

A-664-91	A-664-91
<b>Attorney General of Canada (Applicant)</b>	<b>Procureur général du Canada (requérant)</b>
v.	c.
<b>James Robinson and Canadian Human Rights Commission (Respondents)</b>	<b>James Robinson et Commission canadienne des droits de la personne (intimés)</b>
<i>INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ROBINSON (C.A.)</i>	<i>RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ROBINSON (C.A.)</i>

Court of Appeal, Mahoney, Stone and Robertson, J.J.A.—Ottawa, March 3 and May 24, 1994.

*Armed forces — Epileptic soldier, flight engineer, classified as medically unfit to serve in any trade in Canadian Armed Forces because of physical disability — Blanket exclusion of epileptics bona fide occupational requirement for all trades in CAF — “Soldier first” policy — Soldiers liable for combat duty pursuant to National Defence Act — Fact soldiers in support positions less likely to be assigned to combat duty irrelevant.*

*Human Rights — Bona fide occupational requirement — Blanket exclusion of epileptics bona fide occupational requirement for all trades in Canadian Armed Forces — “Sufficient risk of employee failure” test applicable — Whether individual testing “practical alternative” to adoption of discriminatory rule where rule would extend to those liable to perform combat duty — No duty to accommodate in direct discrimination cases.*

The respondent Robinson, a flight engineer who had served in the Armed Forces for 21 years, was diagnosed as having epilepsy. Although he then applied for the position, for which he was qualified, of Alcoholism Counsellor at the CAF's Prairie Region Alcohol Rehabilitation Clinic, he was turned down and released from the Forces on the basis of its “seizure free” policy. This was an application to set aside the decision of the Canadian Human Rights Tribunal that the CAF had discriminated against the respondent on the basis of a disability. The respondent alleged that the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade was a discriminatory practice prohibited by section 7 of the *Canadian Human Rights Act*.

*Held*, the application should be allowed.

The first preliminary objection, that the Tribunal had exceeded its jurisdiction, was without foundation. The fact that the Tribunal concluded that the CAF's “seizure free” policy violated section 10 of the *Canadian Human Rights Act* whereas

Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et Robertson, J.C.A.—Ottawa, 3 mars et 24 mai 1994.

*Forces armées — Soldat épileptique, mécanicien de bord, déclaré inapte à exercer tout métier au sein des Forces armées canadiennes en raison d'une déficience — La politique générale excluant tous les épileptiques est une exigence professionnelle justifiée pour tous les métiers au sein des FAC — Politique du «soldat d'abord» — La Loi sur la défense nationale assujettit les soldats à l'obligation d'exercer des fonctions de combat — Le fait que les soldats exerçant un rôle de soutien soient moins susceptibles d'être affectés à des fonctions de combat n'est pas pertinent.*

*Droits de la personne — Exigence professionnelle justifiée — L'exclusion générale de tous les épileptiques est une exigence professionnelle justifiée pour tous les métiers au sein des Forces armées canadiennes — Le critère du «risque suffisant d'erreur humaine» s'applique — Analyse de la question de savoir si un examen individuel constituerait une «solution pratique autre» que l'adoption d'une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s'appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d'exercer des fonctions de combat — Il n'existe pas d'obligation d'accommodement dans les cas de discrimination directe.*

L'intimé Robinson, un mécanicien de bord, était membre des Forces armées depuis vingt-et-un ans lorsqu'on a diagnostiqué qu'il souffrait d'épilepsie. Il a posé sa candidature au poste de conseiller en matière d'alcoolisme à la Clinique de réadaptation pour alcooliques de la région des prairies des FAC. Bien qu'il ait été admissible à ce poste, sa candidature a été rejetée et il a été libéré des Forces armées par application de la politique des «militaires exempts de crises». La demande visait l'annulation de la décision par laquelle le tribunal canadien des droits de la personne a statué que les FAC avaient fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l'égard de l'intimé. L'intimé soutenait que l'omission des FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier constituait un acte discriminatoire interdit par l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

La première objection préliminaire portant que le tribunal avait outrepassé sa compétence n'était pas fondée. Le fait que le tribunal ait conclu que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC contrevenait à l'article 10 de la *Loi cana-*

the complaint was based on section 7 of the Act was irrelevant. The second preliminary objection was that the Tribunal considered issues beyond those raised in the complainant's form. It considered not only whether the respondent had been discriminated against in not receiving the position of Alcoholism Counsellor, but also whether the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade was discriminatory. These two allegations were indistinguishable and the parties debated both before the Tribunal. Complaint forms are not criminal indictments. In the human rights context, there must be actual prejudice. No evidence of such prejudice was adduced herein.

Since there was no duty to accommodate in cases of direct discrimination and since the CAF's "seizure free" policy was directly discriminatory, the CAF had no legal duty to accommodate the respondent by transferring him to another trade.

*Per Stone J.A. (Mahoney J.A. concurring):* The medical standard at issue was objectively justified, and therefore a *bona fide* occupational requirement, because of the requirement, based on section 33 of the *National Defence Act*, that all members of the regular force must engage in combat as and if called upon to do so or if the circumstances otherwise require. There could be no derogating from the statutorily imposed obligation that rested on Robinson as a member of the regular force rendering him "liable to perform any lawful duty." The fact that members of the CAF in support positions were less likely to be called upon to perform combat duties was irrelevant.

