the complainant was seeking entry and to which the standard applied was that of a soldier first and musician second. The conclusion that the occupation to which the standard applied was primarily that of a soldier was one of fact. This conclusion was based on the preponderance of evidence and one which the majority was entitled to make. The dissenting member's conclusion that the entry standard should be assessed against the occupation of musician, was reached in the face of overwhelming evidence to the contrary.

The applicant's complaint concerning the majority's conclusion as to "sufficiency of risk" of employee failure was an attack on findings of fact, not normally reviewable under *Federal Court Act*, section 28.

Neither *Bhinder* nor *Mahon* propounded any new test for determining "sufficient risk" in public safety cases. The test applied in each case was that propounded in *Etobicoke*, which remains unchallenged and unimpaired. *Dairy Pool* had not effectively overruled either *Bhinder* or *Mahon* in so far as they can be said to have propounded a test for sufficient risk. *Dairy Pool* had not laid down any new test of "substantial risk" in substitution for the test of "sufficient risk" propounded in *Etobicoke*. The majority did not err in failing to apply the test of "substantial risk" said to have been laid down in *Dairy Pool*.

As to the complaint concerning the denial of an opportunity to undertake basic training in order to determine whether the complainant was fit to become a regular member, since this was a case of direct discrimination, the question of individual characteristics were irrelevant as justification for the standard. Nevertheless, the Tribunal majority did consider the issue, finding that the complainant needed corrective lenses to function in a military or musical environment. There was no

Cour suprême du Canada dans *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres* et la décision de la présente Cour dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (Mahon)*. Elle a prétendu qu'un risque léger ne suffisait pas pour répondre au critère d'appréciation du «risque d'erreur humaine suffisant» établi dans l'arrêt *Etobicoke* et que l'arrêt *Dairy Pool* posait un nouveau critère du «risque substantiel». La requérante a aussi fait valoir que le tribunal avait commis une erreur en privant la plaignante de l'occasion de suivre le programme de formation de base. Elle a soutenu que la plaignante devrait être autorisée à s'enrôler dans les FAC si elle réussissait le programme de formation de base. Les FAC s'y sont opposées au motif que la plaignante n'avait droit à un «examen individuel» qu'en ce qui avait trait à son acuité visuelle et que sa déficience visuelle exposerait la plaignante et les autres membres des FAC à des risques au cours du programme de formation de base.

Arrêt (le juge Robertson, J.C.A., dissident), la demande doit être rejetée.

Le juge en chef Isaac (le juge McDonald, J.C.A., a souscrit à ces motifs): La profession visée par la demande d'enrôlement de la plaignante et à laquelle le critère s'appliquait était d'abord celle de soldate et ensuite celle de musicienne. La conclusion portant que la profession première à laquelle s'appliquait le critère était celle de soldate constituait une conclusion de fait. Cette conclusion était fondée sur la prépondérance de la preuve et la majorité était autorisée à la formuler. Le membre dissident a conclu que la profession en fonction de laquelle la norme d'enrôlement devait être évaluée était celle de musicienne alors que la preuve contraire produite était écrasante.

En attaquant la conclusion de la majorité relativement au «risque d'erreur humaine suffisant», la requérante conteste ses conclusions de fait et, normalement, une telle conclusion ne peut faire l'objet de l'examen visé à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Ni l'arrêt *Bhinder* ni l'arrêt *Mahon* n'ont établi un nouveau critère d'appréciation du «risque suffisant» dans les situations touchant la sécurité publique. Le critère appliqué dans chaque cas était celui établi dans l'arrêt *Etobicoke*, qui demeure incontesté et entièrement valable. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas eu pour effet d'écarter les arrêts *Bhinder* ni *Mahon* en ce qui a trait au critère du risque suffisant qu'ils auraient établi. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas posé un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel», en remplacement du critère du «risque suffisant» énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*. La majorité n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas le critère du «risque substantiel» prétendument énoncé dans l'arrêt *Dairy Pool*.

Quant à la plainte concernant le refus de donner à la plaignante l'occasion de suivre le programme de formation de base afin de déterminer si elle était apte à devenir membre des forces régulières, comme il s'agit d'un cas de discrimination directe, la question des caractéristiques personnelles n'était pas pertinente pour déterminer si la norme était justifiée. La majorité a néanmoins examiné cette question et elle a conclu que la plaignante avait besoin de verres correcteurs pour fonctionner

reviewable error in its conclusion that having the complainant complete basic training would not be an effective method of testing to see whether her particular disability affected her ability to perform the military occupation efficiently and economically without endangering herself, her fellow employees and the general public.

Per Robertson J.A. (*dissenting*): A BFOR will be established if there is a "sufficient risk of employee failure" to warrant retention of an otherwise discriminatory employment qualification. Whether or not an occupational requirement is "reasonably necessary" is dependent on whether members of the group alleging discrimination pose sufficient risk of harm to themselves or others in the event of employee failure. The problematic determination was the degree of risk which presents a "sufficient risk of employee failure" to justify upholding an otherwise discriminatory rule. This Court and the Supreme Court have agreed that at least some increase in risk of harm is necessary to establish a BFOR, but there have been divergent approaches to the quantification of the risk. Prior to *Bhinder* this Court was not prepared to accept that a minimal or marginal increase in risk of harm justified a BFOR. The validity of the "minimal" standard articulated in *Bhinder* was expressly doubted in *obiter dictum* by Wilson J. in *Dairy Pool*. The *Dairy Pool* approach has been embraced by this Court, albeit in *obiter dictum*. The so-called "minimal" standard represents a serious threat to the attainment of objectives underlying human rights legislation. It could easily circumvent the purpose of the Act and deprive persons of the right to equal opportunity. Ultimately, it must be accepted that persons with a disability will always pose a greater risk of harm than other members of society. The proper standard, outlined in *Dairy Pool*, embraces a "substantial" increase in safety risk within tolerable limits. The express doubt cast by the Supreme Court on the *Bhinder* standard provided a legal basis upon which to depart from the earlier jurisprudence without offending the doctrine of *stare decisis*. Nothing would be gained by reverting to or insisting on a standard of risk assessment which fails to reflect society's evolving appreciation of human rights. The Tribunal erred in applying the "minimal" standard. Once the proper standard is recognized and applied, it is a question of fact or of mixed fact and law whether in any one case the threshold standard has been satisfied. The factors impacting on risk assessment for BFORs are: what is the nature of the employment; what is the empirical, rather than speculative, likelihood of employee failure; is the risk of employee failure restricted to health and safety considerations; how serious is the potential harm arising from employee failure?

Application of the "soldier first" policy in the recruitment context was correct. Those who seek entrance into the CAF

dans un contexte militaire ou musical. Elle n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire en concluant que la méthode d'évaluation consistant à faire passer à la plaignante l'épreuve de la formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière l'empêcherait ou non d'accomplir ses tâches militaires de façon efficace et économique, sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

Le juge Robertson, J.C.A. (*dissident*): L'existence d'une EPJ sera démontrée s'il existe un «risque d'erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d'une exigence professionnelle qui serait autrement discriminatoire. La question de savoir si l'exigence professionnelle est «raisonnablement nécessaire» dépend de celle de savoir si le groupe qui se plaint de discrimination crée un risque suffisant de préjudice pour ses membres et pour les autres en cas d'erreur humaine. La question qui posait un problème était celle du degré du risque qui constitue un «risque d'erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d'une règle qui serait autrement discriminatoire. Tant la présente Cour que la Cour suprême ont reconnu qu'il faut à tout le moins démontrer un accroissement du risque du préjudice pour établir l'existence d'une EPJ, mais il existe des divergences quant à la façon d'évaluer ce risque. Avant l'arrêt *Bhinder*, la Cour n'était pas disposée à reconnaître qu'une augmentation minime ou insignifiante du risque justifiait une EPJ. La validité du critère «minimal» formulé dans *Bhinder* a été expressément mise en doute par le juge Wilson, en *obiter*, dans la décision *Dairy Pool*. Le raisonnement énoncé dans l'affaire *Dairy Pool* a été adopté par la présente Cour, quoique sous forme de remarque incidente. Le prétendu critère «minimal» menace gravement l'atteinte des objectifs qui sous-tendent les lois en matière de droits de la personne. Ce critère pourrait facilement faire échec à l'objet de la Loi et priver des personnes du droit à l'égalité des chances. En définitive, il faut accepter que les personnes qui ont une déficience représenteront toujours un risque additionnel par rapport aux autres membres de la société. Le critère approprié, formulé dans *Dairy Pool*, comprend une augmentation «substantielle» du risque pour la sécurité, dans des limites qui soient tolérables. Le fait que la Cour suprême ait expressément mis en doute le critère formulé dans *Bhinder* fournit un fondement juridique permettant de déroger à la jurisprudence antérieure sans enfreindre la doctrine du *stare decisis*. Il n'y aurait aucun avantage à revenir ou à s'accrocher à un critère d'évaluation du risque qui ne reflète pas notre conception évolutive des droits de la personne. Le tribunal a commis une erreur en appliquant le critère «minimal». Une fois reconnu et appliqué le critère approprié, la question de savoir si une situation y correspond est une question de fait ou une question mixte de fait et de droit. Les facteurs qui ont une incidence sur l'évaluation du risque relativement aux exigences professionnelles justifiées sont: quelle est la nature de l'emploi; quelle est la probabilité empirique, et non conjecturale, d'erreur humaine; le risque d'erreur humaine se limite-t-il à des questions de santé et de sécurité; quelle est la gravité du préjudice susceptible de découler de l'erreur humaine?

Il convenait d'appliquer la politique du «soldat d'abord» dans le contexte du recrutement. Les personnes qui essaient de

must do so on the premise that they will be called upon to perform military duties. While it is unlikely that a musician would be placed in a combat-type situation, that is irrelevant when evaluating the risk of employee failure. Nor does the fact that the CAF has established a special classification for serving members who do not meet the minimal entry visual acuity standard detract from that. Stringent minimum entry standards are necessary as the physical capabilities of most CAF members will deteriorate with the natural aging process. The differential treatment accorded to recruits under the CAF's minimum entry standards has a rational basis compatible with the objectives of the Act.

There was no basis on which to interfere with the Tribunal's conclusion that basic training was an ineffective method for evaluating the risk of employee failure. The Tribunal correctly observed that basic training was probably not a very good testing procedure to measure how an individual will perform in a real emergency or in a wartime situation. It held that individual assessments would be inappropriate because of the difficulty, if not the impossibility, of replicating field conditions. Nothing would be gained by allowing the complainant to undertake basic training if it does not replicate wartime conditions. Even if basic training did duplicate wartime conditions sufficiently to evaluate the complainant's ability to function effectively, the Court was not willing to risk the personal safety of the complainant and other CAF members.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15(a).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8).
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2.
National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 14, 31 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 14), 33 (as am. *idem*, s. 15), 34 (as am. *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Human 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:

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; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et*

s'enrôler dans les FAC doivent tenir pour acquis qu'elles seront appelées à s'acquitter de tâches militaires. Bien que les musiciens aient très peu de chances de se retrouver dans une situation de combat, il ne faut attribuer aucune pertinence à cet élément pour évaluer le risque d'erreur humaine. Le fait que les FAC aient établi une catégorie spéciale pour les membres en service dont l'acuité visuelle ne satisfait pas aux normes applicables à l'enrôlement n'y change rien. Il est nécessaire de fixer des normes minimales sévères pour l'enrôlement dans les FAC car les aptitudes physiques de la plupart des membres des FAC iront en se détériorant en raison du processus naturel de vieillissement. Le traitement différentiel des recrues qui doivent satisfaire à des normes minimales pour être admises dans les FAC repose sur un fondement rationnel compatible avec l'objet de la loi.

Il n'existait aucune raison de modifier la conclusion du tribunal portant que la formation de base ne permettrait pas d'évaluer efficacement le risque d'erreur humaine. Le tribunal a eu raison de déclarer que la valeur de la formation de base en tant qu'instrument d'évaluation du rendement d'une personne dans une situation réelle d'urgence ou de guerre n'est probablement pas très élevée. Il a statué que les évaluations individuelles seraient inappropriées en raison de la difficulté, voire de l'impossibilité, de reproduire les conditions qui existent sur le terrain. Il ne sert à rien de permettre à la plaignante de suivre la formation de base si elle ne reproduit pas une situation de guerre. Même si la formation de base reproduisait assez bien les conditions de guerre pour permettre d'évaluer la capacité de la plaignante de fonctionner efficacement, la Cour n'était pas disposée à accepter de mettre en péril sa sécurité et celle des autres membres des FAC.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15a).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8).
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 14, 31 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 14), 33 (mod., *idem*, art. 15), 34 (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

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:

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; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer*

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; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315; 1 C.H.R.R. D/1; 107 A.P.R. 315 (Bd. of Inq.); *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Can. Trib.).

REFERRED TO:

Hodgson v. Greyhound Lines, Inc., 499 F. 2d 859 (7th Circ. 1974); *Mahon v. Canadian Pacific Ltd.* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Can. Trib.); *Canada (Attorney General) v. Saint Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.); *Brossard (Town) v. Quebec (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; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

APPLICATION to set aside a Canadian Human Rights Tribunal's dismissal of a complaint (*Husband v. Canada (Armed Forces)* (1991), 15 C.H.R.R. D/197; 91 CLLC 17,030 (Can. Trib.)) that the Canadian Armed Forces had discriminated against the *mise en cause* herein based on a visual disability. Application dismissed.

COUNSEL:

Peter C. Engelmann for applicant.
Joseph C. de Pencier and *Major R. Smith* for respondent.

APPEARANCE:

Julia Husband on her own behalf.

SOLICITORS:

Lynk, Engelmann, Gottheil, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (C.A.); *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315; 1 C.H.R.R. D/1; 107 A.P.R. 315 (comm. d'enq.); *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Trib. can.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Hodgson v. Greyhound Lines, Inc., 499 F. 2d 859 (7th Circ. 1974); *Mahon c. Canadien Pacifique Ltée* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Trib. can.); *Canada (Procureur général) c. Saint Thomas et la Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.); *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; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

DEMANDE d'annulation du rejet, par un tribunal canadien des droits de la personne, d'une plainte (*Husband c. Canada (Forces armées)* (1991), 15 C.H.R.R. D/197; 91 CLLC 17,030 (Trib. can.)) portant que les Forces armées canadiennes ont fait preuve de discrimination fondée sur sa déficience visuelle à l'égard de la mise en cause. La demande est rejetée.

AVOCATS:

Peter C. Engelmann pour la requérante.
Joseph C. de Pencier et *Major R. Smith* pour l'intimée.

A COMPARU:

Julia Husband en son propre nom.

PROCUREURS:

Lynk, Engelmann, Gottheil, Ottawa, pour la requérante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

MISE EN CAUSE ON HER OWN BEHALF:

Julia Husband, Winnipeg.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ISAAC C.J.: I have had the privilege of reading in draft form the reasons for judgment which Mr. Justice Robertson has prepared in this section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application. Because I disagree both with the disposition he proposes and, for the most part, with his analytical approach, I find it necessary to deliver separate reasons.

On this application, the applicant asks this Court to review and set aside the decision of a Canadian Human Rights Tribunal panel (the Tribunal) [(1991), 15 C.H.R.R. D/197]. By a (2:1) majority, the Tribunal dismissed a complaint by Julia Husband (the complainant) who had alleged that the Canadian Armed Forces (CAF) had discriminated against her by reason of her visual disability, contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (the Act).

The majority concluded that the CAF had established on a balance of probabilities that the visual acuity standard fixed for entry into the CAF did amount to discrimination based on disability; but that it was a *bona fide* occupational requirement (BFOR) within the meaning of paragraph 15(a) of the Act and was therefore not a discriminatory practice. The dissenting member reached the opposite conclusion.

The complainant appeared before us without counsel. When asked for submissions, she made none and said that she was content to adopt and rely on the submissions made by counsel for the applicant.

BACKGROUND

The complainant graduated with a degree of Bachelor of Music from the University of Brandon, Manitoba in 1981. Between the date of her graduation and the spring of 1986, she was variously employed as a music teacher, both privately and in the public school

MISE EN CAUSE EN SON PROPRE NOM:

Julia Husband, Winnipeg.

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

LE JUGE EN CHEF ISAAC: J'ai eu le privilège de lire l'ébauche des motifs de jugement préparée par le juge Robertson relativement à la demande présentée en vertu de l'article 28 [*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 8)]. Comme je ne suis d'accord ni avec le dispositif qu'il propose ni, pour l'essentiel, avec sa méthode d'analyse, j'estime nécessaire de rédiger des motifs distincts.

La requérante demande à la Cour le contrôle et l'annulation de la décision d'un tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal) [(1991), 15 C.H.R.R. D/197]. Par une majorité de deux contre un, les membres du tribunal ont rejeté une plainte formulée par Julia Husband (la plaignante) portant que les Forces armées canadiennes (FAC) avaient fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur sa déficience visuelle, contrevenant ainsi aux articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, modifiée (la Loi).

La majorité a conclu que les FAC avaient établi, selon la prépondérance des probabilités, que la norme d'acuité visuelle fixée pour l'enrôlement dans les FAC constituait de la discrimination fondée sur une déficience, mais qu'elle était une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi et qu'elle ne constituait donc pas un acte discriminatoire. Le membre dissident du tribunal est arrivé à la conclusion inverse.

La plaignante a comparu devant nous sans l'aide d'un avocat. Invitée à faire valoir ses prétentions, elle n'a présenté aucun argument et elle a déclaré s'appuyer simplement sur la plaidoirie de l'avocat de la requérante, à laquelle elle souscrivait.

LE CONTEXTE

La plaignante a obtenu un baccalauréat en musique de l'université de Brandon au Manitoba en 1981. Entre le moment où elle a obtenu son diplôme et le printemps 1986, elle a occupé divers emplois en qualité de professeur de musique, tant dans le secteur

system, as a performing musician and in giving clinics in the public schools on a free-lance basis.

The complainant made initial contact with a recruiting officer of the CAF in 1981 and, thereafter, she sought, with moderate diligence, a position as a musician with the CAF. In the spring of 1986 she was advised that a direct entry position for a clarinet player would soon be available. A direct entry position is one in which the candidate fills a designated position. For such a position, candidates must possess an acknowledged skill and, if successful, are enrolled directly in a three-year music programme. Candidates are judged initially on their musical abilities and then, on recommendation, they are made a recruitment offer. Once recruited, they must, like all other recruits into the CAF, pass basic training. The majority noted that [at page D/199] "From her responses in cross-examination, it became clear that Ms. Husband had done very little research into the 'military' aspects of being a musician in the CAF, but rather had focussed on her musical aptitude."

In the spring of 1986, the CAF tested the complainant to determine whether her musical skills were adequate for the position and found her qualified. The complainant was then referred to the Recruiting Centre to apply for entry into the CAF as a non-commissioned member. There, she was required to submit to medical examinations, including examinations for visual acuity, to determine her fitness for entry into the CAF as a regular member. These examinations determined that the complainant's eyesight was too poor to meet the minimum entry standard for the CAF. The CAF therefore rejected her application for entry as a regular member. As a result, the complainant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that the CAF had discriminated against her because of her disability. That complaint in turn led to the establishment of the Tribunal whose decision is now the subject of review by this Court.

privé que dans le système d'écoles publiques, elle a travaillé comme musicienne de concert et elle a donné des ateliers dans des écoles publiques en qualité de pigiste.

^a La plaignante est entrée en contact pour la première fois avec un agent de recrutement des FAC en 1981. Par la suite, elle s'est appliquée de façon modérément diligente à obtenir un poste de musicienne au sein des FAC. Au printemps 1986, on l'a informée qu'un poste de clarinettiste à pourvoir par enrôlement direct se libérerait bientôt. On parle de poste à pourvoir par enrôlement direct lorsque le candidat est affecté à un poste désigné. Pour obtenir un tel poste, les candidats doivent posséder des habiletés reconnues et, le cas échéant, ils sont engagés directement dans un programme musical d'une durée de trois ans. Les candidats sont d'abord évalués en fonction de leurs habiletés musicales puis, sur recommandation, on leur fait une offre de recrutement. Une fois recrutés, ils doivent réussir le même programme de formation de base que toutes les autres recrues des FAC. La majorité a souligné [à la page D/199] qu'^e «[il] ressort des réponses qu'elle a données en contre-interrogatoire que M^{me} Husband n'a pas poussé très loin son examen de l'aspect "militaire" que comportait la fonction de musicien au sein des FAC et qu'elle a davantage mis l'accent sur ses aptitudes musicales».

^g Au printemps 1986, les FAC ont fait subir un examen à la plaignante pour déterminer si ses habiletés musicales la qualifiaient pour le poste et elle a réussi cet examen. La plaignante a alors été dirigée vers un centre de recrutement pour qu'elle y présente une demande d'enrôlement dans les FAC en qualité de militaire du rang. Là, on lui a fait subir des examens médicaux, y compris des tests d'acuité visuelle, afin de déterminer si sa condition physique lui permettait d'être admise dans les FAC en qualité de membre régulier. Ces examens ont révélé que la vue de la plaignante ne répondait pas aux normes minimales d'enrôlement dans les FAC. Les FAC ont donc rejeté sa demande d'enrôlement en qualité de membre régulier. À la suite de ce rejet, la plaignante a déposé une plainte à la Commission canadienne des droits de la personne, dans laquelle elle prétendait que les FAC avaient fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur sa déficience. Cette plainte a mené à la

DECISION OF THE TRIBUNAL

The issue before the Tribunal, as stated in the majority reasons (at page D/198), was “whether certain provisions of the medical standards for entry into the Canadian Armed Forces . . . constitute[d] a *bona fide* occupational requirement within” the meaning of paragraph 15(a) of the Act. As I have already stated, the majority concluded that the entry level standard for visual acuity for prospective members to the CAF while constituting discrimination based on disability, is a *bona fide* occupational requirement and is therefore not a discriminatory practice within the Act. It found expressly that the minimum standard for visual acuity for entry into the CAF had met the objective test laid down in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, i.e., that the minimum standard was reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, her fellow employees and the general public. There was no dispute either before the Tribunal or before us that the CAF had met the subjective test propounded in *Etobicoke*.

The majority concluded, based on uncontroverted evidence, that the issue whether the visual acuity standard amounted to a BFOR fell to be assessed against the primary role that the complainant would be required to play as a regular member of the CAF (i.e. as a soldier). This is clear from the following passage of its reasons [at page D/209]:

Based on all the evidence, I am satisfied that the primary role of all regular members of the CAF is to protect the interests of Canada, Canadians and Canadian allies with physical force, if necessary. While other roles may be assumed by various members of the CAF when our country is not at war, the primary obligation and purpose of the CAF is to maintain that wartime preparedness. It is therefore my opinion that the defence of BFOR as it relates to the occupation which is the subject matter of this complaint, must be related to the military aspects of being a regular member of the Armed Forces as well as the occupation of being a musician in the CAF.

constitution du tribunal dont la décision fait maintenant l’objet d’une demande de contrôle judiciaire.

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

La question que le tribunal devait trancher, énoncée dans les motifs de la majorité (à la page D/198), était celle de savoir «si certaines dispositions des normes médicales applicables à l’enrôlement dans les Forces armées canadiennes . . . constituent des exigences professionnelles justifiées» au sens de l’alinéa 15a) de la Loi. Comme je l’ai déjà mentionné, la majorité a conclu que, bien que la norme d’acuité visuelle applicable aux personnes qui veulent s’enrôler dans les FAC constitue de la discrimination fondée sur une déficience, elle est une exigence professionnelle justifiée et elle ne constitue donc pas un acte discriminatoire au sens de la Loi. Le tribunal a conclu expressément que la norme minimale d’acuité visuelle fixée pour l’enrôlement dans les FAC satisfaisait au critère objectif établi dans l’affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, savoir, que cette norme minimale était 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. Le fait que les FAC ont satisfait au critère subjectif établi dans l’affaire *Etobicoke* n’a été contesté ni devant le tribunal ni devant la Cour.

En se fondant sur la preuve non controversée, la majorité a conclu que la question de savoir si la norme d’acuité visuelle constituait une EPJ devait être évaluée en tenant compte du rôle principal que la plaignante serait appelée à jouer en qualité de membre régulière des FAC (soit, en qualité de soldate). Cette conclusion ressort clairement du passage suivant de ses motifs [à la page D/209]:

L’ensemble de la preuve me convainc que le rôle premier des membres réguliers des FAC est de protéger les intérêts du Canada, de sa population et de ses alliés en employant la force si nécessaire. Il se peut que des militaires aient d’autres fonctions en temps de paix, mais le devoir et l’objectif primordiaux des FAC est de se tenir prêts pour la guerre. Par conséquent, j’estime que l’exigence professionnelle justifiée invoquée en défense doit se rapporter aux aspects militaires de l’appartenance à la force régulière de l’armée autant qu’à l’occupation de musicien des FAC.

For his part, the dissenting member was of the view that the standard fell to be assessed against the complainant's role as a musician. He articulated his position as follows [at page D/227]:

In my opinion, the BFOR in question here is based on historical attitudes and traditions embedded deeply in military thinking. It is not *bona fide* within the meaning of s. 15(a) of the Act because it bears no relationship to the true qualifications needed by musicians in the modern Canadian Armed Forces. In my view, the CAF does not realistically intend to require its musicians to perform the duties which are used to justify the occupational requirements in issue. There is simply no rational basis for requiring musicians to meet the occupational requirements upon which the CAF is relying to deny Ms. Husband employment in the CAF band.

In all, it is therefore my view that the imposition of the V4 standard to Ms. Husband, in the circumstances of the present case, is not reasonably necessary to ensure the efficient and economic performance of her duties as a musician.

ISSUES

The applicant raised the following two issues on the hearing of the application:

1. Did the Tribunal fail to observe a principle of natural justice or otherwise act beyond or refuse to exercise its jurisdiction when it relied on facts not before it at the hearing into this matter and failed to provide an opportunity to the applicant to respond to such findings?

2. Did the Tribunal err in law when it found that the CAF had met their onus and established that their minimum standard for uncorrected visual acuity was a *bona fide* occupational requirement?

ANALYSIS

A. Did the Tribunal fail to observe a principle of natural justice or otherwise act beyond or refuse to exercise its jurisdiction when it relied on facts not before it at the hearing into this matter and failed to provide an opportunity to the applicants to respond to such findings?

On this issue I am in complete agreement with the conclusion of Mr. Justice Robertson and with the rea-

Pour sa part, le membre dissident du tribunal était d'avis que cette norme devait être évaluée en regard de la fonction de musicienne de la plaignante. Voici comment il a exprimé sa position [à la page D/227]:

Je suis d'avis que l'EPJ incriminée découle d'attitudes de longue date et de traditions bien enracinées dans la mentalité militaire. Elle n'est pas justifiée au sens de l'al. 15a) de la Loi parce qu'elle n'a aucun lien avec les compétences véritables requises de nos jours de la part des musiciens œuvrant au sein des FAC. Selon moi, les FAC ne comptent pas sérieusement exiger de leurs musiciens qu'ils s'acquittent des fonctions qui servent en l'espèce à justifier l'exigence professionnelle en cause. Il n'existe aucun fondement rationnel au fait d'exiger d'un musicien qu'il remplisse les exigences professionnelles que les FAC invoquent pour refuser à la plaignante un emploi de musicienne.

Pour conclure, je suis d'avis que l'application de la norme V4 à l'endroit de la plaignante n'est pas, dans les circonstances de la présente espèce, raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique de ses fonctions de musicienne.

LES QUESTIONS EN LITIGE

La requérante a soulevé les deux questions qui suivent lors de l'audience:

1. Le tribunal a-t-il omis d'observer un principe de justice naturelle ou autrement outrepassé ou refusé d'exercer sa compétence en se fondant sur des faits qui ne lui ont pas été soumis à l'audience et en ne donnant pas à la requérante l'occasion de répondre à ces conclusions?

2. Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les FAC s'étaient acquittées du fardeau qui leur incombait et avaient établi que leur norme minimale d'acuité visuelle sans correction constituait une exigence professionnelle justifiée?

ANALYSE

A. Le tribunal a-t-il omis d'observer un principe de justice naturelle ou autrement outrepassé ou refusé d'exercer sa compétence en se fondant sur des faits qui ne lui ont pas été soumis à l'audience et en ne donnant pas à la requérante l'occasion de répondre à ces conclusions?

En ce qui a trait à cette question, je souscris entièrement à la conclusion du juge Robertson et aux

sons which he gave. I would, therefore, answer this question in the negative.

B. Did the Tribunal err in law when it found that the CAF had met their onus and established that their minimum standard for uncorrected visual acuity was a *bona fide* occupational requirement?

(i) Soldier First

Before proceeding to consider the second issue, it would be useful to discuss the occupation against which the determination of that issue must be assessed. After considering the preponderance of uncontroverted evidence on the point, the majority concluded that the primary role or occupation was that of a soldier. It therefore assessed the entry standard in light of the evidence concerning the unique role assigned to that occupational group by the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, sections 14, 31 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 14], 33 [as am. *idem*, s. 15] and 34 [as am. *idem*] which provide, in substance, that any member of the CAF may be placed on active service by reason of emergency, for the defence of Canada and is at all times liable to perform any lawful duty.

The dissenting member concluded that the occupation against which the entry standard should be assessed was that of a musician. However, in my view, this conclusion was reached in the face of overwhelming evidence to the contrary.

The occupation to which the standard applied fell to be determined on the evidence given at the hearing before the Tribunal. The conclusion that the occupation was primarily that of a soldier was therefore one of fact. This conclusion was, as I have said, based on the preponderance of evidence and one which the majority was entitled to make. Barring legal error (and none was alleged or found), I find no warrant to approach the analysis of the second issue on any basis other than that the occupation into which the complainant was seeking entry and to which the standard applied was that of a soldier first and musician second.

motifs qu'il a rédigés. Je répondrais donc à cette question par la négative.

B. Le tribunal a-t-il commis une erreur de droit en concluant que les FAC s'étaient acquittées du fardeau qui leur incombait et avaient établi que leur norme minimale d'acuité visuelle sans correction constituait une exigence professionnelle justifiée?

i) Un soldat d'abord

Avant d'examiner la deuxième question, il convient de déterminer quelle est la profession en fonction de laquelle cette question doit être évaluée. En se fondant sur la prépondérance de la preuve non controversée sur ce point, la majorité a conclu que la profession ou le rôle premier visé était celui de soldat. Elle a donc évalué la norme d'enrôlement en regard de la preuve relative au rôle unique assigné à ce groupe professionnel par les articles 14, 31 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 14], 33 [mod., *idem*, art. 15] et 34 [mod., *idem*] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, qui prévoient essentiellement que tout membre des FAC peut être mis en service actif pour la défense du Canada, en raison d'un état d'urgence, et est soumis en permanence à l'obligation de service légitime.

Le membre dissident a conclu que la profession en fonction de laquelle la norme d'enrôlement devait être évaluée était celle de musicienne. Toutefois, j'estime qu'il a tiré cette conclusion alors que la preuve contraire produite était écrasante.

La profession à laquelle la norme s'appliquait devait être déterminée en fonction de la preuve produite à l'audience devant le tribunal. La conclusion du tribunal portant que la profession première visée était celle de soldate constituait donc une conclusion de fait. Comme je l'ai déjà affirmé, cette conclusion était fondée sur la prépondérance de la preuve et la majorité était autorisée à la formuler. En l'absence d'une erreur de droit (on n'en invoque ni n'en constate aucune), rien ne me justifierait d'analyser cette deuxième question autrement qu'en tenant pour acquis que la profession visée par la demande d'enrôlement de la plaignante et à laquelle la norme s'appli-

quait était d'abord celle de soldate et ensuite celle de musicienne.

(ii) The Standard

The medical standard of visual acuity for entry into the CAF is V-1 to V-4 (Exhibit R-10, Case, Vol. VII, pages 1268-1285). A recruit will be rated V-4 if, on testing, refractive error does not exceed + or - 7.00 dioptres measured for each eye without the use of corrective lenses.

Major John Kearns, an ophthalmologist in the CAF, gave the following expert evidence in explaining the standard (Case, Vol. III, pages 413-415):

In order to determine an individual's correct visual category, we need two sets of information. We need to know what their vision is in each eye without their glasses on or without correction and what their vision is in each eye with their optimal correction.

They have been divided into six categories. I explain them to people in fairly common terms in that a person with a V-1 vision, has perfectly normal vision as far as being able to read the chart is concerned and doesn't require correction under normal circumstances to enhance his vision. They have normal vision.

V-2 is a[n] individual who has reasonable vision without their correction, such that they could probably meet the minimum driving standards should they not have their glasses with them, [b]ut with correction achieves normal vision.

The V-3 category, which is a rather broad category, actually are those individuals who don't meet either V-1 or V-2 standards and who have rather poor unaided vision—uncorrected vision, but good corrected vision. But their unaided vision is to such a level that they are going to be restricted in carrying out many of the common military duties without their glasses on. They will not be able to drive a vehicle[,] they will not be able to accurately handle weapons without their glasses on.

Some (*sic*), it is a broad category. If we had a category for every level of vision, it would be too complicated a system. So at least these categories have had to be simplified. But it is a person who cannot function in the everyday sense without their glasses on, a V-3.

V-4 are those individuals who had—it actually encompasses two groups and that leads to some confusion. But for our purposes here, the aspect of V-4 that we are talking about are individuals whose uncorrected acuity does not meet the 20-400 standard so that we cannot accurately measure their level of

ii) La norme

La norme médicale d'acuité visuelle applicable à l'enrôlement dans les FAC correspond aux catégories V-1 à V-4 (Pièce R-10, dossier, vol. VII, pages 1268 à 1285). Une recrue reçoit la cote V-4 si, lors d'un examen, son erreur de réfraction mesurée pour chaque œil, sans correction, ne dépasse pas + ou - 7,00 dioptries.

La major John Kearns, ophtalmologiste membre des FAC qui a témoigné comme expert, a expliqué cette norme de la façon suivante (dossiers, vol. III, pages 413 à 415):

[TRADUCTION] Afin de déterminer exactement à quelle catégorie visuelle appartient une personne, nous avons besoin de deux séries de renseignements. Il nous faut connaître la vision de chaque œil sans verres correcteurs et sans correction de même qu'avec correction optique.

Nous avons établi six catégories. Je les explique ainsi aux gens, en employant un langage relativement courant: les personnes qui obtiennent la cote V-1 ont une vue parfaitement normale, pour ce qui est de la lecture du tableau, et n'ont pas besoin, en temps normal, de correction optique pour l'améliorer. Leur vision est normale.