With respect to the sufficiency of risk of employee failure, the test laid down by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke* was applicable. Therefore the application of a "substantial risk" standard by the Tribunal was an error of law. The possibility of individual testing as a "practical alternative" may be an appropriate factor to be considered in some circumstances. When the Tribunal hears this matter anew, since it was remitted to it, it must consider whether this was a case where a practical alternative to the discriminatory rule was available considering that the rule would extend to individuals who are liable to perform a combat duty.

*Per Robertson J.A. (concurring in the result):* The tripartite test set out and applied by the Tribunal indicated a basic misunderstanding of the relevant case law. The Tribunal reasoned that the CAF was required to prove that: (i) epileptics presented a sufficient risk of employee failure to warrant their general exclusion; (ii) it was impossible to individually assess the risk presented by each epileptic in the CAF; and (iii) the blanket exclusion of epileptics was not an excessive or disproportionate means of ensuring that persons in the CAF posed an acceptable risk of employee failure. (i) It erred in adopting the

*dienné sur les droits de la personne*, alors que la plainte était fondée sur l'article 7 de la Loi, n'était pas pertinent. La deuxième objection préliminaire portait que le tribunal avait porté son analyse au-delà des allégations énoncées dans la plainte. Il n'a pas décidé uniquement si l'intimé avait été victime de discrimination du fait qu'il n'avait pas obtenu le poste de conseiller en matière d'alcoolisme, mais aussi si l'omission des FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier constituait un acte discriminatoire. Ces deux allégations ne peuvent être distinguées l'une de l'autre et les parties les ont traitées toutes les deux devant le tribunal. Les formules de plainte ne sont pas des actes d'accusation en matière criminelle. Dans le contexte des droits de la personne, il faut qu'un préjudice ait effectivement été subi. Aucune preuve d'un préjudice n'a été soumise.

Étant donné qu'il n'existe pas d'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe et que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC crée une discrimination directe, les FAC n'avaient pas d'obligation en droit d'accommoder l'intimé en le mutant à un autre métier.

Le juge Stone, J.C.A. (le juge Mahoney, J.C.A., a souscrit à ces motifs): La norme médicale en cause se justifiait objectivement et constituait par conséquent une exigence professionnelle justifiée du fait que tous les membres de la force régulière sont tenus, en application de l'article 33 de la *Loi sur la défense nationale*, de participer au combat si on le leur demande ou si les circonstances l'exigent. Il n'est pas possible de déroger à l'obligation que la Loi impose à M. Robinson en sa qualité de membre de la force régulière et qui le rend «en permanence soumis à l'obligation de service légitime». Le fait que les membres des FAC qui exercent des rôles de soutien soient moins susceptibles d'être appelés à exercer des fonctions de combat n'est pas pertinent.

En ce qui a trait au caractère suffisant du risque d'erreur humaine, le critère établi dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke* s'appliquait. Par conséquent, l'application par le tribunal du critère dit du risque «substantiel» constitue une erreur de droit. Il peut être approprié, dans certaines circonstances, de tenir compte de la possibilité d'un examen individuel comme «solution pratique autre» que l'adoption d'une règle discriminatoire. Lorsque le tribunal entendra à nouveau l'affaire, qui lui est renvoyée, il devra se demander s'il s'agit d'un cas où il serait possible d'avoir recours à une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s'appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d'exercer des fonctions de combat.

Le juge Robertson, J.C.A. (motifs concordants quant au résultat): Le critère en trois volets énoncé et appliqué par le tribunal révèle qu'il avait une perception fondamentalement erronée de la jurisprudence pertinente. Le tribunal a déclaré que les FAC devaient faire la preuve: (i) que les épileptiques présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion générale; (ii) qu'il est impossible d'évaluer individuellement le risque que présente chaque épileptique dans les FAC et (iii) que l'exclusion générale des épileptiques ne constitue pas un moyen excessif ou disproportionné d'assurer que

“substantial” standard to quantify the risk necessary to establish a BFOR. (ii) Further, the Tribunal’s assumption that individual assessment must be ordered if at all possible seemed to conflate the analysis of a BFOR’s validity with that which is demanded to ascertain whether a rule has been cast too broadly to be reasonably necessary. (iii) Finally, the Tribunal erred in conceiving proportionality as a separate test required to prove a BFOR.

The role of individual assessment and the so-called proportionality test in deciding whether an occupational requirement is a BFOR was considered. Once an employer has established that an occupational requirement is a BFOR, there is no duty to “individually assess” all employees affected by that policy. An employee’s individual characteristics or traits remain irrelevant until such time as it is shown that the occupational requirement is not a BFOR. However, the onus is on the employer to establish that individual testing is not a practical alternative to the adoption of an occupational requirement which is *prima facie* discriminatory. In this case, the onus was on the CAF to demonstrate that the blanket “seizure free” policy was reasonably necessary, despite the fact that there were four different classifications of epilepsy and that each posed a different risk of employee failure.