La cote V-2 est donnée aux personnes qui ont une vision raisonnable sans porter leurs verres correcteurs et qui pourraient probablement satisfaire aux normes minimales de conduite s'ils n'avaient pas leurs lunettes avec eux, mais qui ont une vision normale avec correction.

La catégorie V-3 est relativement vaste. Il s'agit en fait des personnes qui ne répondent pas aux normes de la catégorie V-1 ou V-2, qui ont une vue non corrigée plutôt faible, mais dont la vision corrigée est bonne. Sans correction, toutefois, la faiblesse de leur vision est telle que ne pourront pas exécuter nombre de tâches militaires habituelles sans porter de lunettes. Elles seront incapables de conduire et ne pourront pas manipuler correctement des armes sans leurs lunettes.

Certains (*sic*), c'est une catégorie très vaste. Si nous avions une catégorie pour chaque niveau de vision, nous aurions un système trop compliqué. Ces catégories ont donc dû, à tout le moins, être simplifiées. Toutefois, les personnes de la catégorie V-3 sont celles qui ne peuvent fonctionner, dans la vie quotidienne, sans porter de lunettes.

La catégorie V-4 comprend les personnes qui ont—en fait elle s'applique à deux groupes, et cela entraîne une certaine confusion. Mais pour les fins qui nous occupent ici, l'aspect de cette catégorie qui nous intéresse a trait aux personnes dont l'acuité visuelle, sans correction, ne satisfait pas à la norme 20/400, de

vision and whose refractive error does not exceed plus or minus seven dioptres.

Now, the second group which is sort of caught in this V-4 trap is on a corrected side. You will notice that for the first time there is a difference between the better eye and the other eye with respect to corrected vision. So V-4 also traps people—or catches people who have good vision only in one eye for whatever reason, even with their correction. So they have one eye that has less than good vision, even when corrected.

Now, that is an either/or situation, you know, that there are people who have normal refractive errors, but because of their crossed eyes, a child had a lazy eye, their potential vision in one eye doesn't meet this 6/120 vision, and they will be a V-4. But on the other hand, there are those who function, who cannot function without their glasses on who also because of the inability to read the 20/400 letter and the refractive error are also classified as V-4. So there are two groups within that, and they may or may not be related.

The V-5 category is reserved for certain Members who cannot qualify for one of the higher categories, but who in the opinion of an ophthalmologist can still perform their duties satisfactorily with the vision that they have.

V-6 is category that is assigned to applicants to the Armed Forces who do not meet the V-4 standard or to serving Members whose level of vision has fallen below a level that we think is—with their ability to perform their military tasks. Neither V-5 nor V-6 can be assigned without the individual having been seen by an ophthalmologist.

This evidence was not controverted.

When she was examined by an ophthalmologist, the complainant was rated as V-6 and found "unfit". (Exhibit R-13, Case, Vol. VIII, at pages 1293-1294.)

In cross-examination, the complainant admitted that in order to read music she wore contact lenses or glasses, that it was a condition of her driver's licence that she wear corrective lenses and that except for sleeping and sitting and listening to music, she usually wore corrective lenses.

telle sorte que nous ne pouvons pas mesurer avec précision leur degré de vision, et qui ne présentent pas d'erreur de réfraction de + ou - 7,00 dioptries.

^a Pour ce qui est du deuxième groupe qui se retrouve en quelque sorte coincé dans la catégorie V-4, on tient compte de la vision corrigée. Vous remarquerez que, pour la première fois, il y a une différence entre le meilleur œil et l'autre œil, une fois la vision corrigée. Ainsi, la catégorie V-4 englobe ou coince les personnes qui ont une bonne vision uniquement d'un œil, pour quelque raison que ce soit, même avec correction. Elles ont donc un œil qui a une vision inférieure à une bonne vision, même avec une correction.

^c Vous savez, vous pouvez appartenir à cette catégorie pour l'une ou l'autre de ces raisons; il y a des personnes qui ont une erreur de réfraction normale, mais dont la vision potentielle d'un œil ne satisfait pas à la norme 6/120 à cause de leur strabisme, un enfant qui avait un œil paresseux, et elles appartiennent à la catégorie V-4. Par ailleurs, il y a les personnes qui fonctionnent, qui ne peuvent fonctionner sans leurs verres correcteurs et qui, à cause de leur incapacité de lire la lettre 20/400 et de leur erreur de réfraction, se trouvent dans la catégorie V-4. Il y a donc deux groupes dans cette catégorie et il peut s'agir ou non des mêmes personnes.

^e La catégorie V-5 est réservée à certains membres que leurs résultats ne permettent pas de classer dans les catégories supérieures mais qui, selon l'opinion d'un ophthalmologiste, peuvent encore accomplir leurs tâches de façon satisfaisante avec le degré de vision qu'ils ont.

^f La catégorie V-6 est attribuée aux candidats qui ne satisfont pas aux normes de la catégorie V-4 ou aux membres en service dont le degré de vision est devenu inférieur à celui qui, à notre avis, est nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches militaires.

^g

Cette preuve n'est pas controversée.

^h L'ophthalmologiste qui a examiné la plaignante l'a classée dans la catégorie V-6 et l'a jugée «inapte». (Pièce R-13, dossier, vol. VIII, aux pages 1293 et 1294.)

ⁱ En contre-interrogatoire, la plaignante a admis qu'elle portait des lunettes ou des lentilles cornéennes pour lire la musique, que son permis de conduire l'obligeait à porter des verres correcteurs pour conduire et qu'elle portait habituellement des verres correcteurs, sauf pour dormir ou pour s'asseoir et écouter de la musique.

(iii) The Test for Determining Whether the Standard was a BFOR

The applicant's complaint on the second issue is twofold. First, it complains that the majority of the Tribunal erred in law by applying the wrong test to determine the risk of employee failure. In support of this complaint it was said that the Tribunal erred when it failed to apply the test propounded in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 (*Dairy Pool*) which it was said had effectively overruled the earlier decision of the Supreme Court of Canada in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561 (*Bhinder*) and the decision of this Court in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.) (*Mahon*). Secondly, it was contended that the Tribunal erred in denying the complainant the opportunity to undergo basic training.

In deciding the validity of these complaints it would be useful to recall the clues given by McIntyre J. as to the manner in which a justifiable BFOR should be ascertained and how sufficiency of risk of employee failure should be decided. In *Etobicoke*, after defining a BFOR and saying what an employer must show in order to come within the definition, he stated at page 209:

The answer to the second question will depend in this, as in all cases, upon a consideration of the evidence and of the nature of the employment concerned.

At page 212, he also stated:

It would be unwise to attempt to lay down any fixed rule covering the nature and sufficiency of the evidence required to justify a mandatory retirement below the age of sixty-five under the provisions of s. 4(6) of the Code. In the final analysis the board of inquiry [Tribunal], subject always to the rights of appeal . . . must be the judge of such matters. [Emphasis added.]

Based on these passages, I conclude that, subject to what I will say later concerning whether *Dairy Pool* has effectively overruled *Bhinder* and *Mahon*, the applicant's complaint about the conclusion of the

iii) Le critère applicable à la question de savoir si cette norme est une EPJ

La plainte de la requérante concernant la deuxième question comporte deux volets. Premièrement, elle reproche à la majorité des membres du tribunal d'avoir commis une erreur de droit en appliquant un critère inapproprié pour évaluer le risque d'erreur humaine. À l'appui de cette plainte, la requérante affirme que le tribunal a commis une erreur en n'appliquant pas le critère énoncé dans la décision *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (*Dairy Pool*) qui a eu pour effet, selon elle, d'écarter la décision antérieure de la Cour suprême du Canada dans *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561 (*Bhinder*) et la décision de la présente Cour dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.) (ci-après *Mahon*). Deuxièmement, la requérante soutient que le tribunal a commis une erreur en ne donnant pas à la plaignante l'occasion de suivre le programme de formation de base.

Pour décider du bien-fondé de ces prétentions, il serait utile de rappeler les indications données par le juge McIntyre quant à la façon dont une EPJ doit être évaluée et dont il faut trancher la question du caractère suffisant du risque d'erreur humaine. Dans l'affaire *Etobicoke*, après avoir défini l'expression « exigence professionnelle justifiée » et précisé les éléments que l'employeur doit prouver pour répondre à cette définition, il a déclaré, à la page 209:

La réponse à la seconde question dépend en l'espèce, comme dans tous les cas, de l'examen de la preuve et de la nature de l'emploi concerné.

À la page 212, il ajoute:

Il serait imprudent de tenter de formuler une règle fixe concernant la nature et le caractère suffisant de la preuve requise pour justifier la retraite obligatoire avant l'âge de soixante-cinq ans en vertu des dispositions du par. 4(6) du Code. En dernière analyse et toujours sous réserve du droit d'appel . . . , le commissaire enquêteur doit être le juge en cette matière. [Non souligné dans le texte original.]

Ces extraits me mènent à conclure, sous réserve des remarques qui suivront concernant la question de savoir si la décision *Dairy Pool* a effectivement écarté les arrêts *Bhinder* et *Mahon*, qu'en attaquant la

majority as to “sufficiency of risk” of employee failure amounts to an attack on its findings of fact. On this point, I am in respectful agreement with Pratte J.A. (for himself and Hugessen J.A.) when he said in *Mahon*, at page 217:

In the present case, as in the *Etobicoke* case, the subjective element of the requirement in question did not raise any difficulty. The only question to be resolved was whether the evidence adduced justified the conclusion that there was “a sufficient risk of employee failure” among insulin dependent trackmen to warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to hire them. That question was a question of fact. The applicant is, therefore, attacking what is in essence a finding of fact. Such a finding is not normally reviewable under section 28 of the *Federal Court Act*. In order to succeed, the applicant must, therefore, either show that the Tribunal erred in law or that it based its decision on an erroneous finding of fact made in the manner described in paragraph 28(1)(c) of the *Federal Court Act*. The applicant cannot ask the Court to review the evidence and substitute its opinion for that of the Tribunal on the question it determined. For that reason, the last attack made by the applicant against the decision of the Tribunal need not be considered. Whether or not the evidence disclosed that there was a substantial risk involved in employing insulin dependent diabetics as trackmen was a question of fact that the Tribunal had to determine and that this Court does not have the power to decide. [Emphasis added.]

I will deal with each complaint in turn; but it would be helpful to examine the reasons of the majority to ascertain how it approached each of them and the conclusions which it reached.

In its reasons, the majority stated the issue; reviewed the evidence; canvassed the “relevant” law, including the provisions of the Act which bear on the issue; discussed the application of the law to the case and concluded that the CAF had demonstrated on a balance of probabilities that the visual acuity standard in issue was a BFOR.

The majority commenced its review of the “case law” by quoting from *Etobicoke* [at pages 208-210], passages which deal with the definition of *bona fide* occupational requirement and with the evidence that an employer must lead in order to justify a BFOR in the interest of public safety. I reproduce both passages [at pages D/202-D/203]:

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must

conclusion de la majorité relativement au «risque d’erreur humaine suffisant», la requérante conteste ses conclusions de fait. Sur ce point, je suis tout à fait d’accord avec la déclaration faite par le juge Pratte, J.C.A. (en son nom et au nom du juge Hugessen, J.C.A.) dans *Mahon*, à la page 217:

En l’espèce tout comme dans l’affaire *Etobicoke*, l’élément subjectif de l’exigence en question n’a soulevé aucune difficulté. La seule question à résoudre était de savoir si la preuve permettait de conclure que les agents de la voie insulino-dépendants présentaient «un risque d’erreur humaine suffisant» pour justifier le refus du Canadien Pacifique Limitée de les employer. C’était là une question de fait. Par conséquent, la requérante attaque ce qui est essentiellement une conclusion de fait. Normalement, une telle conclusion ne peut faire l’objet de l’examen visé à l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour avoir gain de cause, la requérante doit donc démontrer soit que le tribunal a rendu une décision entachée d’une erreur de droit, soit qu’il a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de la façon décrite à l’alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La requérante ne peut demander à la Cour d’étudier la preuve et de substituer son opinion à celle du tribunal sur la question qu’il a décidée. Pour cette raison, la dernière attaque de la requérante contre la décision du tribunal n’a pas à être examinée. La question de savoir si la preuve révélait ou non qu’il y avait un danger considérable à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d’agents de la voie était une question de fait que le tribunal devait décider et dont cette Cour ne peut être saisie. [Non souligné dans le texte original.]

J’étudierai une plainte à la fois; il serait toutefois utile d’examiner les motifs de la majorité pour déterminer la façon dont elle les a abordées et les conclusions auxquelles elle en est venue.

Dans ses motifs, la majorité a énoncé la question à trancher, passé la preuve en revue, étudié les règles de droit «pertinentes», y compris les dispositions législatives applicables, traité de l’application de ces règles à l’espèce et conclu que les FAC avaient établi, selon la prépondérance des probabilités, que la norme d’acuité visuelle contestée constituait une EPJ.

La majorité a commencé son examen de la jurisprudence en citant des extraits de la décision *Etobicoke* [aux pages 208 à 210] concernant la définition de l’exigence professionnelle justifiée et la preuve que doit apporter l’employeur pour établir l’existence d’une EPJ fondée sur la sécurité publique. Voici ces deux extraits [aux pages D/202 et D/203]:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit

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.

In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is a sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

It then referred to the following passages from the reasons in *Mahon* where Marceau J.A. [at page 224] and Pratte J.A. [at page 221] stated their understanding of the phrase "sufficient risk of employee failure" as found in the second passage from *Etobicoke* that I have just quoted:

When I read the phrase in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the "sufficiency" contemplated refers to the reality of the risk and not its degree.

... a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

After summarizing the applicable legal principles, the majority proceeded to apply them to the facts of the case.

It reviewed the evidence that bore on the issue whether the occupation was that of soldier or musician and, as I have said, it concluded that it was soldier first.

It then reviewed the evidence concerning the functional limitations placed on a person in the military who, like the complainant, had a refractive error exceeding - 7.00 dioptres. The majority accepted the evidence of Major Kearns and Dr. Ben Wilkinson who, although not a member of the CAF, was quali-

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.

Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

Elle s'est ensuite référée aux passages suivants des motifs prononcés dans l'affaire *Mahon*, dans lesquels les juges de la Cour d'appel Marceau [à la page 224] et Pratte [à la page 221] exposent leur conception de l'expression «risque d'erreur humaine suffisant» tirée du deuxième extrait de la décision *Etobicoke* cité ci-dessus:

Toutefois, lorsque j'interprète cette phrase compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d'autres termes, l'adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

... l'exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

Après avoir résumé les principes de droit applicables, la majorité les a appliqués aux faits de l'espèce.

Elle a examiné la preuve concernant la question de savoir si la profession visée était celle de soldate ou de musicienne et, comme je l'ai déjà mentionné, elle a conclu que la fonction première de la plaignante serait celle de soldate.

La majorité a ensuite examiné la preuve concernant les limites fonctionnelles auxquelles doit faire face une personne appartenant à l'armée qui, comme la plaignante, a une erreur de réfraction dépassant - 7,00 dioptries. La majorité a accepté le témoignage du major Kearns et le témoignage du Dr Ben Wilkin-

fied as an expert in the field of occupational ophthalmology, that such a person would be classified as V-6 and be refused entry into the CAF. It noted particularly the following portions of the evidence of Dr. Wilkinson [at pages D/211-D/212]:

Now, this vision is worse than the legally blind 20/200, 6/60 line. In my opinion it—the kinds of level of vision that she would certainly be able to make out significant changes in colour, light and dark such as the direction of windows, movement would be easier to detect than detail. This is something that we are not terribly aware of. But, for instance, if somebody stood very still twenty feet away, she could well not realize that somebody is there. If they move, she would immediately know that there was somebody there.

Identifying who somebody is would probably be possible at about two or three feet. And for those reasons, I would say that she would certainly be unable to use a weapon. (Evidence, Vol. 4., p. 527, 528)

She would probably have trouble finding the glasses even if she dropped them, not on the floor, but if she was in the bush or in the water or something, it would be hard to find. Finding a contact lens would be quite difficult. So my conclusion was that looking at the information that I was given about the kinds of activities that she would be expected to carry out, that with her glasses on she would be able to carry these out. If on the other hand she lost her glasses, it would be disastrous. (Evidence, Vol. 4, p. 529)

And I came to the conclusion that there were basically three levels of ability with someone who loses their glasses.

The first is the ability to carry out most activities, despite the fact that you have lost your glasses, though there may be some restrictions of a few. Then there is an area where the individual is left with a vision somewhere between 20/40 and 20/200, where gradually they are less able to carry on their job, but are still able to look after themselves.

I would say that if somebody was left with 20/200, they would not really want to be able to continue with that job, but they could get themselves out of it. Whereas if the vision is poorer than 20/200, they're getting into a level where they can't tell which direction they are going in. So another officer has to be taken out of the group to get them back out of the way. So that is more costly to the unit because it has occupied two people rather than one person.

So you have got three stages. There is a stage where the individual is able to continue being productive. Then you have the stage where the person is not productive, but is able to look after themselves. And finally you have the stage where they are not only not productive and unable to look after them-

son qui, bien que n'appartenant pas aux FAC, se qualifiait comme expert dans le domaine de l'ophtalmologie du travail, selon lesquels une personne qui aurait une pareille erreur de réfraction appartiendrait à la catégorie V-6 et ne pourrait pas être admise dans les FAC. La majorité a souligné plus particulièrement les extraits suivants du témoignage du Dr Wilkinson [aux pages D/211 et D/212]:

[TRADUCTION] Cette vision est pire que celle des personnes légalement réputées aveugles, à 20/200 ou 6/60. À mon avis, il — ce niveau de vision fait qu'elle serait certainement capable de discerner des changements significatifs de couleurs, de clarté, d'obscurité, comme la direction des fenêtres, le mouvement serait plus facile à percevoir que le détail. Il s'agit de quelque chose dont nous n'avons pas terriblement conscience. Mais, par exemple, si quelqu'un se tenait parfaitement immobile, à vingt pieds, il se pourrait fort bien qu'elle ne s'aperçoive pas de sa présence. Si la personne bougeait, elle saurait immédiatement qu'il y a quelqu'un.

Il lui serait probablement possible d'identifier une personne à environ deux ou trois pieds. Et c'est pour cela qu'à mon avis, elle serait certainement incapable d'utiliser une arme (Preuve, vol. 4, pp. 527 et 528).

Elle aurait probablement du mal à trouver ses lunettes si elle les échappait; pas sur le plancher, mais en terrain boisé ou dans l'eau ou quelque chose, il lui serait difficile de les retrouver. Retrouver une lentille cornéenne serait très difficile. C'est pourquoi j'estime, compte tenu des renseignements qui m'ont été donnés sur le genre de tâches qu'elle aurait à accomplir, qu'elle serait en mesure de les remplir avec ses lunettes. Par contre, la perte de celles-ci aurait des conséquences désastreuses (Preuve, vol. 4, p. 529).

Et j'en suis venu à la conclusion qu'il existait, à la base, trois niveaux d'aptitude en cas de perte de lunettes.

Le premier permet de remplir la plupart de ses tâches, malgré la perte, bien qu'il puisse y avoir certaines restrictions à l'égard de quelques-unes. Ensuite, pour les personnes dont la vision se situe encore entre 20/40 et 20/200, il existe une zone de perte graduelle d'aptitude à accomplir son travail, mais ces personnes sont encore capables de prendre soin d'elles-mêmes.

Selon moi, quelqu'un à qui il ne reste qu'une vision de 20/200 ne serait pas vraiment capable de continuer à faire ce travail, mais cette personne pourrait se sortir de cette situation. Tandis que ceux dont la vision est inférieure à 20/200 arrivent à un niveau où ils ne savent plus dans quelle direction ils vont. Un autre officier doit être désigné pour laisser le groupe et ramener ces personnes. L'unité perd donc davantage, parce qu'elle perd les services de deux personnes au lieu d'une.

Donc, nous avons trois niveaux: un où la personne est capable de poursuivre ses activités de façon productive, un autre où elle cesse d'être productive mais où elle peut prendre soin d'elle-même et un troisième où, non seulement la personne cesse d'être productive et de pouvoir prendre soin d'elle-même, mais

selves, but become a liability. Somebody has got to get them out of the situation. (Evidence, Vol. 4, p. 532-533)

People with bad vision are often quite unaware of the clues they are missing.—in a situation of danger, in a fire or entering an enemy occupied territory or anything like that, you will need to use all sorts of little clues, movement, subtle differences and colour. In those situations are impossible to quantify, but obviously the better your vision, the more effectively you can carry those out and the more safely. (Evidence, Vol. 4, p. 574)

Based on this and other evidence, the majority concluded, first, that it is necessary for the CAF to have a minimum standard for visual acuity for entry as a regular member and secondly, that such standard was reasonable and necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, her fellow employees and the general public. In other words, it concluded that the standard had met the objective test propounded in *Etoibicoke*.

The majority acknowledged that with corrective lenses the complainants' vision was good—20/30(R) and 20/25(L). It considered whether there was a risk of the complainant losing her corrective lenses or being required to remove or take off her corrective lenses or to stop her activities to clear or otherwise adjust the lenses and whether that risk was significant enough to require the CAF to set the enrolment standard for visual acuity in relation to the uncorrected standard of visual acuity rather than the corrected standard. After reviewing the evidence of Major Kearns and Dr. Wilkinson concerning the risks associated with corrective lenses, if used in the military (see, pages D/213-D/215) and the evidence of Captain Veilleux concerning the rigours of basic training camp, the possibility that some of the activities could cause risk of loss of corrective lenses and how reasonable eyesight is required in order to function in the military environment, the majority concluded [at pages D/215-D/216]:

I am satisfied that the types of activities which must be performed by members of the military carry with them a reasonable risk of the loss, breakage or other problems associated with the use of corrective lenses such that it is reasonable and necessary to set an enrolment standard for visual acuity related to uncorrected vision.

où elle devient un fardeau. Quelqu'un doit la sortir de là. (Preuve, vol. 4, pp. 532-533)

Souvent, les gens qui n'ont pas une bonne vision n'ont pas vraiment conscience qu'ils ne perçoivent pas certains indices. En situation de danger, lorsqu'il y a un incendie ou lorsqu'on pénètre dans un territoire occupé par l'ennemi ou dans n'importe quelle situation semblable, il faut se servir de toutes sortes de petits indices, des mouvements, des différences subtiles, des couleurs. Dans ces situations, il est difficile de quantifier, mais, de toute évidence, meilleure est votre vision, mieux vous pourrez accomplir vos tâches et avec le moins de danger. (Preuve, vol. 4, p. 574)

En se fondant sur la preuve, et notamment sur ce témoignage, la majorité a conclu, premièrement, que les FAC devaient avoir une norme minimale d'acuité visuelle applicable à l'enrôlement d'une personne en qualité de membre régulier et, deuxièmement, que cette norme était raisonnable et 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. En d'autres termes, elle a conclu que cette norme satisfaisait au critère objectif proposé dans l'arrêt *Etoibicoke*.

La majorité a reconnu que la vision corrigée de la plaignante était bonne—20/30(D) et 20/25(G). Elle a alors examiné la question de savoir s'il existait un risque que la plaignante perde ses verres correcteurs ou soit forcée de les enlever ou d'interrompre ses activités pour les nettoyer ou les ajuster et si ce risque était suffisant pour obliger les FAC à fixer la norme visuelle d'enrôlement en fonction de l'acuité visuelle sans correction plutôt qu'en fonction de l'acuité visuelle avec correction. Après avoir passé en revue les témoignages du major Kearns et du Dr. Wilkinson concernant les risques associés aux verres correcteurs, dans un contexte militaire (aux pages D/213 à D/215) ainsi que celui du capitaine Veilleux concernant les rigueurs du camp de formation de base, la possibilité que certaines activités comportent un risque de perte de verres correcteurs et la raison pour laquelle il est nécessaire de voir raisonnablement bien pour être fonctionnel au sein des forces armées, la majorité a conclu [aux pages D/215 et D/216]:

Je suis convaincu que le genre d'activités auxquelles donne lieu la vie militaire comporte un risque suffisant de perte ou de bris de verres correcteurs et d'autres problèmes liés au port de ceux-ci, pour qu'il soit raisonnable et nécessaire d'établir une norme visuelle d'enrôlement qui soit liée à la vision non corrigée.

The majority then concluded that the CAF had met both the subjective (at page D/219) and objective (at page D/220) tests in *Etobicoke*.

With respect to the objective test the majority stated [at pages D/219-D/220]:

The major issue in this case related to whether the existing medical standards related to visual acuity for entry to the CAF also met the "objective test" set out in *Etobicoke, supra*. In considering all of the evidence, I have spent many hours reading and rereading the four volumes of evidence, the several volumes of exhibits and the precedent cases to understand the role and purpose of the Armed Forces, the expectations of recruits, the occupational and military duties of a musician and how they fit into the CAF. After careful consideration, I have come to the following conclusions:

1. An uncorrected visual acuity standard for entry to the CAF is necessary.
2. There would be increased risk to the individual member and his/her co-workers and the public without that standard.
3. There is a clear connection between the standard of uncorrected visual acuity imposed by the CAF and the ability of the recruit to look after himself in the performance of his/her job without undue risk to himself, his/her co-workers and the public.
4. The standard of uncorrected visual acuity selected for entry to the CAF is reasonable.

I therefore also find the minimum standard for visual acuity for entry to the CAF is reasonably necessary to ensure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees or the general public—i.e. they have also met the "objective test" set out in *Etobicoke, supra*.

These were conclusions of fact based upon the evidence and, to use the language of McIntyre J. in *Etobicoke*, they were conclusions of fact the majority was entitled to make, "in the final analysis". It is abundantly plain to me that in concluding that the standard was a BFOR, the majority had applied the test propounded in *Etobicoke*. In my view, unless it could be said that *Dairy Pool* has overruled *Bhinder* and *Mahon*, and that the majority has failed to apply the "new" standard said to be propounded in *Dairy Pool*, the applicant's first complaint must fail.

La majorité a ensuite conclu que les FAC avaient satisfait à la fois au critère subjectif (à la page D/219) et au critère objectif (à la page D/220) établis dans l'arrêt *Etobicoke*.

En ce qui a trait au critère objectif, la majorité a déclaré [aux pages D/219 et D/220]:

Ce qu'il convient principalement de déterminer en l'espèce, c'est si les normes médicales relatives à l'acuité visuelle applicables à l'enrôlement dans les FAC satisfont au «critère objectif» énoncé dans *Etobicoke, supra*. Dans mon examen de la preuve, j'ai passé de nombreuses heures à lire et à relire les quatre volumes rassemblant les éléments de preuve, les volumes réunissant les pièces de même que la jurisprudence afin de comprendre le rôle et l'objectif de l'armée, ce qu'on attend des recrues, les tâches professionnelles et militaires des musiciens et comment celles-ci s'insèrent dans les opérations de l'armée. Après une analyse minutieuse, j'en suis venue aux conclusions suivantes.

1. Il est nécessaire de prévoir une norme visuelle d'enrôlement dans les FAC fondée sur la vision non corrigée.
2. L'absence d'une telle norme augmenterait les risques courus par les membres individuellement, par leurs collègues et par le public.
3. Il existe un lien évident entre la norme visuelle fondée sur la vision non corrigée appliquée par les FAC et la capacité de la recrue de prendre soin d'elle-même dans l'accomplissement de ses fonctions sans se mettre indûment en danger ou sans mettre indûment ses collègues ou le public en danger.
4. La norme visuelle fondée sur la vision non corrigée retenue pour l'enrôlement dans les FAC est raisonnable.

En conséquence, je conclus également que la norme visuelle minimale d'enrôlement est raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mise en danger de l'employée, de ses compagnons de travail et du public en général. Autrement dit, je suis d'avis que les FAC ont également satisfait au «critère objectif» énoncé dans *Etobicoke, supra*.

Il s'agit là de conclusions de fait fondées sur la preuve et, pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'affaire *Etobicoke*, ce sont des conclusions de fait que la majorité était autorisée à tirer, «en dernière analyse». Il me semble on ne peut plus évident que la majorité, en concluant que la norme contestée constituait une EPJ, a appliqué le critère établi dans l'affaire *Etobicoke*. À mon avis, à moins qu'on ne puisse affirmer que l'arrêt *Dairy Pool* a écarté les arrêts *Bhinder* et *Mahon*, et que la majorité a omis d'appliquer la «nouvelle» norme prétendument établie dans l'affaire *Dairy Pool*, la première prétention de la requérante doit être rejetée.

As a starting point for analysis of the issue whether *Dairy Pool* has overruled *Bhinder* and *Mahon*, I recall the objective test propounded by McIntyre J. in *Etobicoke*. For ease of reference, I repeat here what he said at page 208, after stating the subjective test:

In addition it [BFOR] 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. [Emphasis added.]

Later, at pages 209-210, he outlined the nature of the evidence that an employer must lead and a tribunal or a court must find where justification of a BFOR is based on public safety:

In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large [Emphasis added.]

At issue in *Bhinder* was whether a rule which required all employees of the Canadian National Railway Company to wear a hard hat at a particular work site was a BFOR. Writing for the majority, McIntyre J. stated that the *Etobicoke* test was applicable and had been met. At pages 587-588 he stated:

The appellant has established a *prima facie* case of discrimination. The onus therefore has passed to the respondent to show that the hard hat rule is a *bona fide* occupational requirement. From a reading of the reasons for decision of the Tribunal it appears that the test was met. Specifically, the Tribunal found that the hard hat rule was not a *bona fide* occupational requirement as far as it related to *Bhinder* and, in consequence, to other Sikhs. In this, they were accepting the appellant's individual case approach. It is, however, clear from the reasons and the references made by the Tribunal to the evidence that it was of the view that, as far as the rule applied to non-Sikhs, it was a *bona fide* occupational requirement. It was agreed that CN adopted the rule for genuine business reasons with no intent to offend the principles of the Act. The Tribunal found that the rule was useful, that it was reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury and, specifically, that the risk faced by *Bhinder* in wearing a turban rather than a hard hat was increased, though by a very small amount. The only

Pour analyser la question de savoir si l'arrêt *Dairy Pool* a écarté les arrêts *Bhinder* et *Mahon*, il faut d'abord rappeler le critère objectif énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*. Pour plus de commodité, je reproduis à nouveau les propos qu'il a tenus à la page 208 après avoir énoncé le critère subjectif applicable:

Elle [l'EPJ] 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. [Non souligné dans le texte original.]

Plus loin, à la page 210, il souligne la nature de la preuve qu'un employeur doit apporter et sur laquelle un tribunal ou une cour doit s'appuyer lorsqu'une EPJ est fondée sur la sécurité publique:

Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général. [Non souligné dans le texte original.]

L'affaire *Bhinder* soulevait la question de savoir si un règlement qui obligeait tous les employés de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada à porter un casque dans un lieu de travail donné, constituait une exigence professionnelle normale. Le juge McIntyre a déclaré, au nom de la majorité, que le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke* s'appliquait et qu'on y avait satisfait. Aux pages 587 et 588, il a déclaré:

L'appelant a prouvé de façon suffisante jusqu'à preuve contraire l'existence de discrimination. Le fardeau de la preuve passe donc à l'intimée qui doit démontrer que la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale. À la lecture des motifs de la décision du tribunal, il semble qu'on a satisfait au critère. Plus particulièrement, le tribunal a conclu que la règle du casque de sécurité n'était pas une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle visait *Bhinder* et, en conséquence, les autres Sikhs. Ce faisant, il acceptait la façon de procéder en fonction de chaque cas particulier proposée par l'appelant. Toutefois, il ressort clairement de ses motifs et des références que fait le tribunal à la preuve administrée qu'il était d'avis que la règle était une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle s'appliquait à d'autres personnes que des Sikhs. Il a été reconnu que le CN avait adopté la règle pour des raisons d'affaires véritables, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi. Le tribunal a jugé que la règle était utile, qu'elle était raisonnable en ce

conclusion that can be drawn from the reasons for decision is that, but for its special application to Bhinder, the hard hat rule was found to be a *bona fide* occupational requirement. Indeed, it would be difficult on the facts to reach any other conclusion.

In that case, the Tribunal had found as a fact that (at page 584) “Bhinder, if exempted from the rule, would face a greater likelihood of injury—though only slightly greater—than if he complied.”

In *Mahon*, the issue before the Canadian Human Rights Commission was whether a requirement that a railway trackman should not be an insulin dependent diabetic was a *bona fide* occupational requirement within the meaning of paragraph 14(a) [*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 14(a) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 7)] (now paragraph 15(a)) of the Act. Based on *Etobicoke*, the Tribunal concluded that the requirement was not a BFOR on the ground that, although the refusal to employ unstable diabetics might be justified, nevertheless the risks involved in employing a stable diabetic like Mr. Mahon were not sufficiently great to warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to employ him.

On a section 28 application to this Court, Canadian Pacific Limited alleged that the Tribunal had applied the wrong standard when it held or assumed that a *bona fide* occupational requirement relating to safety had to increase safety by a substantial amount.

The dispositive reasons of Pratte J.A. at pages 221-222 are as follows:

Once it had been found that the applicant’s policy not to employ insulin dependent diabetics as trackmen was reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage for the applicant, its employees and the public, there was only one decision that the Tribunal could legally make, namely, that the applicant’s refusal to engage the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

qu’elle permettait d’accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures et, plus particulièrement, que le risque que courait Bhinder en portant un turban plutôt qu’un casque de sécurité était accru, quoique très légèrement. La seule conclusion que l’on peut tirer des motifs de la décision, est que, sauf en ce qui concerne son application particulière à Bhinder, la règle du casque de sécurité est une exigence professionnelle normale. D’ailleurs il serait difficile, étant donné les faits, d’arriver à une autre conclusion.

Dans cette affaire, le tribunal a conclu quant aux faits (à la page 584) que «si Bhinder n’avait pas à se conformer à la règle, celui-ci courrait un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand—que s’il s’y conformait».

Dans l’affaire *Mahon*, la Commission canadienne des droits de la personne devait décider si l’exigence portant que les agents de la voie ne doivent pas être des diabétiques insulino-dépendants constituait une exigence professionnelle normale au sens de l’alinéa 14a) [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 14a) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 7)] (devenu l’alinéa 15a)) de la Loi. En se fondant sur l’arrêt *Etobicoke*, le tribunal a conclu que cette exigence n’était pas une exigence professionnelle justifiée au motif que, bien que le refus d’employer des diabétiques instables puisse être justifié, les risques que comportait l’embauche d’un diabétique stable comme M. Mahon n’étaient pas suffisamment grands pour autoriser la société Canadien Pacifique Limitée à refuser de l’engager.