To determine whether an occupational requirement is a BFOR, it is necessary to ascertain the nature of the employment involved. In this case, the issue was whether all serving members of the Forces were soldiers first and foremost, liable for combat duty. The *National Defence Act* did not require all serving members to be capable of fulfilling combat-like roles. It merely stated that all serving members were liable to perform “any lawful duty”. This permitted the CAF to adopt any policy to determine which lawful duties may be imposed upon CAF members. The CAF even admitted that thousands of its members failed to meet the minimum medical standards yet were on active service under waivers. One of the distinguishing features of a valid “lawful” duty is the consistency of its application. However, the evidence was either that the CAF did not apply the “soldier first” policy consistently or that the policy was being applied in a discriminatory manner—although the respondent was released from the Forces on the grounds that he was “unfit” for military duties including combat, he was given a medical waiver for what the CAF classified as a combat position with the Primary Reserves. It was apparent that the “soldier first” policy was merely being invoked as a legal argument which is emphasized in some cases and glossed over in others.

With respect to the quantification of risk necessary to establish a BFOR, the Tribunal erred in law in applying the so-called “substantial” standard. The correct test to establish a

les membres des FAC représentent un risque d’erreur humaine acceptable. (i) Il a commis une erreur en adoptant la norme du risque «substantiel» pour déterminer le degré de risque nécessaire à l’existence d’une EPJ. (ii) De plus, en présupposant que l’évaluation individuelle doit être ordonnée, si possible, le tribunal semble avoir confondu l’appréciation de la validité d’une EPJ et l’analyse de la question de savoir si une règle a été posée en termes trop larges pour être raisonnablement nécessaire. (iii) Enfin, le tribunal a commis une erreur en considérant le critère de la proportionnalité comme un critère distinct d’appréciation d’une EPJ.

On a analysé le rôle de l’évaluation individuelle et de ce qu’on appelle le critère de la proportionnalité dans l’examen de la question de savoir si une exigence professionnelle constitue une EPJ. Lorsqu’un employeur a établi qu’une exigence professionnelle est une EPJ, il n’existe aucune obligation d’«évaluer individuellement» tous les employés touchés par cette politique. Les caractéristiques et les particularités individuelles d’un employé ne sont pas pertinentes à moins qu’il ne soit démontré que l’exigence professionnelle n’est pas une EPJ. Toutefois, c’est à l’employeur qu’il incombe d’établir que l’examen individuel ne constitue pas une solution pratique autre que l’adoption d’une exigence professionnelle de prime abord discriminatoire. En l’espèce, les FAC avaient le fardeau de démontrer que la politique générale des «militaires exempts de crises» était raisonnablement nécessaire, malgré qu’il existe quatre types différents d’épilepsie et que chacun comporte un risque d’erreur humaine différent.

Pour décider si une exigence professionnelle est une EPJ, il faut déterminer la nature de l’emploi en cause. En l’espèce, il s’agissait de déterminer si tous les membres des Forces armées sont d’abord et avant tout des soldats, soumis à l’obligation d’exercer des fonctions de combat. La *Loi sur la défense nationale* n’exige pas que tous les membres des FAC soient en mesure d’exécuter des fonctions de combat. Elle prévoit simplement que tous les membres en service sont soumis à l’obligation de «service légitime». Elle permet aux FAC d’adopter toute politique précisant quel service légitime peut être requis des membres des FAC. Les FAC ont même reconnu que des milliers de militaires ne répondent pas aux normes médicales minimales et sont toujours en service actif dans les Forces parce qu’ils bénéficient d’une exemption. L’une des caractéristiques distinctives d’une politique «légitime» valide est l’uniformité de son application. Toutefois, la preuve produite établit soit que les FAC n’appliquent pas la politique du «soldat d’abord» de façon uniforme, soit que cette politique est appliquée de façon discriminatoire—bien que le plaignant ait été libéré des Forces au motif qu’il était inapte aux fonctions militaires, y compris aux fonctions de combat, il a obtenu une exemption de catégorie médicale pour occuper un poste, que les FAC qualifient de poste de combat, au sein de la Milice. Il semble que la politique du «soldat d’abord» a été simplement invoquée comme un argument juridique sur lequel on insiste ou que l’on atténue, selon les circonstances.

Quant au degré de risque nécessaire pour établir l’existence d’une EPJ, le tribunal a commis une erreur de droit en appliquant le critère dit du risque «substantiel». Le critère approprié

BFOR, as laid down by the Supreme Court of Canada in *Etobicoke*, was whether there was a "sufficient risk of employee failure".

d'appréciation d'une EPI, énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Etobicoke*, était celui de savoir s'il existait un «risque suffisant d'erreur humaine».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. St. Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.); *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; *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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.

##### REFERRED TO:

*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; *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209; (1987), 40 D.L.R. (4th) 586 (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.); *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Can. Trib.); *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.).

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal (*Robinson v. Canada (Armed Forces)* (1991), 15

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10a), 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. 33(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 15), 34(1) (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Canada (Procureur général) c. St. Thomas et Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.); *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; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *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.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*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; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *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.); *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; (1990), 34 C.C.E.L. 179; 91 CLLC 17,011 (C.A.); *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501; 89 CLLC 17,021 (Trib. can.); *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.).

DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE d'une décision (*Robinson c. Canada (Forces armées)* (1991), 15 C.H.R.R. D/95 (Trib. can.)) par laquelle le

C.H.R.R. D/95 (Can. Trib.)) that the Canadian Armed Forces had discriminated against the respondent Robinson on the basis of a disability when it released him after he had been diagnosed as having epilepsy. Application allowed.

COUNSEL:

*Barbara A. McIsaac, Q.C. and Frederick Woyiwada* for applicant. b

*Peter C. Engelmann and William F. Pentney* for respondent Canadian Human Rights Commission.

No one appearing for respondent James Robinson. c

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant. d

*General Counsel, Canadian Human Rights Commission, Ottawa,* for respondent Canadian Human Rights Commission.

*James Robinson, Belleville, Ontario,* for respondent James Robinson. e

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

STONE J.A.: I have had the advantage of reading in draft the reasons for judgment of my colleague Mr. Justice Robertson. He sets forth a chronology and other factual matters, which I accept. I am in agreement with the conclusion reached by my colleague and also with his treatment of the preliminary objection and duty to accommodate. I have difficulty, however, with his treatment of the policy of "soldier first". This requires me to adopt a different approach to the question of individual testing in this case. h

One of the arguments addressed to the Tribunal [(1991), 15 C.H.R.R. D/95] was that the medical standard at issue was objectively justified because of the requirement that all members of the regular force must engage in combat as and if called upon to do so or if circumstances otherwise require. The Tribunal addressed this argument at pages D/129-D/132 of its decision (Appeal Book, at pages 1449-1452). The j

tribunal canadien des droits de la personne a statué que les Forces armées canadiennes avaient fait preuve de discrimination fondée sur une déficience à l'égard de l'intimé Robinson lorsqu'elles l'ont libéré après qu'on eut diagnostiqué qu'il souffrait d'épilepsie. La demande est accueillie. a

AVOCATS:

*Barbara A. McIsaac, c.r. et Frederick Woyiwada* pour le requérant.

*Peter C. Engelmann et William F. Pentney* pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

Personne n'a comparu pour l'intimé James Robinson.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.

*Avocat principal, Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa,* pour l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne.

*James Robinson, Belleville, Ontario,* pour l'intimé James Robinson.

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

LE JUGE STONE, J.C.A.: J'ai eu l'occasion de lire l'ébauche des motifs du jugement de mon collègue, le juge Robertson. Ils contiennent un exposé chronologique et d'autres énoncés de fait, auxquels je souscris. Je suis d'accord avec la conclusion formulée par mon collègue et avec la façon dont il a traité l'objection préliminaire et l'obligation d'accommodement. J'ai toutefois certaines réticences en ce qui a trait à son analyse de la politique du «soldat d'abord». Je dois donc aborder la question de l'examen individuel d'une manière différente.

L'un des arguments présentés au tribunal [(1991), 15 C.H.R.R. D/95] porte que la norme médicale en cause se justifiait objectivement du fait que tous les membres de la force régulière sont tenus de participer au combat si on le leur demande ou si les circonstances l'exigent. Le tribunal a examiné cet argument aux pages D/129 à D/132 de sa décision (dossier d'appel, aux pages 1449 à 1452). Cet argument se

argument is based upon a policy reflected in subsection 33(1) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 15], that a member of the regular force is “at all times liable to perform any lawful duty” and, further, that such member is liable to perform other services in the circumstances set forth in subsection 34(1) [as am. *idem*].<sup>1</sup>

It is true, as my colleague points out, that on November 1, 1985, Mr. Robinson was transferred to the Primary Reservists as an on-ground Sergeant Flight Engineer and that he received a medical waiver for this purpose. It is also clear, as the Tribunal found, that as a primary reservist Mr. Robinson could be called up automatically in the event of war. The Tribunal also found that many members of the Armed Forces continue to be such only because they were granted medical waivers.

That said, I do not see how the military obligations that bind members of the regular force by virtue of the statute can be over-ridden by the expedients of internal organization in the Armed Forces, whatever those may be at any particular time. Nor would it seem to matter that the Armed Forces may have ignored the *raison d'être* of its own medical standard by transferring Mr. Robinson to the Primary Reservists and thereby rendered him liable for active service in the event of war, or that others may have been allowed to remain in the Armed Forces on the strength of medical waivers. As I see it, there can be no derogating from the statutorily imposed obligation that rested on Mr. Robinson as a member of the regu-

fonde sur une politique qui se reflète dans le paragraphe 33(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 15], selon laquelle tout membre de la force régulière est «en permanence soumis à l'obligation de service légitime» et peut en outre être tenu de rendre d'autres services dans les circonstances énoncées au paragraphe 34(1) [mod., *idem*].<sup>1</sup>

Il est vrai, comme mon collègue le souligne, que le 1<sup>er</sup> novembre 1985, M. Robinson a été muté à la Milice en qualité de mécanicien de bord au sol avec le grade de sergent et qu'il a obtenu une exemption de sa catégorie médicale à cet effet. Il est aussi établi, comme l'a conclu le tribunal, que M. Robinson pouvait, en sa qualité de membre de la Milice, être mobilisé automatiquement en cas de guerre. Le tribunal a aussi conclu qu'un grand nombre de militaires demeurent membres des Forces armées uniquement parce qu'ils bénéficient d'une exemption de leur catégorie médicale.

Cela dit, je ne vois pas comment les obligations militaires que la loi impose aux membres de la force régulière pourraient être écartées par les expédients de l'organisation interne des Forces armées, peu importe ce en quoi ils consistent à une époque donnée. Il ne me paraît pas importer non plus que les Forces armées aient passé outre la raison d'être de leur propre norme médicale en mutant M. Robinson à la Milice, l'obligeant ainsi à entrer en service actif en cas de guerre, ou que d'autres militaires aient pu être autorisés à demeurer dans les Forces armées grâce à une exemption de leur catégorie médicale. Selon moi, il n'est pas possible de déroger à l'obligation que la loi impose à M. Robinson en sa qualité de membre de

<sup>1</sup> Ss. 33(1) and 34(1) read as follows:

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.