À l’appui de sa demande fondée sur l’article 28, la société Canadien Pacifique Limitée a soutenu que le tribunal n’avait pas appliqué la norme appropriée en statuant ou en tenant pour acquis qu’une exigence professionnelle normale liée à la sécurité devait augmenter la sécurité de façon substantielle.

Le dispositif du jugement du juge Pratte, J.C.A., se trouve aux pages 221 et 222:

Dès lors que le tribunal avait conclu que la politique de la requérante de ne pas employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d’agents de la voie était raisonnablement nécessaire pour éliminer un risque réel de blessures graves pour la requérante, ses employés et le public, une seule décision s’imposait au regard de la loi, à savoir que le refus de la requérante d’employer Wayne Mahon était fondé sur une exigence professionnelle normale, et qu’en conséquence il ne constituait pas un acte discriminatoire.

This conclusion, he observed, followed from the conjoint effect of *Etobicoke* and *Bhinder*.

Marceau J.A. wrote separate concurring reasons. He stated why he found the decision objectionable, in these terms [at pages 222-223]:

The Tribunal had found, on the evidence, that "C.P.R.'s railway operation is more likely to be safer if insulin dependent diabetics are not hired as track men"; The Tribunal, however, saw this as only the starting point and went on to try to evaluate how much safer the operation would actually be, so as to ascertain whether the risk to safety was "sufficiently" increased to justify the policy of refusing to hire diabetics like Mr. Mahon for trackman positions.

This, he found, to be an attempt to balance the greater risk to the public against the advantages diabetics could derive from being given the same opportunity as non-diabetics. In his view, the Tribunal was attributing to [then] paragraph 14(a) of the Act a scope and intent that it did not have. He reached this conclusion after reviewing the reasons of McIntyre J. in *Etobicoke* and in *Bhinder*.

His dispositive reasons, found at page 226, are as follows:

The *Bhinder* decision, as I read it, makes it clear that the proper approach to verify whether an occupational requirement, adopted in good faith for the sake of safety, meets the objective test of paragraph 14(a) as it was set out in the *Etobicoke* decision is to look into the duties to be performed and the conditions demanded for their proper performance (in the present case that of a trackman) and then compare those requirements against the capabilities and limitations of the class of persons affected (here insulin dependent diabetics as a group). The Tribunal here, on the basis of the evidence, found, in a first step, that the trackman position required "certain physical attributes" the diminution of which, in the work environment, might "put an employee, co-workers, and the general public at greater risk in terms of safety". It found, in a second step, that insulin dependent diabetics, even stable diabetics like Mr. Mahon, could suffer such a diminution of their physical (and mental) capacities, a possibility which was "real . . . and not farfetched or fanciful" (pages 103-104 of the decision). These two findings were, it seems to me, decisive: it was then an unavoidable conclusion that the policy not to hire insulin dependent diabetics was based on a *bona fide* occupational requirement. In going further and assessing Mr. Mahon's own personal physical attributes to determine that notwithstanding his being an insulin dependent diabetic his limitations,

Il souligne que cette conclusion découle de l'effet conjoint des arrêts *Etobicoke* et *Bhinder*.

Le juge Marceau, J.C.A., a rédigé des motifs concordants distincts. Il a précisé pourquoi il désapprouvait la décision du tribunal [aux pages 222 et 223]:

Le tribunal a conclu, en se fondant sur la preuve, que «les opérations de chemin de fer du C.P.R. sont plus susceptibles d'être sécuritaires si on n'embauche pas de diabétiques insulino-dépendants comme agents de la voie». Le tribunal n'a toutefois vu dans cette conclusion qu'un point de départ, et il s'est ensuite employé à apprécier à quel point les opérations seraient réellement plus sûres, dans le but d'établir si le danger pour la sécurité était «suffisamment» accru pour justifier une politique de refus d'embaucher des diabétiques comme M. Mahon en qualité d'agents de la voie.

Il a conclu que le tribunal a ainsi tenté de mettre dans la balance, d'une part, le risque accru que courrait le public et, d'autre part, les avantages qu'il y aurait pour les diabétiques à avoir les mêmes possibilités d'emploi que les non-diabétiques. À son avis, le tribunal a ainsi attribué à l'alinéa 14a) de la Loi [à cette époque] une portée et un objet qu'il n'avait pas. Il en est venu à cette conclusion après avoir examiné les motifs du juge McIntyre dans les arrêts *Etobicoke* et *Bhinder*.

C'est à la page 226 qu'on trouve le dispositif de son jugement:

L'arrêt *Bhinder*, tel que je le comprends, dit clairement que la bonne façon de s'assurer qu'une exigence professionnelle, adoptée de bonne foi pour des raisons de sécurité, respecte le critère objectif de l'alinéa 14a) comme l'a énoncé l'arrêt *Etobicoke* est d'examiner les fonctions qui doivent être exercées et les conditions nécessaires à leur bon exercice (ici, les fonctions d'agent de la voie) et de considérer ces exigences en regard des capacités et des limites propres à la catégorie de personnes touchées (en l'occurrence, les diabétiques insulino-dépendants en tant que groupe). Le tribunal en l'espèce, se fondant sur la preuve, a conclu, en premier lieu, que les fonctions d'agent de la voie exigeaient «certaines qualités physiques» dont la diminution, en milieu de travail «peut faire augmenter les risques, en matière de sécurité, pour l'employé, ses collègues de travail et le grand public». Le tribunal a conclu en second lieu, que les diabétiques insulino-dépendants, même ceux qui sont stables comme M. Mahon, pouvaient subir une telle diminution de leurs capacités physiques (et mentales), possibilité qui est «réelle . . . ni outrée ni fantaisiste» (aux pages 96 et 97 de la décision). Ces deux conclusions sont, à mon sens, décisives: elles mènent à la conclusion inéluctable que la politique de non-embauchage des diabétiques insulino-dépendants se fonde sur une exigence professionnelle normale. En allant plus loin et en appréciant les capacités physiques de M. Mahon pour en

although real, were under sufficient control, the Tribunal, in my view, misapplied paragraph 14(a) of the Act.

Like Pratte J.A., he set aside the decision and remitted the case to the Tribunal for reconsideration in light of its findings.

I do not read *Mahon* as propounding any new test for determining whether the policy at issue in that case was a BFOR. On the contrary, in my respectful view *Mahon* accepts the test propounded in *Etobicoke* (and applied in *Bhinder*) and applied it to the facts of that case.

It is true that, in the course of his reasons Marceau J.A. stated [at page 224]:

When I read the phrase in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the "sufficiency" contemplated refers to the reality of the risk not its degree.

The last sentence in this quotation is infelicitous, since "sufficiency" does connote degree. However, in my view, that sentence does not have the effect of nullifying the decision in *Mahon* for two reasons. First, the majority of the panel in that case did not share the view of Marceau J.A. and, secondly, the sentence does not appear to have had any influence on his dispositive reasons.

I come now to *Dairy Pool* for which so much has been claimed. At issue in that case was whether a particular employment rule imposed by an employer on an employee was a *bona fide* occupational qualification (BFOQ) under the *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A., 1980, c. I-2, and if not, whether the employer could defend itself against a charge of religious discrimination by proving that it had accommodated the employee up to the point of undue hardship.

The Court concluded that the rule was not a BFOQ and that the employer had not discharged the burden of showing that it had accommodated the employee up to the point of undue hardship.

arriver à la conclusion qu'en dépit de sa dépendance de l'insuline, ses limites, bien que réelles, étaient suffisamment contrôlées, le tribunal, à mon avis, a mal appliqué l'alinéa 14a) de la Loi.

Tout comme le juge Pratte, J.C.A., il a annulé la décision du tribunal et renvoyé l'affaire au tribunal pour qu'il la réexamine en tenant compte de ses conclusions.

Selon moi, l'arrêt *Mahon* n'établit pas un nouveau critère applicable à la question de savoir si la politique visée constitue une exigence professionnelle justifiée. Au contraire, j'estime que l'arrêt *Mahon* reconnaît le critère énoncé dans l'affaire *Etobicoke* (et appliqué dans l'affaire *Bhinder*) et l'a appliqué aux faits de l'espèce.

Certes, le juge Marceau, J.C.A., a fait l'affirmation suivante dans ses motifs [à la page 224]:

Toutefois, lorsque j'interprète cette phrase compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d'autres termes, l'adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

La formulation de la dernière phrase de cette citation n'est pas très heureuse car le terme «suffisant» renvoie à la notion de degré. Toutefois, j'estime que cette phrase n'a pas pour effet d'annuler la décision rendue dans *Mahon* pour deux raisons. Premièrement, la majorité des membres du tribunal ne partageaient pas l'opinion du juge Marceau, J.C.A., et, deuxièmement, cette phrase ne semble pas avoir eu quelque incidence que ce soit sur le dispositif.

Je porterai maintenant mon attention sur l'arrêt *Dairy Pool* dont on a essayé de tirer bien des arguments. Dans cette affaire, il s'agissait de décider si une règle particulière imposée par un employeur à un employé constituait une qualification professionnelle normale en vertu de la *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, et, sinon, si l'employeur pouvait opposer en défense à une accusation de discrimination religieuse qu'il avait composé avec les croyances religieuses du plaignant tant qu'il n'en avait pas résulté pour lui une contrainte excessive.

La Cour a conclu que la règle de l'employeur ne constituait pas une qualification professionnelle normale et que l'employeur ne s'était pas acquitté du fardeau de démontrer qu'il avait composé avec les

Wilson J. delivered the reasons of the majority. In the course of her reasons, she examined earlier decisions of the Court dealing with the concept of BFOR and BFOQ (which she said were “equivalent and co-extensive terms”), including *Bhinder* because, in her view “they may not be completely compatible.” She stated that in order to appreciate fully the implications of *Bhinder*, it was necessary to review in some detail the ruling of the Tribunal as well as the majority and dissenting judgments in that case.

At page 508, she listed the salient facts found by the Tribunal in *Bhinder*:

The salient facts found by the Tribunal in *Bhinder* were as follows:

(1) The hard hat rule was useful and reasonable in that it promoted safety by reducing the risk of injury to the employee.

(2) The rule was adopted by the employer for genuine business reasons and with no intent to offend the principles of the *Canadian Human Rights Act*.

(3) Mr. Bhinder was able to perform his job effectively and efficiently without wearing a hard hat.

(4) The risk of injury to Mr. Bhinder if he did not wear a hard hat was negligible.

(5) The risk of injury to co-workers and the general public if Mr. Bhinder did not wear a hard hat was nil.

(6) The employer's safety policy would not be jeopardized by giving Mr. Bhinder an exemption.

(7) The financial hardship that would be caused the employer in exempting Mr. Bhinder from the hard hat rule was *de minimis*.

At pages 512-513, she stated:

It seems to me in retrospect that the majority of this Court may indeed have erred in concluding that the hard hat rule was a BFOR. I say that not because I disagree with the test set out in *Etobicoke* nor because I accept the proposition advanced by those in dissent that accommodation is a necessary component of a BFOR, but for two other reasons.

First, the rule was not, to use the terminology of *Etobicoke*, “reasonably necessary to assure the efficient and economical

croyances de l'employé tant qu'il n'en avait pas résulté une contrainte excessive.

Le juge Wilson a rédigé les motifs de la majorité. Dans ses motifs, elle examine les arrêts antérieurs de la Cour relativement aux concepts d'exigence professionnelle normale et de qualification professionnelle normale (qui sont, selon elle, «équivalents et de même portée»), y compris l'arrêt *Bhinder* parce que, à son avis, «ils pourraient ne pas être totalement compatibles». Elle a déclaré que, pour apprécier pleinement la portée de l'arrêt *Bhinder*, il est nécessaire d'examiner en détail la décision du tribunal ainsi que les opinions majoritaires et dissidentes dans cette affaire.

À la page 508, elle énumère les principales conclusions de fait tirées par le tribunal dans l'affaire *Bhinder*:

Voici les principales conclusions de fait tirées par le tribunal dans l'affaire *Bhinder*:

(1) La règle du casque de sécurité était utile et raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures pour l'employé.

(2) L'employeur avait adopté cette règle pour des raisons d'affaires véritables et sans intention de porter atteinte aux principes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

(3) M. Bhinder était en mesure d'effectuer son travail de manière efficace et efficiente sans casque de sécurité.

(4) Le danger que M. Bhinder soit blessé s'il ne portait pas de casque de sécurité était négligeable.

(5) Le danger que des collègues de travail ou le public en général soient blessés si M. Bhinder ne portait pas de casque de sécurité était nul.

(6) La politique de l'employeur en matière de sécurité ne serait pas mise en péril si l'on accordait une exemption à M. Bhinder.

(7) La contrainte financière qu'aurait à subir l'employeur en exemptant M. Bhinder de l'application de la règle du casque de sécurité était minime.

Aux pages 512 et 513, elle affirme:

J'estime, avec le recul, que la majorité de cette Cour s'est peut-être trompée en concluant que la règle du casque de sécurité était une EPN. Ce n'est pas que je sois en désaccord avec le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke* ou que j'accepte la thèse des dissidents selon laquelle l'accommodement est une composante essentielle de l'EPN. L'opinion que j'exprime se fonde sur deux autres raisons.

En premier lieu, la règle n'était pas, pour reprendre les termes utilisés dans *Etobicoke*, «raisonnablement nécessaire

performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". The Tribunal found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to work as a maintenance electrician or pose any threat to the safety of his co-workers or to the public at large. The Tribunal did find that not wearing a hard hat would increase the risk to Mr. Bhinder himself, but only marginally. In light of the findings of fact by the Tribunal, I think it is difficult to support the conclusion of the majority of the Court that the hard hat rule was reasonably necessary for the safety of Mr. Bhinder, his fellow employees and the general public. [Emphasis added.]

Based on the latter passage, the applicant contends that *Bhinder* has effectively been overruled in its conclusion that a marginal risk was enough to satisfy the test for determining the "sufficient risk of employee failure" as propounded in *Etobicoke* and that *Dairy Pool* lays down a new test of "substantial risk". For the reasons that follow, I disagree.

First, the passage upon which the applicant relies was not necessary for the decision in *Dairy Pool*. In any case, the most that can be claimed for it, in my view, is that the majority in *Bhinder* has misapplied the *Etobicoke* test, given the findings by the Tribunal that Bhinder's failure to wear a hard hat posed no risk of injury to his co-workers and the public; posed only a negligible risk of injury to himself and, Bhinder's exemption from the hard hat policy would not jeopardize the employer's safety policy. Secondly, at pages 516-517, Wilson J. summarizes the results of her examination of *Bhinder* as follows:

For these reasons, I am of the view that *Bhinder* is correct in so far as it states that accommodation is not a component of the BFOR test and that once a BFOR is proven the employer has no duty to accommodate. It is incorrect, however, in so far as it applied that principle to a case of adverse effect discrimination. The end result is that where a rule discriminates directly it can only be justified by a statutory equivalent of a BFOQ, i.e., a defence that considers the rule in its totality. (I note in passing that all human rights codes in Canada contain some form of BFOQ provision.) However, where a rule has an adverse discriminatory effect, the appropriate response is to uphold the rule in its general application and consider whether the

pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Le tribunal a conclu que, dans les faits, le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'influerait pas sur sa capacité de travailler comme électricien d'entretien ni ne constituerait une menace pour la sécurité de ses compagnons de travail ou du public en général. Il a certes admis que le fait de ne pas porter le casque de sécurité accroissait le risque que courait M. Bhinder lui-même, mais très légèrement. Vu ces conclusions de fait du tribunal, il est à mon avis difficile d'appuyer la conclusion de la majorité de cette Cour que la règle du casque de sécurité était raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité de M. Bhinder, de ses compagnons de travail et du public en général. [Non souligné dans le texte original.]

En se fondant sur cet extrait, la requérante prétend que l'arrêt *Bhinder* a effectivement été écarté pour ce qui est de sa conclusion selon laquelle un risque léger suffisait pour répondre au critère d'appréciation du «risque d'erreur humaine suffisant» établi dans l'arrêt *Etobicoke* et que l'arrêt *Dairy Pool* pose un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel». Je rejette cette prétention pour les motifs exposés ci-dessous.

Premièrement, l'extrait sur lequel s'appuie la requérante n'était pas nécessaire au prononcé de la décision dans l'affaire *Dairy Pool*. Quoi qu'il en soit, ce qu'on peut en tirer, dans le meilleur des cas, c'est que la majorité de la Cour a mal appliqué, dans l'arrêt *Bhinder*, le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*, étant donné les conclusions du tribunal portant que le défaut de M. Bhinder de porter un casque ne créait aucun risque de blessure pour ses compagnons de travail ou pour le public, qu'il comportait un risque négligeable de blessure pour lui-même et, que le fait d'exempter M. Bhinder de la politique de port du casque ne compromettrait pas la politique de sécurité de l'employeur. Deuxièmement, aux pages 516 et 517, le juge Wilson résume les résultats de son analyse de l'affaire *Bhinder* de la façon suivante:

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'arrêt *Bhinder* est bien fondé lorsqu'il énonce que l'accommodement n'est pas un élément du critère de l'EPN et qu'une fois démontrée l'existence d'une EPN, l'employeur n'a pas d'obligation d'accommodement. En revanche, cet arrêt est mal fondé dans la mesure où il applique ce principe à un cas de discrimination indirecte. Il en résulte finalement que, lorsqu'une règle crée une discrimination directe, elle ne peut être justifiée que par une exception légale équivalente à une EPN, c'est-à-dire un moyen de défense qui envisage la règle dans sa totalité. (Je souligne au passage que les codes de droits de la personne au Canada contiennent tous une disposition d'exception fondée sur l'EPN.)

employer could have accommodated the employee adversely affected without undue hardship.