<sup>1</sup> Les art. 33(1) et 34(1) se lisent comme suit:

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.

lar force rendering him “liable to perform any lawful duty.”

The primary role of members of the regular force as expressed in the statute, was explained and illustrated by two of the witnesses who gave evidence at the hearing before the Tribunal—Commander Silvester and Captain MacKnie. Commander Silvester testified:

Q: What is the primary role of the Canadian Armed Forces?

A: To be prepared to do whatever the government wishes it to in cases of war.<sup>2</sup>

The evidence was clear that a member of the regular force must be able to engage in combat. As Captain MacKnie put it:

And when you put on the uniform, you are subject to two sets of law if you like, the code of service discipline and civil law. And you may be asked to do things you don't particularly like to do or want to do, but because of your training and the obligation you've assumed, you do or you resign. But that's the option.<sup>3</sup>

In his words, a member is required “to do any lawful duty in any location at any time.”<sup>4</sup>

Captain Silvester explained that he, for example, had no control over his own assignments. When asked how he had come to be assigned within the Armed Forces, he answered:

Well, part of the conditions of service are that one serves wherever and whenever required.<sup>5</sup>

Captain MacKnie testified to the same general effect:

Q. Why is it that every member has to meet the requirement of the general specification of the ranks?

A. It is the military tasks that everyone in the military is expected to do.

Q. And why are they expected to exhibit those abilities?

la force régulière et qui le rend «en permanence soumis à l'obligation de service légitime».

Le premier rôle des membres de la force régulière énoncé dans la loi a été expliqué et illustré par deux des témoins qui ont déposé à l'audience tenue devant le tribunal, savoir le commandant Silvester et le capitaine MacKnie. Le commandant Silvester a déclaré:

[TRADUCTION] Q: Quel est le premier rôle des Forces armées canadiennes?

R: Se préparer à faire ce que le gouvernement lui demande de faire en cas de guerre<sup>2</sup>.

La preuve a clairement démontré qu'un membre de la force régulière doit être apte à participer au combat. Selon le capitaine MacKnie:

[TRADUCTION] Et lorsque vous endossez l'uniforme, vous devenez assujéti à deux ensembles de lois, si vous voulez, le Code de discipline militaire et le droit civil. Et on peut vous demander de faire des choses que vous n'aimez pas particulièrement ou que vous ne voulez pas vraiment faire, mais, à cause de votre entraînement et de l'obligation que vous avez assumée, ou bien vous les faites ou bien vous démissionnez. C'est votre seul choix<sup>3</sup>.

Au dire de ce témoin, un membre est tenu [TRADUCTION] «d'accomplir toute tâche légitime, peu importe l'endroit et le moment»<sup>4</sup>.

Le commandant Silvester a expliqué, par exemple, qu'il n'avait lui-même aucun contrôle sur ses affectations. Lorsqu'on lui a demandé comment il avait reçu son affectation au sein des Forces armées, il a répondu:

[TRADUCTION] Et bien, cela fait partie des conditions que de travailler là et où on nous le demande<sup>5</sup>.

La teneur générale du témoignage du capitaine MacKnie est semblable:

[TRADUCTION] Q. Pourquoi est-ce que chaque membre doit répondre aux exigences militaires fondamentales des militaires du rang?

R. Ce sont des tâches militaires auxquelles on s'attend de tous les membres de l'armée.

Q. Et pourquoi s'attend-on à ce qu'ils possèdent ces habiletés?

<sup>2</sup> Case, Vol. 2, at p. 197.

<sup>3</sup> Case, Vol. 2, at pp. 249-250.

<sup>4</sup> Case, Vol. 2, at p. 338.

<sup>5</sup> Case, Vol. 2, at p. 200.

<sup>2</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 197.

<sup>3</sup> Preuve, vol. 2, aux p. 249 et 250.

<sup>4</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 338.

<sup>5</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 200.

A. It's part of the profession of being in the military.<sup>6</sup>

It is not in dispute that all members of the regular force do undergo basic training in the use of fire-arms. Nor do their trades exempt them from combat duties. Commander Silvester gave an illustration of a cook serving in an infantry regiment. Such a person must receive basic training in the use of weapons and is expected to fight if the need arises.<sup>7</sup> He also cited his own experience in combat situations at sea when his ship was in action, by explaining that:

... cooks ... went to the magazines and loaded guns. And they also formed part of the first aid parties and firefighting teams, and then any number of other things they may have been required to do.<sup>8</sup>

There is no doubt a practical distinction between combat and non-combat or support roles in the Armed Forces. However, it does not follow from this that every member will inexorably engage in actual combat even though the duty to so engage is always present. The exigencies of the situation at hand no doubt dictate the need and obligation to so engage. Captain Silvester made this clear when testifying in response to questions put by a member of the Tribunal:

MR. PROULX: Maybe one question: I understand if I'm correct that there are two roles in the Canadian Forces, the combat roles and support roles; is that correct or is that precise?

THE DEPONENT: Not to call them roles. No. The roles are listed here, and the other ones that I talked about earlier as—we missed it here—under 'Canadian Forces Roles' in Tab 2 . . . . One can be in the position of either combat or support, based on one's training and one's military occupation. But ones does not preclude the other.