If the applicant's claim had any validity, one would have expected to find in this summary some reference to the fact that *Bhinder* was also in error in adopting the test for "sufficient risk" that it did. Indeed, in the passage that I quoted earlier, Wilson J. stated expressly that she did not disagree with the test set out in *Etobicoke*. Her disagreement on this point, as I apprehend it, is limited only to its application by the majority in that case.

Finally, the impact of a rule requiring a showing of "substantial risk" on the standard of proof laid down in *Etobicoke* should not be overlooked. In my respectful view, the substitution of "substantial" for "sufficient" might well have the effect of requiring an employer to justify a BFOR in the interest of public safety by a higher degree of probability than is implied in the test laid down in *Etobicoke*.

I conclude by summarizing:

1. Neither *Bhinder* nor *Mahon* propounded any new test for determining "sufficient risk" in public safety cases;
2. The test applied in each case was that propounded in *Etobicoke*, which remains unchallenged and unimpaird;
3. *Dairy Pool* has not effectively overruled either *Bhinder* or *Mahon* in so far as they can be said to have propounded a test for sufficient risk;
4. *Dairy Pool* has not laid down any new test of "substantial risk" in substitution for the test of "sufficient risk" propounded in *Etobicoke*.

For the foregoing reasons I am of the view that the majority did not err in failing to apply the test of "substantial risk", said to be laid down in *Dairy Pool*.

Par contre, lorsqu'une règle crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il convient de confirmer la validité de cette règle dans son application générale et de se demander si l'employeur aurait pu composer avec l'employé lésé sans subir des contraintes excessives.

a.

Si la prétention de la requérante était valable, on s'attendrait à ce que ce résumé fasse état du fait que l'arrêt *Bhinder* est aussi erroné du fait qu'il a appliqué le critère du «risque suffisant». En fait, dans l'extrait que j'ai déjà cité, le juge Wilson affirme expressément qu'elle n'est pas en désaccord avec le critère établi dans l'arrêt *Etobicoke*. Son désaccord se limite, selon moi, uniquement à la façon dont la majorité a appliqué ce critère dans l'affaire *Bhinder*.

c.

Enfin, il ne faut pas oublier de tenir compte des conséquences de l'obligation de démontrer l'existence d'un «risque substantiel» sur la norme de preuve établie dans l'arrêt *Etobicoke*. À mon avis, la substitution du terme «substantiel» au terme «suffisant» pourrait bien avoir pour effet d'assujettir la preuve de l'employeur, quant à l'existence d'une exigence professionnelle justifiée dans l'intérêt de la sécurité du public, à une probabilité plus élevée que par application du critère posé dans l'affaire *Etobicoke*.

e.

Pour conclure, je résume:

f.

1. Ni l'arrêt *Bhinder* ni l'arrêt *Mahon* n'ont établi un nouveau critère d'appréciation du «risque suffisant» dans les situations touchant la sécurité publique.
2. Le critère appliqué dans chaque cas était celui établi dans l'arrêt *Etobicoke*, qui demeure incontesté et entièrement valable.
3. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas eu pour effet d'écarter les arrêts *Bhinder* ni *Mahon* en ce qui a trait au critère du risque suffisant qu'ils auraient établi.
4. L'arrêt *Dairy Pool* n'a pas posé un nouveau critère, soit celui du «risque substantiel», en remplacement du critère du «risque suffisant» énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que la majorité n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas le critère du «risque substantiel», prétendument énoncé dans l'arrêt *Dairy Pool*.

j.

I should not wish to leave this discussion without saying a brief word about *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.) and *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), to which Mr. Justice Robertson has referred in his reasons.

As regards *Carson*, I am in respectful agreement with MacGuigan J.A. that [at page 232]:

An examination of the cases cited by McIntyre J. thus makes it clear that he did not intend by his reference [to two cases cited at the end of his judgment] to give approval to a particular measure of risk.

I am, however, unable to agree that [at page 232]:

... his own posing of the issue in terms of whether there is "sufficient risk of employee failure" indicates a recognition of a certain degree of risk that sits better with the notion of "acceptable" than with that of "minimal".

First, in my respectful view, the substitution of the adjective "acceptable" for "sufficient" does nothing to render the test more precise. Secondly, it is equally arguable, in my respectful view, that in calling attention to *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (7th Cir. 1974); and *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315 (Bd. of Inq.), McIntyre J. might simply have been stating that he had considered and rejected the test laid down in each and had developed a different test, namely that of "sufficient risk".

As regards *Rosin*, it is sufficient to say that I find nothing in the *obiter dictum* of Linden J.A., at page 411, to warrant a conclusion that this Court had "embrace[d]" a test of sufficiency that is in any way different from that laid down in *Etobicoke*. The statement was not necessary for the decision and there was no detailed examination of either *Bhinder* or *Dairy Pool*.

I come, finally, to the applicant's second complaint, namely, that the CAF failed to give the complainant an opportunity to undertake basic training in order to determine whether she was fit to become a regular member.

Avant de terminer, je tiens à traiter brièvement des décisions *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.) et *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), auxquelles s'est référé le juge Robertson dans ses motifs.

En ce qui a trait à l'affaire *Carson*, je suis d'accord avec le juge MacGuigan, J.C.A., pour affirmer [à la page 232]:

Il ressort donc clairement des décisions citées par le juge McIntyre qu'il n'avait pas l'intention en les invoquant [il s'agit de deux décisions citées à la fin de ses motifs] d'approuver une manière particulière de mesurer le risque.

Je ne peux toutefois souscrire à sa conclusion selon laquelle [à la page 232]:

... le fait qu'il ait lui-même présenté le litige en affirmant qu'il s'agissait de déterminer s'il existait «un risque d'erreur humaine suffisant», indique la reconnaissance d'un certain degré de risque qui correspond davantage à la notion de risque «acceptable» qu'à celle de risque «minime».

Premièrement, je ne pense pas que la substitution de l'adjectif «acceptable» à l'adjectif «suffisant» ait pour effet de rendre ce critère plus précis. Deuxièmement, je pense qu'on peut tout aussi bien soutenir que le juge McIntyre a peut-être mentionné les décisions *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (7th Cir. 1974); et *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315 (comm. d'enq.), simplement pour préciser qu'il avait examiné et rejeté le critère établi dans chacune et formulé un critère différent, soit celui du «risque suffisant».

En ce qui a trait à l'affaire *Rosin*, il suffit de dire que, selon moi, les remarques incidentes formulées par le juge Linden, J.C.A., à la page 411, ne justifient en rien une conclusion selon laquelle la Cour aurait «adopté» un critère d'appréciation du caractère suffisant qui diffère de quelque façon que ce soit de celui établi dans l'arrêt *Etobicoke*. Cette affirmation n'était pas nécessaire au prononcé de la décision et aucune des décisions *Bhinder* ou *Dairy Pool* n'a été examinée en détail.

J'examinerai enfin la deuxième plainte de la requérante, savoir que les FAC n'ont pas donné à la plaignante l'occasion de suivre le programme de formation de base afin de déterminer si elle était apte à devenir membre des forces régulières.

Since this is a case of direct discrimination, the question of individual characteristics were irrelevant as justification for the standard: *Dairy Pool*, at page 517; *Rosin*, at page 411. Nevertheless, the majority did consider the issue (at pages D/217-D/219). The majority noted that the complainant had been individually tested for her disability and that her uncorrected eyesight was determined to be below the acceptable standard. Indeed, the majority found that, as a result of the testing, the complainant had been placed in the category of the "legally blind". It then considered the issue of her ability to function in a military or music environment without corrective lenses and concluded that she needed corrective lenses to function in both. It observed that the question whether or not the complainant loses her corrective lense in a particular situation was more a matter of chance than ability and therefore not a matter that could be tested effectively.

The majority also considered whether basic training of recruits could be a substitute for emergency or wartime situations and concluded that it could not.

As a result, it concluded its examination of this issue as follows [at page D/217]:

I am therefore satisfied that having the complainant complete basic training as a "testing procedure" would not be an effective method of testing to see whether her particular disability affects her ability to perform the military occupation efficiently and economically without endangering herself, her fellow employees and the general public.

Like Mr. Justice Robertson, I find no reviewable error in the conclusion of the majority which was based on the evidence before it.

For the foregoing reasons, I would answer the second question in the negative and would dismiss the application.

MCDONALD J.A.: I agree.

* * *

Comme il s'agit d'un cas de discrimination directe, la question des caractéristiques personnelles n'était pas pertinente pour déterminer si la norme était justifiée: *Dairy Pool*, à la page 517; *Rosin*, à la page 411. La majorité a néanmoins examiné cette question (aux pages D/217 à D/219). La majorité a souligné que la plaignante avait subi un examen personnel quant à sa déficience et que sa vue non corrigée ne satisfaisait pas à la norme acceptable. En fait, la majorité a conclu que la plaignante, à la suite de cet examen, avait été placée dans la catégorie des personnes «aveugles du point de vue du droit». Elle s'est ensuite penchée sur la question de sa capacité de fonctionner sans verres correcteurs dans un contexte militaire ou musical et a conclu qu'elle avait besoin de verres correcteurs pour fonctionner dans ces deux contextes. Elle a souligné que la question de savoir si la plaignante perdrait ses verres correcteurs dans une situation donnée était une question de hasard plutôt que d'aptitude et qu'aucun examen ne permettrait en conséquence de la trancher efficacement.

La majorité s'est aussi penchée sur la question de savoir si la formation de base des recrues pourrait reproduire les situations d'urgence ou de guerre pour l'évaluation de la plaignante et a conclu que tel n'était pas le cas.

En conséquence, elle a conclu l'examen de cette question par l'affirmation suivante [à la page D/217]:

Cela me persuade que la méthode d'évaluation consistant à faire passer à la plaignante l'épreuve de la formation de base ne permettrait pas efficacement de percevoir si sa déficience particulière l'empêcherait ou non d'accomplir ses tâches militaires de façon efficace et économique, sans se mettre elle-même en danger et sans mettre en danger ses compagnons de travail ou le public en général.

Comme le juge Robertson, je ne constate aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire dans la conclusion qu'a tirée la majorité en se fondant sur la preuve qui lui a été soumise.

Pour les motifs qui précèdent, je répondrais à la deuxième question par la négative et je rejetterais la demande.

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROBERTSON J.A. (*dissenting*): This application for judicial review seeks to set aside a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal), convened under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (the Act). A majority of the Tribunal concluded that the Canadian Armed Forces (the CAF) had not discriminated against the complainant, Julia Husband, when it declined her application for membership on the basis of a visual disability. The complainant, who was unrepresented by counsel, expressly adopted the submissions of the applicant, the Canadian Human Rights Commission (the Commission).

I

The complainant is an experienced and talented musician who in 1981 became interested in pursuing a musical career within the CAF. In April of 1986, a direct entry position for a clarinet player became available. Although the complainant satisfied the position's professional requirements, her eyesight does not meet the minimum uncorrected standard prescribed for regular non-commissioned CAF recruits. With corrective lenses, the complainant's vision approaches the 20/20 norm. Without correction, she is legally blind.

The CAF classifies uncorrected visual acuity on a declining scale from V-1 to V-6. Persons in the V-1 category approximate "normal" vision while persons in the V-6 category test at levels below legal blindness. Only persons who are classified at levels between V-1 and V-4 are admitted into the CAF. The V-5 category is reserved for CAF members whose vision has deteriorated below the V-4 standard since enlistment. The purpose of this category is to accommodate serving military personnel whose uncorrected eyesight is no better than that of the complainant. The CAF's Career Medical Review Board retains these CAF members on the basis of "merit." Serving members are understood to have acquired sufficient expertise and experience to continue performing their military duties satisfactorily. The complainant was placed

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A. (*dissident*): La demande de contrôle judiciaire vise l'annulation d'une décision du tribunal canadien des droits de la personne (le tribunal), constitué en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, modifiée (la Loi). La majorité des membres du tribunal ont conclu que les Forces armées canadiennes (les FAC) n'avaient pas fait preuve de discrimination à l'égard de la plaignante, Julia Husband, en rejetant sa demande d'enrôlement en raison de sa déficience visuelle. La plaignante, qui n'était pas représentée par avocat, a expressément souscrit aux prétentions de la requérante, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission).

I

La plaignante, musicienne d'expérience et de talent, a commencé en 1981 à manifester de l'intérêt pour une carrière musicale au sein des FAC. En avril 1986, un poste de clarinettiste à combler par enrôlement direct s'est libéré. Bien que la plaignante ait satisfait aux exigences professionnelles du poste, sa vue ne répondait pas à la norme minimale d'acuité visuelle sans correction applicable aux recrues du rang des FAC. Avec des verres correcteurs, la vue de la plaignante correspondait à peu près à la norme 20/20. Sans correction, elle est juridiquement aveugle.

Les FAC attribuent une cote à l'acuité visuelle sans correction selon une échelle descendante allant de V-1 à V-6. Les personnes appartenant à la catégorie V-1 ont une vue à peu près «normale», alors que les personnes de la catégorie V-6, soumises à des examens, obtiennent des résultats qui les classent parmi les personnes juridiquement aveugles. Seules les personnes appartenant aux catégories V-1 à V-4 sont admises dans les Forces armées. La catégorie V-5 est réservée aux membres des FAC dont la vue s'est détériorée en deçà de la norme V-4 depuis leur enrôlement. Cette catégorie s'adresse au personnel militaire en service dont la vue non corrigée n'est pas meilleure que celle de la plaignante. Le Conseil médical de révision des carrières des FAC permet à ces personnes de demeurer membres des FAC en rai-

in the V-6 category and denied admission into the CAF on that basis.

The complainant filed a complaint with the Commission on September 1, 1987, alleging that the CAF had discriminated against her on the basis of a disability in violation of sections 7 and 10 of the Act. The CAF conceded that its visual acuity standard is *prima facie* discriminatory but sought refuge in section 15 of the Act. That provision enables the CAF to demonstrate that its entry level visual acuity standard is a *bona fide* occupational requirement (BFOR) and therefore not discriminatory. In a decision rendered August 2, 1991, a majority of the Tribunal agreed that the CAF's uncorrected visual acuity standard is a BFOR and dismissed the complaint.

The Tribunal referred to the test set out by the Supreme Court in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and concluded that persons in the V-6 category pose a sufficient risk of employee failure to warrant their exclusion from the CAF. Tracking the language of this Court's decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.) [hereinafter referred to as *Mahon*], it defined "sufficient risk of failure" as follows [at page D/204]:

[T]he risk of failure is real and not based on mere speculation. "Sufficiency" relates to the reality of the risk and not its degree.

In deciding that the CAF's entry level visual acuity standard is a BFOR, the Tribunal discussed the nature of the occupation sought by the complainant. In this regard, it referred to the doctrine of unlimited liability, which is more commonly referred to as the "soldier first" policy. That policy provides that regular members of the CAF are liable to go anywhere and to perform any lawful duties required by the CAF. The

son de leur «mérite». On tient pour acquis que les membres en service ont acquis une expertise et une expérience suffisantes pour continuer à remplir leurs fonctions militaires de façon satisfaisante. La plaignante a été placée dans la catégorie V-6 et on a refusé de l'admettre dans les FAC pour cette raison.

La plaignante a déposé une plainte à la Commission le 1^{er} septembre 1987. Elle prétendait que les FAC avaient fait preuve, à son égard, de discrimination fondée sur une déficience en contravention des articles 7 et 10 de la Loi. Les FAC ont admis que la norme d'acuité visuelle était de prime abord discriminatoire, mais se sont prévalues de l'article 15 de la Loi. Cette disposition permet aux FAC de démontrer que la norme d'acuité visuelle applicable en cas d'enrôlement est une exigence professionnelle justifiée (EPJ) et ne constitue donc pas un acte discriminatoire. Dans une décision rendue le 2 août 1991, la majorité des membres du tribunal ont reconnu que la norme d'acuité visuelle sans correction, des FAC, est une exigence professionnelle justifiée et ont rejeté la plainte.

Le tribunal s'est référé au critère énoncé par la Cour suprême dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et a conclu que les personnes appartenant à la catégorie V-6 posent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion des FAC. Après avoir examiné les termes utilisés par la Cour dans la décision *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.) [ci-après appelée *Mahon*], le tribunal a défini l'expression «risque suffisant d'erreur humaine» de la façon suivante [à la page D/204]:

Le risque suffisant d'erreur humaine s'entend d'un risque réel qui ne repose pas sur des simples conjectures. La «suffisance» se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

Pour décider que la norme d'acuité visuelle d'enrôlement dans les FAC constitue une EPJ, le tribunal a traité de la nature du poste que voulait obtenir la plaignante. À cet égard, il a fait mention de la doctrine de la responsabilité illimitée, plus communément appelée la politique du «soldat d'abord». Cette politique prévoit que les membres réguliers des FAC peuvent être envoyés n'importe où et sont soumis en

statutory basis of this doctrine is found in subsections 33(1) and 34(1) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5:

33. (1) The regular force, all units and other elements thereof and all officers and non-commissioned members thereof are at all times liable to perform any lawful duty.

34. (1) Where the Governor in Council has declared that a disaster exists or is imminent that is, or is likely to be, so serious as to be of national concern, the regular force or any unit or other element thereof or any officer or non-commissioned member thereof is liable to perform those services in respect of the disaster, existing or imminent, as the Minister may authorize, and the performance of those services shall be deemed to be military duty.

The Tribunal recognized that employment in the CAF is normally bifurcated in nature. There is always a military aspect to regular membership but most members pursue civilian occupations (musician, cook, lawyer) as well. Thus "the functions of the musician trade" specifically include military defence duties. Although it was acknowledged that a member of the CAF might spend an entire career without involvement in a military crisis (Tribunal's reasons, at pages D/204-D/209), the Tribunal concluded that the CAF's military role is a critical one (at page D/209):

Based on all of the evidence, I am satisfied that the primary role of all regular members of the CAF is to protect the interests of Canada, Canadians and Canadian allies with physical force, if necessary. While other roles may be assumed by various members of the CAF when our country is not at war, the primary obligation and purpose of the CAF is to maintain that wartime preparedness. It is therefore my opinion that the defence of BFOR as it relates to the occupation which is the subject matter of this complaint, must be related to the military aspects of being a regular member of the Armed Forces as well as the occupation of being a musician in the CAF.

On this point, the opinion of the dissenting member of the Tribunal was expressed in unequivocal terms. He reasoned that the majority's position applied to the CAF as it was meant to exist rather than as it exists (dissenting reasons, at page D/227):

In my opinion, the BFOR in question here is based on historical attitudes and traditions embedded deeply in military thinking. It is not *bona fide* within the meaning of s. 15(a) of

permanence à l'obligation de service légitime, conformément aux exigences des FAC. Le fondement législatif de cette doctrine se trouve aux paragraphes 33(1) et 34(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5:

33. (1) La force régulière, ses unités et autres éléments, ainsi que tous ses officiers et militaires du rang, sont en permanence soumis à l'obligation de service légitime.

34. (1) Lorsque, dans une déclaration, le gouverneur en conseil a conclu à l'existence ou l'imminence d'une catastrophe présentant un caractère de gravité lui conférant un intérêt national, la force régulière, en tout ou en partie, ou tout officier ou militaire du rang de cette force peuvent être obligés de rendre, relativement à une telle situation, les services autorisés par le ministre; leur action est alors assimilée au service militaire.

Le tribunal a reconnu que l'emploi dans les FAC comprend normalement deux volets. Le travail des membres réguliers comporte toujours un aspect militaire, mais la plupart d'entre eux exercent aussi un métier civil (musicien, cuisinier, avocat). Par conséquent, «les fonctions du métier de musicien» comprennent expressément des tâches militaires reliées à la défense. Bien qu'il soit admis qu'un membre des FAC puisse passer toute sa carrière sans avoir à affronter des crises militaires (motifs du tribunal, aux pages D/204 à D/209), le tribunal a conclu que les fonctions militaires des FAC sont capitales (motifs du tribunal, à la page D/209):

L'ensemble de la preuve me convainc que le rôle premier des membres réguliers des FAC est de protéger les intérêts du Canada, de sa population et de ses alliés en employant la force si nécessaire. Il se peut que des militaires aient d'autres fonctions en temps de paix, mais le devoir et l'objectif primordiaux des FAC est de se tenir prêts pour la guerre. Par conséquent, j'estime que l'exigence professionnelle justifiée invoquée en défense doit se rapporter aux aspects militaires de l'appartenance à la force régulière de l'armée autant qu'à l'occupation de musicien des FAC.

Sur ce point, le membre dissident du tribunal a exprimé son opinion en termes non équivoques. Selon lui, la position de la majorité s'applique aux FAC selon le rôle qu'elles sont destinées à jouer plutôt que selon le rôle qu'elles jouent réellement (motifs de dissidence, à la page D/227):

Je suis d'avis que l'EPJ incriminée découle d'attitudes de longue date et de traditions bien enracinées dans la mentalité militaire. Elle n'est pas justifiée au sens de l'al. 15a) de la *Loi*

the *Act* because it bears no relationship to the true qualifications needed by musicians in the modern Canadian Armed Forces. In my view, the CAF does not realistically intend to require its musicians to perform the duties which are used to justify the occupational requirements in issue. There is simply no rational basis for requiring musicians to meet the occupational requirements upon which the CAF is relying to deny Ms. Husband employment in the CAF band.

It is apparent that the majority's characterization of the job sought by the complainant directed its legal analysis. In other words, it applied the BFOR test to the complainant *qua* soldier who happened to be seeking employment as a musician. The majority's adoption of the "soldier first" policy is particularly evident in its assessment of the reasonableness of the CAF's visual acuity requirements.

The substance of the evidence before the Tribunal was that CAF members risk being placed in situations where corrective lenses may become dislodged or be unavailable. It also reflected on the risk of contact lenses proving to be an inadequate substitute for conventional eyewear. The Tribunal concluded that persons in the V-6 category pose an unacceptable risk to themselves and others in wartime or emergency situations. It also determined that the CAF was under no obligation to allow the complainant to be individually tested by permitting her to undergo basic training. Finally, it rejected the argument that, because the CAF permits waiver of common enrollment standards, all such standards should be abolished. No evidence was adduced as to the circumstances in which waivers have been granted to recruits in the past. The parties did not pursue this legal avenue before us.

II

The Commission's first objection is that the Tribunal breached the rules of natural justice. Its second and principal argument is that the CAF's uncorrected visual acuity standard is not a BFOR. On this point two substantive arguments are advanced. First, the Commission maintains that the Tribunal erred in law

parce qu'elle n'a aucun lien avec les compétences véritables requises de nos jours de la part des musiciens œuvrant au sein des FAC. Selon moi, les FAC ne comptent pas sérieusement exiger de leurs musiciens qu'ils s'acquittent des fonctions qui servent en l'espèce à justifier l'exigence professionnelle en cause. Il n'existe aucun fondement rationnel au fait d'exiger d'un musicien qu'il remplisse les exigences professionnelles que les FAC invoquent pour refuser à la plaignante un emploi de musicienne.

On constate que la façon dont la majorité a qualifié le travail que la plaignante voulait obtenir a orienté son analyse juridique. En d'autres termes, elle a appliqué le critère de l'exigence professionnelle justifiée à la plaignante en sa qualité de soldate qui voulait obtenir un poste de musicienne. L'adoption, par la majorité, de la politique du «soldat d'abord» ressort plus particulièrement de son évaluation du caractère raisonnable des normes d'acuité visuelle des FAC.

La preuve soumise au tribunal démontre essentiellement que les membres des FAC sont susceptibles d'être placés dans des situations où ils risquent soit de perdre leurs verres correcteurs soit de ne pas être en mesure de les utiliser. Elle a aussi fait ressortir le risque que les lentilles cornéennes ne remplacent pas adéquatement les verres conventionnels. Le tribunal a conclu que les personnes appartenant à la catégorie V-6 posent un risque inacceptable pour elles-mêmes et pour les autres dans les situations de guerre ou d'urgence. Il a aussi décidé que les FAC n'avaient pas l'obligation de permettre à la plaignante de subir un examen individuel en l'autorisant à suivre le programme de formation de base. Enfin, il a rejeté l'argument selon lequel les normes courantes d'enrôlement devraient être abolies parce que les FAC sont autorisées à renoncer à leur application. Aucun élément de preuve n'a été produit quant aux circonstances dans lesquelles on a déjà renoncé à les appliquer à des recrues. Les parties n'ont pas fait valoir cet argument juridique devant nous.

II

La première prétention de la Commission porte que le tribunal a enfreint les règles de justice naturelle. Sa deuxième et principale prétention veut que la norme d'acuité visuelle sans correction des FAC ne soit pas une exigence professionnelle justifiée. Sur ce point, elle fait valoir deux arguments de fond.

by applying the wrong standard for determining the legally acceptable risk of employee failure. This issue brings into question the validity of the “soldier first” policy and its impact on risk assessment. Second, the Commission argues that the Tribunal erred in denying the complainant the opportunity to undergo basic training. It submits that this form of “individual testing” would allay the CAF’s concern that the complainant’s vision would impair her military performance.

(a) Natural Justice

The Commission raised a preliminary objection that the Tribunal breached the rules of natural justice by taking judicial notice of post-hearing events without giving it the opportunity to respond. For example, the Tribunal discussed the CAF’s modern role with reference to the Persian Gulf war and the civil events at Kahnawake and Kahnisatake. I agree with counsel for the CAF that there was ample uncontroverted evidence before the Tribunal to support the majority’s findings even without the impugned references.

(b) Sufficiency of Risk—Proper Standard

A two-part test for evaluating the validity of BFORs was established in the Supreme Court decision of *Etobicoke*, *supra*, by McIntyre J. We are concerned only with the objective component of the *Etobicoke* test which requires that the BFOR be “reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public” (*Etobicoke*, at page 208). A BFOR will be established if there is a “sufficient risk of employee failure” to warrant the retention of an otherwise discriminatory employment qualification (*Etobicoke*, at page 210). Thus, whether or not an occupational requirement is “reasonably necessary” is dependent, at least in part, on whether members of the group alleging discrimination pose a sufficient risk of harm to themselves or others in the event of employee fail-

D’abord, la Commission soutient que le tribunal a commis une erreur de droit en appliquant un critère inapproprié pour apprécier le risque d’erreur humaine acceptable en droit. Cette question soulève celle de la validité de la politique du «soldat d’abord» et de ses répercussions sur l’évaluation du risque. Ensuite, la Commission affirme que le tribunal a commis une erreur en refusant à la plaignante l’occasion de suivre le programme de formation de base. Elle prétend que cette forme d’«examen individuel» dissiperait les inquiétudes des FAC quant à la possibilité que la vue de la plaignante nuise à l’accomplissement de ses tâches militaires.

a) La justice naturelle

La Commission a soulevé une objection préliminaire selon laquelle le tribunal aurait enfreint les règles de justice naturelle en prenant connaissance d’office d’événements postérieurs à l’audience sans lui donner l’occasion d’y répondre. Par exemple, le tribunal a traité du rôle moderne des FAC en faisant allusion à la guerre du Golfe persique et aux événements civils de Kahnawake et de Kahnisatake. J’estime, comme l’avocat des FAC, que la preuve abondante soumise au tribunal, sans faire les allusions contestées à ces renseignements, appuyait les conclusions de la majorité.

b) Le caractère suffisant du risque—Le critère approprié

Dans la décision *Etobicoke* de la Cour suprême, citée plus haut, le juge McIntyre a établi un critère à deux volets pour l’appréciation de la validité des exigences professionnelles justifiées. En l’espèce, seul est en cause le volet objectif du critère énoncé dans l’arrêt *Etobicoke*, soit celui selon lequel l’exigence professionnelle justifiée doit être «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» (*Etobicoke*, à la page 208). L’existence d’une exigence professionnelle justifiée sera démontrée s’il existe un «risque d’erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d’une exigence professionnelle qui serait autrement discriminatoire (*Etobicoke*, à la page 210). Par conséquent, la question de savoir si l’exigence professionnelle est «raisonnablement nécessaire»

ure. The obviously problematic determination is the degree of risk which presents a “sufficient risk of employee failure” to justify upholding an otherwise discriminatory rule.

This Court and the Supreme Court have always been in agreement that at least some increase in risk of harm is necessary to establish a BFOR. Nonetheless, there have been divergent approaches to the quantification of the risk: see *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.); *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Mahon, supra*; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; and *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.). The Commission argues that the Tribunal erred in applying *Mahon* as that decision was effectively overruled by the Supreme Court in *Dairy Pool*.

The early jurisprudence indicated that “a greater likelihood of injury—though only slightly greater” was sufficient to constitute a BFOR (*Bhinder*, at page 584). In *Mahon* [at pages 221 and 224], this Court interpreted the combined effect of *Bhinder* and *Etobicoke* as follows:

The effect of those decisions, in my view, is that, *a fortiori*, a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

When I read the phrase [sufficient risk of employee failure] in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the “sufficiency” contemplated refers to the reality of the risk not its degree.

It has always been arguable that *Etobicoke* did not establish a “minimal” standard with respect to the increase of risk necessary to found a BFOR. In *Carson, supra*, MacGuigan J.A. interpreted the *Etobicoke* test with reference to the New Brunswick Board of

dépend, du moins en partie, de celle de savoir si le groupe qui se plaint de discrimination crée un risque suffisant de préjudice pour ses membres et pour les autres en cas d’erreur humaine. La question qui pose manifestement un problème est celle du degré du risque qui constitue un «risque d’erreur humaine suffisant» pour justifier le maintien d’une règle qui serait autrement discriminatoire.

Tant la présente Cour que la Cour suprême ont toujours reconnu qu’il faut à tout le moins démontrer un accroissement du risque du préjudice pour établir l’existence d’une exigence professionnelle justifiée. Toutefois, il existe des divergences quant à la façon d’évaluer ce risque: voir *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.); *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Mahon, supra*; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; et *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.). La Commission soutient que le tribunal a commis une erreur en appliquant l’arrêt *Mahon* car cette décision a en fait été écartée par l’arrêt *Dairy Pool* de la Cour suprême.

La jurisprudence révélait auparavant qu’«un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand» suffisait pour qu’une exigence professionnelle justifiée existe (*Bhinder*, à la page 584). Dans l’arrêt *Mahon*, la Cour a interprété l’effet combiné des décisions *Bhinder* et *Etobicoke* de la façon suivante [aux pages 221 et 224]:

Il ressort donc de ces décisions, à mon sens, qu’à plus forte raison, l’exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

Toutefois, lorsque j’interprète cette phrase [risque d’erreur humaine suffisant] compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d’autres termes, l’adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.

On a toujours pu soutenir que l’arrêt *Etobicoke* n’avait pas établi un critère «minimal» quant à l’accroissement du risque nécessaire pour qu’une exigence professionnelle justifiée existe. Dans l’arrêt *Carson, supra*, le juge MacGuigan, J.C.A., a inter-

Inquiry's ruling in *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315. In *Little*, which was cited by the Supreme Court in *Etobicoke*, the Board considered the mandatory retirement age of a bridge crane operator. In deciding to reinstate the complainant subject to medical testing, it stated, at page 337:

It would appear that, even in the most ideal situations, it is often necessary to accept less than the optimal performance possible given some of the practical realities that exist. As long as these risks to public safety do not exceed a minimally acceptable standard the abolition of mandatory retirement age would not appear to create undue problems.

In *Carson*, MacGuigan J.A. seized upon the difference between "a minimal increase in risk of harm" and "a minimally acceptable risk of harm" on the ground that "the latter implies a measure of acceptability of risk that the former does not" (at page 231). At page 232, he continued:

An examination of the cases cited by McIntyre J. thus makes it clear that he did not intend by his reference to give approval to a particular measure of risk. Nevertheless his own posing of the issue in terms of whether there is "sufficient risk of employee failure" indicates a recognition of a certain degree of risk that sits better with the notion of "acceptable" than with that of "minimal".

It seems that, prior to *Bhinder*, this Court was not prepared to accept that a minimal or marginal increase in risk of harm justified a BFOR. The validity of the "minimal" standard articulated in *Bhinder* was expressly doubted by Wilson J., albeit in *obiter dictum*, in *Dairy Pool*, *supra*, at pages 512-513:

First, the rule was not, to use the terminology of *Etobicoke*, "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public". The Tribunal found as a fact that the failure of Mr. Bhinder to wear a hard hat would not affect his ability to work as a maintenance electrician or pose any threat to the safety of his co-workers or to the public at large. The Tribunal did find that not wearing a hard hat would increase the risk to Mr. Bhinder himself, but only

prété le critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke* en se référant à la décision rendue par le commissaire enquêteur du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Little v. Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. Ltd. (No.2)* (1980), 41 N.B.R. (2d) 315. Dans le jugement *Little*, cité par la Cour suprême dans l'affaire *Etobicoke*, le commissaire enquêteur s'est prononcé sur l'âge de la retraite obligatoire pour un grutier. Le commissaire a décidé de réintégrer le plaignant sous réserve d'un examen médical et a déclaré, à la page 337:

[TRADUCTION] Il semblerait qu'il soit nécessaire, même dans les situations les plus propices, d'accepter que l'exécution du travail ne soit pas optimale étant donné certaines données pratiques bien réelles. Tant que les risques créés pour la sécurité du public n'outrepassent pas une norme minimale acceptable, l'abolition de l'âge de la retraite obligatoire ne semblerait pas causer de problèmes démesurés.

Dans l'affaire *Carson*, le juge MacGuigan, J.C.A., a distingué l'expression «une augmentation minime des risques» de l'expression «un risque minime acceptable» au motif que «cette dernière expression laisse entendre contrairement à la première qu'il est possible de mesurer l'acceptabilité d'un risque» (à la page 231). À la page 232, il ajoute:

Il ressort donc clairement des décisions citées par le juge McIntyre qu'il n'avait pas l'intention en les invoquant d'approuver une manière particulière de mesurer le risque. Néanmoins, le fait qu'il ait lui-même présenté le litige en affirmant qu'il s'agissait de déterminer s'il existait «un risque d'erreur humaine suffisant», indique la reconnaissance d'un certain degré de risque qui correspond davantage à la notion de risque «acceptable» qu'à celle de risque «minime».