One can be primarily in a support trade, but still be in a combat position. And one can be in a combat position or combat trade primarily, but spend some time in the support role. So one is not necessarily always and forever in one or the other.

MR. PROULX: Is it clear cut division of roles or just—

<sup>6</sup> Case, Vol. 2, at p. 262.

<sup>7</sup> Case, Vol. 2, at p. 233.

<sup>8</sup> Case, Vol. 2, at p. 236.

R. Ça fait partie de la profession de militaire<sup>6</sup>.

Il n'est pas contesté que tous les membres de la force régulière suivent une formation de base en maniement des armes à feu. Leur métier ne les exempte pas de leurs obligations de combat. Le commandant Silvester a cité l'exemple d'un cuisinier faisant partie d'un régiment d'infanterie. Une personne comme celle-là doit recevoir une formation de base en maniement des armes et on s'attend à ce qu'elle participe au combat au besoin<sup>7</sup>. Il a aussi fait état de son expérience personnelle en situation de combat en mer lorsque son bateau était en action:

[TRADUCTION] ... les cuisiniers ... venaient au magasin et chargeaient des fusils. Ils faisaient aussi partie des équipes de premiers soins et de lutte contre les incendies, et puis toutes sortes d'autres choses qu'on pouvait leur demander de faire<sup>8</sup>.

Il existe certes une distinction pratique entre les postes de combat et les postes de soutien dans les Forces armées. Il ne s'ensuit toutefois pas que tous les membres des Forces armées participeront inévitablement à un combat réel, bien qu'ils demeurent en permanence soumis à cette obligation. Ce sont sans aucun doute les contraintes de la situation qui commandent qu'ils y participent et qu'ils y soient tenus. Le commandant Silvester l'a clairement établi dans son témoignage lorsqu'il a répondu aux questions de l'un des membres du tribunal:

[TRADUCTION] M. PROULX: J'aurais peut-être une question: Si je comprends bien, il existe deux types de rôles dans les Forces canadiennes, les rôles de combat et les rôles de soutien; est-ce exact ou est-ce bien cela?

LE TÉMOIN: On ne peut pas appeler cela des rôles. Non. Les rôles sont énumérés ici et les autres dont j'ai parlé plus tôt comme—nous n'avons pas compris—en vertu des «Canadian Forces Roles» à l'onglet 2 . . . . Quelqu'un peut occuper un poste de combat ou de soutien, selon sa formation et sa profession militaire. Mais l'un n'exclut pas l'autre.

Quelqu'un peut exercer principalement un métier de soutien, mais se retrouver quand même dans un poste de combat. Quelqu'un d'autre peut exercer un métier de combat ou occuper un poste de combat, principalement, mais consacrer un certain temps à un rôle de soutien. On n'est pas nécessairement pour toujours d'un côté ou de l'autre.

M. PROULX: Est-ce une division bien nette des rôles ou seulement—

<sup>6</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 262.

<sup>7</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 233.

<sup>8</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 236.



THE DEPONENT: That's difficult to answer, sir, but I would say, no. It's not clear cut at all and that's why it's so difficult to answer. Although, it appears from the way a military occupation is described that it is one or the other. Anybody in the military is liable to perform a military or combat duty.<sup>9</sup>

And under cross-examination, he testified:

Q. Well, let me ask you a question and give you an example, and if you don't know just say so: People in the support roles, as you've called them would it be fair to say that their primary training would be in those areas? *b*

A. Primary training in what areas?

Q. In the trades, as opposed to in military duties? *c*

A. That's difficult to quantify. If I said yes, then I'm ignoring the fact that they—depending on where they are, they aren't necessarily in the rear with the gear. They may well be forward deploy even though they're in support roles. And in which case they would be trained competently as a combatant.<sup>10</sup> *d*

With respect to one aspect—the requirement that all members undergo training in nuclear, biological or chemical defence,—Captain MacKnie testified: *e*

Q. Does training in that particular field of endeavour necessarily imply that you will ever be involved in nuclear, biological or chemical defence? *f*

A. No, it does not.

Q. If none of those things imply that you won't necessarily be involved in those activities, why do you do them? *g*

A. Because one never knows when one will be involved in such activities. Therefore it's a matter of giving all individuals a minimum amount of training so that they can perform that if it's necessary.<sup>11</sup>

It is a fair inference that all basic training is designed to serve the same general purpose. *h*

In rejecting the applicant's argument that the BFOR in question was reasonably necessary to ensure the efficient performance of the job without endangering Mr. Robinson, his fellow members of the Armed Forces and the general public, the Tribunal stated [at pages D/128-D/129]: *i*

<sup>9</sup> Case, Vol. 2, at pp. 238-239.

<sup>10</sup> Case, Vol. 2, at pp. 231-232.

<sup>11</sup> Case, Vol. 2, at p. 267.

LE TÉMOIN: C'est difficile de répondre, Monsieur, mais je dirais non. Ce n'est pas très bien tranché et c'est pour ça que c'est difficile de répondre. Même si la description d'un poste militaire peut faire croire qu'il s'agit de l'un ou de l'autre. Toutes les personnes qui font partie de l'armée peuvent être tenues d'accomplir des tâches militaires ou de combat.<sup>9</sup> *a*

En contre-interrogatoire, il a déclaré:

[TRADUCTION] Q. Permettez-moi de vous poser une question et de vous donner un exemple; si vous ne savez pas, dites-le moi simplement: les personnes qui ont des rôles de soutien, comme vous les avez appelés, serait-il juste de dire qu'elles ont reçu leur formation principale dans ces domaines?