Il semble que, avant l'arrêt *Bhinder*, la Cour n'était pas disposée à reconnaître qu'une augmentation minime ou insignifiante du risque justifiait une exigence professionnelle normale. La validité du critère «minimal» formulé dans *Bhinder* a été expressément mise en doute par le juge Wilson, quoique en *obiter dictum*, dans la décision *Dairy Pool*, *supra*, aux pages 512 et 513:

En premier lieu, la règle n'était pas, pour reprendre les termes utilisés dans *Etobicoke*, «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». Le tribunal a conclu que, dans les faits, le refus de M. Bhinder de porter un casque de sécurité n'influerait pas sur sa capacité de travailler comme électricien d'entretien ni ne constituerait une menace pour la sécurité de ses compagnons de travail ou du public en général. Il a certes admis

marginally. In light of the findings of fact by the Tribunal, I think it is difficult to support the conclusion of the majority of the Court [in *Bhinder*] that the hard hat rule was reasonably necessary for the safety of Mr. Bhinder, his fellow employees and the general public.

The *Dairy Pool* approach has been embraced by this Court, albeit in *obiter dictum*. In *Rosin, supra*, Linden J.A. remarked, at page 411:

A second complaint of the applicant is, that if any degree of risk is proven, however small, a BFOR is established. I have already indicated that the tribunal was not satisfied by the evidence that there was any increased risk. Hence, it is not necessary to deal with this issue. If it were, one would have to take into account the *Central Alberta Dairy Pool* case, where Madame Justice Wilson indicated that the *Bhinder* case may have been incorrectly decided on the basis that the increased risk there was only marginal, and, hence, may not have been sufficient to support the BFOR defence.

I do not think it can be seriously questioned that the so-called “minimal” standard represents a serious threat to the attainment of objectives underlying human rights legislation. It could circumvent easily the purpose of the Act and deprive persons of the right to equal opportunity. For example, the application of the “minimal” standard would justify an employer’s refusal to hire persons in wheelchairs because they present an additional risk in case of fire, or the government’s refusal to issue driver’s licences to persons with controlled disabilities: see *Mahon v. Canadian Pacific Ltd.* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Can. Trib.).

Ultimately, it must be accepted that persons with a disability will always pose a greater risk of harm than other members of society. What disabled persons can or cannot do competently, or the risk which they pose because of their disabilities, is too easily informed by ignorance. Human rights legislation is enacted to confront and ameliorate the reality that prejudice and stereotyping will conspire to deny persons employment opportunities with respect to jobs they can competently perform. The “minimal” standard of risk assessment represents a substantial threat to the realization of that objective.

que le fait de ne pas porter le casque de sécurité accroissait le risque que courait M. Bhinder lui-même, mais très légèrement. Vu ces conclusions de fait du tribunal, il est à mon avis difficile d’appuyer la conclusion de la majorité de cette Cour que la règle du casque de sécurité était raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité de M. Bhinder, de ses compagnons de travail et du public en général.

Le raisonnement énoncé dans l’affaire *Dairy Pool* a été adopté par la présente Cour, quoique sous forme de remarque incidente. Dans la décision *Rosin, supra*, le juge Linden, J.C.A., a déclaré, à la page 411:

La deuxième plainte du requérant est que, si quelque degré de risque est prouvé, quelque minime soit-il, une EPJ est établie. J’ai déjà indiqué que la preuve n’avait pas convaincu le tribunal de l’existence d’un risque accru. Par conséquent, il n’est pas nécessaire d’aborder cette question. Le cas échéant, il faudrait tenir compte de l’arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, dans lequel le juge Wilson a indiqué que l’arrêt *Bhinder* était peut-être mal fondé pour le motif que le risque accru dans les circonstances n’était que très léger et, ainsi, n’aurait pas pu fonder la défense d’EPJ.

Je ne pense pas qu’on puisse sérieusement mettre en doute le fait que le prétendu critère «minimal» menace gravement l’atteinte des objectifs qui sous-tendent les lois en matière de droits de la personne. Ce critère pourrait facilement faire échec à l’objet de la Loi et priver des personnes du droit à l’égalité des chances. Par exemple, l’application du critère «minimal» fournirait une justification à l’employeur qui refuserait d’embaucher des personnes qui se déplacent en fauteuil roulant sous prétexte qu’elles représentent un risque additionnel en cas d’incendie, ou au gouvernement qui refuserait de délivrer un permis de conduire à des personnes dont les déficiences sont bien contrôlées: voir *Mahon c. Canadien Pacifique Ltée* (1985), 7 C.H.R.R. D/3278 (Trib. can.).

En définitive, il faut accepter le fait que les personnes qui ont une déficience représenteront toujours un risque additionnel par rapport aux autres membres de la société. L’appréciation de ce que les personnes déficientes peuvent ou ne peuvent pas faire de façon compétente, ou du risque qu’elles représentent en raison de leur déficience, peut trop facilement être guidée par l’ignorance. L’objectif des lois en matière de droits de la personne est de changer le fait bien réel que les préjugés et les stéréotypes contribuent à priver des personnes de leurs chances d’emploi dans des postes qu’elles peuvent remplir de façon compétente. L’évaluation du risque en fonction d’un critère

In my opinion, the proper standard, outlined in *Dairy Pool*, embraces a “substantial” increase in safety risk within tolerable limits. The express doubt cast by the Supreme Court on the *Bhinder* standard provides a legal basis upon which to depart from the earlier jurisprudence without offending the doctrine of *stare decisis*. Nothing is to be gained by reverting to or insisting on a standard of risk assessment which fails to reflect our evolving appreciation of human rights. It follows that the “minimal” standard invoked by the Tribunal constitutes a sufficient ground on which to set aside its decision. It is an error of law to apply a threshold risk standard which is at odds with that established at law. Once the proper standard is recognized and applied, then it becomes a question of fact, or mixed fact and law, whether in anyone case the threshold standard has been satisfied.

The ascendancy of the *Dairy Pool* reasoning does not elucidate the threshold of “tolerable” or “substantial” risk. The nature of this problem is illustrated by the hypothetical example of an airline’s attempt to bar from employment commercial pilots with heart conditions. The decision-maker’s assessment of whether coronary fitness constitutes a BFOR will require an evaluation of the risk of employee failure against its potentially devastating consequences and, more generally, the balancing of human rights objectives against the legitimate interests and expectations of the public. In my view, this process demands an explicit recognition of the factors impacting upon risk assessment for BFORs. The following considerations are self-evident.

First, what is the nature of the employment? Second, what is the empirical, rather than speculative, likelihood of employee failure? (See *Etobicoke*, at pages 211-213.) Third, is the risk of employee failure restricted to health and safety considerations? If the only risk is to a private employer’s economic gain, should the BFOR defence be permitted to prevail?

«minimal» menace de façon importante la réalisation de cet objectif.

Selon moi, le critère approprié, formulé dans *Dairy Pool*, comprend une augmentation «substantielle» du risque pour la sécurité, dans des limites qui soient tolérables. Le fait que la Cour suprême ait expressément mis en doute le critère formulé dans *Bhinder* fournit un fondement juridique permettant de déroger à la jurisprudence antérieure sans enfreindre la doctrine du *stare decisis*. Il n’y aurait aucun avantage à revenir ou à s’accrocher à un critère d’évaluation du risque qui ne reflète pas notre conception évolutive des droits de la personne. Par conséquent, le critère «minimal» auquel le tribunal a eu recours constitue un motif suffisant pour justifier l’annulation de sa décision. C’est une erreur de droit que d’appliquer un critère minimal d’appréciation du risque qui ne correspond pas au droit établi. Une fois reconnu et appliqué le critère approprié, la question de savoir si une situation y correspond est une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

La portée du raisonnement adopté dans l’affaire *Dairy Pool* ne clarifie pas la question du seuil du risque «tolérable» ou «substantiel». L’exemple hypothétique de la société aérienne qui voudrait refuser d’embaucher les personnes souffrant de problèmes cardiaques comme pilotes commerciaux illustre bien la nature de ce problème. La personne à qui il reviendrait de décider si l’absence de problèmes coronariens constitue une exigence professionnelle justifiée devrait évaluer le risque d’erreur humaine en regard de ses conséquences potentiellement catastrophiques et, d’une façon plus générale, soupeser les objectifs des droits de la personne par rapport aux intérêts et aux attentes légitimes du public. À mon avis, ce processus exige qu’on reconnaisse explicitement les facteurs qui ont une incidence sur l’évaluation du risque relativement aux exigences professionnelles justifiées. Les éléments qui suivent vont de soi.

Premièrement, quelle est la nature de l’emploi? Deuxièmement, quelle est la probabilité empirique, et non conjecturale, d’erreur humaine? (Voir *Etobicoke*, aux pages 211 à 213.) Troisièmement, le risque d’erreur humaine se limite-t-il à des questions de santé et de sécurité? Si le seul risque encouru touche les gains financiers d’un employeur privé, doit-on lui permet-

Finally, how serious is the potential harm arising from employee failure? There is a substantial difference between serious risk of harm (a broken arm) and a risk of serious harm (death). In my view, it would be irresponsible to sweep aside briskly the impact of employee failure on its potential victims. Tribunals and human rights commissions should not, as a matter of conscience or law, be permitted to shelter behind immunity from judicial review for results which in another context might well attract civil liability. The laudable pursuit of human rights cannot be exercised responsibly in a vacuum.

With respect to the foregoing, I wish to comment briefly on the first question—the true nature of the employment being sought by the complainant. I have no difficulty in applying the “soldier first” policy in the recruitment context. Those who seek entrance in the CAF must do so on the premise that they will be called upon to perform military duties. Thus, even though it might be argued convincingly that the likelihood of musicians being placed in combat-type situations is remote that consideration must remain irrelevant when evaluating the risk of employee failure. The fact that the CAF has established a special classification (V-5), for serving members who do not meet the minimal entry visual acuity standard, does not detract from my opinion.

There is an obvious practical consideration which attests to the need for stringent minimum entry standards in the CAF. The physical capabilities of most CAF members will deteriorate as a result of the natural aging process. Because of the CAF’s particular overarching mandate, high medical standards are necessarily demanded of recruits. That is the very premise underlying the V-5 visual acuity standard discussed earlier. This category allows the CAF to accommodate those who may have devoted the better part of their life to military service. Against this backdrop, I am of the opinion that the differential treatment accorded to recruits, under the CAF’s mini-

tre d’invoquer en défense l’exigence professionnelle justifiée? Enfin, quelle est la gravité du préjudice susceptible de découler d’une erreur humaine? Il existe une différence de taille entre un risque sérieux de préjudice (une fracture au bras) et un risque de préjudice sérieux (la mort). Selon moi, il serait irresponsable d’écarter du revers de la main les conséquences de l’erreur humaine sur ses victimes éventuelles. Les tribunaux et les commissions des droits de la personne ne doivent pas être autorisés, ni moralement ni en droit, à se réfugier derrière leur immunité face au contrôle judiciaire pour prendre des décisions dont les résultats pourraient bien, dans un autre contexte, engager leur responsabilité civile. On ne peut poursuivre, de façon responsable, l’objectif louable de la promotion des droits de la personne sans tenir compte de la réalité.

En ce qui a trait aux éléments qui précèdent, je voudrais traiter brièvement de la première question, soit de celle de la véritable nature de l’emploi que veut obtenir la plaignante. Je ne vois aucune objection à adopter la politique du «soldat d’abord» dans le contexte du recrutement. Les personnes qui essaient de s’enrôler dans les FAC doivent tenir pour acquis qu’elles seront appelées à s’acquitter de tâches militaires. Par conséquent, bien qu’on puisse prétendre de façon persuasive que les musiciens ont très peu de chances de se retrouver dans une situation de combat, il ne faut attribuer aucune pertinence à cet élément pour évaluer le risque d’erreur humaine. Le fait que les FAC aient établi une catégorie spéciale (V-5) pour les membres en service dont l’acuité visuelle ne satisfait pas aux normes applicables à l’enrôlement n’y change rien.

Une considération évidente d’ordre pratique confirme la nécessité de fixer des normes minimales sévères pour l’enrôlement dans les FAC. Les aptitudes physiques de la plupart des membres des FAC iront en se détériorant en raison du processus naturel de vieillissement. Compte tenu du mandat particulier primordial des FAC, il faut nécessairement appliquer des normes médicales élevées aux recrues. C’est la prémisse même qui est à l’origine de la norme d’acuité visuelle V-5. Cette catégorie permet aux FAC de composer avec les personnes qui ont peut-être consacré les meilleures années de leur vie à l’armée. Dans ce contexte, j’estime que le traitement dif-

mum entry standards, has a rational basis compatible with the objectives of the Act.

(c) A Reasonable Alternative—Individual Testing

The Commission's final argument is that the complainant should be allowed to become a member of the CAF if she successfully completes its basic training programme. The CAF objects on the grounds that the complainant is only entitled to "individual testing" in respect of her visual acuity and that her visual disability would expose her and other CAF members to risk of injury during basic training.

Should the "substantial" standard for risk assessment lead to the conclusion that the CAF's uncorrected visual acuity standard is a BFOR, this would leave unanswered whether there is an alternative and more reliable method of ascertaining the risk presented by the complainant. In my view, the Commission's position finds no support in the jurisprudence: *Canada (Attorney General) v. Saint Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.); *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; and *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297.

To accept the Commission's argument, it is necessary to assume that basic training is intended to and does in fact replicate wartime conditions. If that assumption is invalid, then nothing is to be gained by allowing the complainant to undertake basic training. On this point, the Tribunal observed that "[basic training] is probably not a very good testing procedure to measure how an individual will perform in a real emergency, or in a wartime situation" (Tribunal's reasons, at page D/216). The Tribunal also invoked the reasoning in *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Can. Trib.). Therein, the tribunal held that "the hazards and stresses of military life cannot be replicated" and went on to conclude that "[individual] assessments would be inappropriate because of the difficulty, if not the impossibility, of replicating field

férentiel des recrues qui doivent satisfaire à des normes minimales pour être admises dans les FAC repose sur un fondement rationnel compatible avec l'objet de la Loi.

c) Une mesure de rechange raisonnable—L'examen individuel

Le dernier argument de la Commission porte que la plaignante devrait être autorisée à s'enrôler dans les FAC si elle réussit le programme de formation de base. Les FAC s'y opposent au motif que la plaignante n'a droit à un «examen individuel» qu'en ce qui a trait à son acuité visuelle et que sa déficience visuelle exposerait la plaignante et les autres membres des FAC à des risques au cours du programme de formation de base.

Si, par application du critère du risque «substantiel», la norme d'acuité visuelle sans correction des FAC était considérée comme une exigence professionnelle justifiée, il faudrait néanmoins trancher la question de savoir s'il existe une autre façon, plus fiable, d'évaluer le risque que représente la plaignante. Selon moi, la jurisprudence n'appuie pas la position de la Commission: *Canada (Procureur général) c. Saint Thomas et la Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.); *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; et *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

Pour accueillir l'argument de la Commission, il faut tenir pour acquis que la formation de base a pour objet et pour résultat de reproduire une situation de guerre. Si tel n'est pas le cas, il ne sert à rien de permettre à la plaignante de suivre ce programme de formation. Sur ce point, le tribunal a déclaré que la «valeur [de la formation de base] en tant qu'instrument d'évaluation du rendement d'une personne dans une situation réelle d'urgence ou de guerre n'est probablement pas très élevée» (motifs du tribunal, aux pages D/216 et D/217). Le tribunal s'est aussi référé à la décision *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Trib. can.). Dans cette affaire, le tribunal a statué que «les risques et les tensions de la vie militaire ne peuvent être reproduits» et a conclu que les «évaluations [individuelles] seraient inappropriées en raison de la

conditions” (*Galbraith*, at pages D/6524-D/6525). In the present case, the Tribunal agreed with these observations. In my view, they are persuasive.

Even if basic training did duplicate wartime conditions sufficiently to evaluate the complainant’s ability to function effectively, I would be unwilling to risk the personal safety of her and other CAF members. As the tribunal in *Galbraith* adroitly observed, “one need not experiment with the likelihood of failure in order to gather statistical data in jobs which endanger public safety” (*Galbraith*, at page D/6514). In the circumstances, I see no basis on which to interfere with the Tribunal’s conclusion that basic training is an ineffective method for evaluating the risk of employee failure.

V

I would allow the application, set aside the decision of the Tribunal rendered on August 2, 1991, and remit the matter to the Tribunal for a determination in a manner consistent with the reasons herein.

difficulté, voire de l’impossibilité, de reproduire les conditions qui existent sur le terrain» (*Galbraith*, aux pages D/6524 et D/6525). En l’espèce, la tribunal a souscrit à ces observations. J’estime qu’elles sont convaincantes.

Même si la formation de base reproduisait assez bien les conditions de guerre pour permettre d’évaluer la capacité de la plaignante de fonctionner efficacement, je n’accepterais pas de mettre en péril sa sécurité et celle des autres membres des FAC. Comme l’a affirmé avec justesse le tribunal dans l’affaire *Galbraith*, «il n’est pas nécessaire qu’il y ait risque d’erreur humaine pour recueillir des données statistiques à l’égard d’emplois mettant en danger la sécurité du public» (*Galbraith*, à la page D/6514). Dans les circonstances, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du tribunal portant que la formation de base ne permettrait pas d’évaluer efficacement le risque d’erreur humaine.

V

J’accueillerais la demande, j’annulerais la décision rendue par le tribunal le 2 août 1991 et je renverrais l’affaire au tribunal pour qu’il rende une décision conforme aux présents motifs.