R. Leur formation principale dans quels domaines?

Q. Dans leur métier plutôt que dans leurs tâches militaires?

R. C'est difficile à évaluer. Si je réponds oui, je ne tiens pas compte du fait qu'elles—selon l'endroit où elles se trouvent, elles ne restent pas nécessairement à l'arrière avec le matériel. Elles pourraient très bien être déployées à l'avant, même si elles exercent un rôle de soutien. Si le cas se présentait, elles auraient reçu une formation adéquate de combattant.<sup>10</sup>

En ce qui a trait à l'exigence voulant que tous les membres des Forces armées reçoivent une formation en défense nucléaire, biologique et chimique, le capitaine MacKnie a déclaré:

[TRADUCTION] Q. L'entraînement dans ce domaine particulier signifie-t-il nécessairement que vous participerez un jour à des fonctions de défense nucléaire, biologique ou chimique? *f*

R. Non.

Q. Si aucune de ces choses ne signifie que vous participerez nécessairement à ces activités un jour, pourquoi les faites-vous? *g*

R. Parce qu'on ne sait jamais quand on va participer à ces activités. C'est donc une question de donner à chaque personne une formation minimale pour qu'elle puisse fonctionner si c'est nécessaire.<sup>11</sup>

On peut à juste titre déduire que toute la formation de base vise le même objectif général. *h*

Lorsqu'il a rejeté la prétention du requérant selon laquelle l'EPJ en cause était raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace du travail sans mettre en danger M. Robinson, les autres membres des Forces armées et le public en général, le tribunal a déclaré [aux pages D/128 et D/129]: *i*

<sup>9</sup> Preuve, vol. 2, aux p. 238 et 239.

<sup>10</sup> Preuve, vol. 2, aux p. 231 et 232.

<sup>11</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 267.

Considering the variation in risk between trades, the respondent has not succeeded in persuading the Tribunal that epileptics as a group pose a sufficiently higher safety hazard to warrant excluding them from all the trades carried on in the Forces. When it can be established scientifically that the risk that an epileptic who is controlled as the complainant is might have a seizure is from 3 to 6 percent and that he is also likely to be warned by an aura, it is hard to see how it could be concluded that there would be an unacceptable increase in risk for himself or for others in positions involving as little danger as those of aero frame or aero engine technicians. In our opinion, the complainant presents a negligible risk in the context of performing a ground support function. Thus, the respondent has not persuaded the Tribunal that the complainant constitutes a sufficient risk, within the meaning of the *Etoibicoke* case, in performing such a function.

However, the respondent claims that, on the one hand, every member of the Forces is liable to be called upon for combat duty and that, on the other hand, he could have trouble getting his medication supplied on the battlefield. We feel that both of these arguments are hypothetical, indeed specious. The evidence has revealed that the possibility of a member being transferred from a support position to a combat position is implausible because combat requires special training, which is given specifically to members who have chosen to carry on specialized combat trades. Moreover, Captain MacKnie conceded that the occupational requirements known as the General Specifications Other Ranks (GSOR) concerning the skills required with respect to firearms, which are aimed at seeing to it that every member of the Forces can be called upon to go to combat, are not the subject of regular training. However, according to him, such training is necessary in order to retain these minimum qualifications. Both Sergeant Robinson and the officers who testified before the Tribunal confirmed that they had not been trained regularly for the purely military requirements necessary for the combat function. Captain MacKnie even admitted that he had not received such training for thirteen years. In other words, the respondent has failed to demonstrate that a member of the Forces assigned to a support function, in particular one as highly specialized as that of flight engineer or aviation technician, is likely to be "remustered" to a combat position. Nor was an attempt made to prove that such a possibility is practical. How many flight engineers or technicians specialized in military aircraft maintenance have been transferred to a combat function over, for example, the last ten years? Evidence to answer this question should have been given in order to demonstrate that the requirement of unlimited mobility is anything other than a hypothetical statement.<sup>12</sup>

I have difficulty with some specific aspects of these passages. While I agree that training of support personnel in the use of firearms on a regular basis was not always done, there can be no question that

<sup>12</sup> Case, Vol. 10, at pp. 1450-1452.

Compte tenu de la dangerosité [*sic*] très variable des métiers, l'intimée n'a pas réussi à convaincre le tribunal que les épileptiques, comme groupe, constituent un facteur d'accroissement du risque suffisamment élevé pour justifier leur exclusion de tous les métiers exercés dans les Forces. Lorsqu'on peut établir scientifiquement qu'un épileptique contrôlé comme le plaignant ne présente qu'un risque de 3 % à 6 % d'avoir une crise dont il est susceptible au surplus d'être prévenu par une aura, on voit mal comment on pourrait conclure à un accroissement inacceptable du risque pour lui-même ou pour autrui dans des postes aussi peu dangereux que ceux de techniciens de cellules ou de moteurs d'avion. Selon nous, le plaignant présente un risque négligeable dans le contexte de l'exercice d'une fonction de soutien au sol. L'intimée n'a donc pas convaincu le tribunal que le plaignant constitue un risque suffisant au sens d'*Etoibicoke* dans l'exercice d'une telle fonction.

L'intimée prétend toutefois que, d'une part, tout militaire est susceptible d'être appelé au combat et que, d'autre part, il pourrait avoir des difficultés d'approvisionnement de son médicament sur le champ de bataille. Nous sommes d'avis que ces deux arguments sont théoriques, voire spécieux. La preuve a démontré que la possibilité qu'un militaire soit transféré d'un poste de soutien à un poste de combat est peu plausible puisque le combat exige une formation précise accordée spécifiquement aux militaires qui ont choisi d'exercer des métiers spécialisés dans le combat. Le capitaine MacKnie a du reste concédé que les exigences professionnelles à l'égard des non-officiers [General Specifications Other Ranks (GSOR)] sur les connaissances requises en matière d'armes à feu, exigences visant à faire en sorte que tout militaire puisse être appelé à aller au combat, ne font pas l'objet d'un entraînement régulier. Or, selon lui, un tel entraînement est nécessaire pour pouvoir conserver ces qualifications minimales. Qu'il s'agisse du sergent Robinson ou des officiers venus témoigner devant le tribunal, ils ont tous confirmé qu'ils n'avaient pas été entraînés régulièrement aux exigences purement militaires nécessaires à la fonction de combat. Le capitaine MacKnie a même avoué ne pas avoir reçu d'entraînement à ce sujet depuis treize ans! En d'autres termes, l'intimée n'a pas réussi à prouver qu'il serait vraisemblable pour un militaire affecté à une fonction de soutien, surtout celle hautement spécialisée de mécanicien de bord ou de technicien en aéronautique, d'être muté à un poste de combat. On n'a pas tenté non plus de prouver le caractère pratique de cette possibilité. Combien de mécaniciens de bord ou de techniciens spécialisés dans l'entretien des avions militaires ont été mutés à une fonction de combat au cours, par exemple, des dix dernières années? Une preuve fournissant une réponse à cette question aurait dû être apportée afin de démontrer que l'exigence de mobilité illimitée est autre chose qu'un énoncé théorique<sup>12</sup>.

Certains aspects particuliers de ces extraits posent un problème. Bien que je sois d'accord pour conclure que le personnel de soutien n'est pas toujours entraîné régulièrement en ce qui a trait au maniement

<sup>12</sup> Preuve, vol. 10, aux p. 1450 à 1452.

basic training in such use is required and indeed received by all members of the regular force. There was also evidence from Captain MacKnie—which was not controverted—that skill in the use of firearms is quickly reacquired given the basic training already received.<sup>13</sup>

This is not the first time that the policy of “soldier first” has been the subject of argument in this Court. In *Canada (Attorney General) v. St. Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.), a case involving the fitness of a member of the Armed Forces holding a particular trade to serve in the high Arctic, in the field both in Canada and in Europe and with peacekeeping units abroad, Chief Justice Isaac noted, at page 233:

In my view, examination of this issue must take account of a contextual element to which, the Tribunal did not give sufficient consideration. It is that we are here considering the case of soldier. As a member of the Canadian Forces, the respondent, St. Thomas, was first and foremost a soldier. As such he was expected to live and work under conditions unknown in civilian life and to be able to function, on short-notice, in conditions of extreme physical and emotional stress and in locations where medical facilities for the treatment of his condition might not be available or, if available, might not be adequate. This, it seems to me, is the context in which the conduct of the Canadian Forces in this case should be evaluated.

In my opinion, the Tribunal erred in the way it dealt with the applicant’s argument. That argument was neither “hypothetical” nor “specious”. The statute rendered Mr. Robinson liable for combat duty. It is an obligation that is well understood within the Armed Forces. Those serving in support roles are not exempt. Performance of the obligation depends neither on a “transfer” to a combat role nor on re-mustering. The Tribunal’s view to the contrary led to the rejection of the applicant’s argument and to the conclusion, erroneous in my view, that somehow the applicant was required to adduce additional evidence showing the number of non-combat personnel transferred to combat functions over a period of time. That view simply ignores that the obligation is one that is imposed by statute. Administrative practice cannot work a modification. The statute binds.

<sup>13</sup> Case, Vol. 2, at p. 337.

des armes à feu, il ne fait aucun doute qu’une formation de base dans ce domaine est nécessaire et fournie à tous les membres de la force régulière. Le capitaine MacKnie a aussi rendu un témoignage non contro-versé selon lequel l’habileté dans le maniement des armes à feu peut être recouvrée facilement lorsqu’on a déjà reçu la formation de base<sup>13</sup>.

Ce n’est pas la première fois que la politique du «soldat d’abord» est débattue devant la Cour. L’affaire *Canada (Procureur général) c. St. Thomas et Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.), mettait en cause l’aptitude d’un membre des Forces armées exerçant un métier particulier à travailler dans l’extrême Arctique, sur le terrain, au Canada et en Europe, ainsi qu’avec les troupes de maintien de la paix à l’étranger. Le juge en chef Isaac a déclaré, à la page 233:

À mon avis, l’examen de cette question doit faire entrer en ligne de compte un élément contextuel que le tribunal n’a pas suffisamment pris en considération, à savoir qu’en l’espèce un soldat est en cause. En sa qualité de membre des Forces canadiennes, M. St. Thomas était d’abord et avant tout un soldat. En tant que tel, il devait vivre et travailler dans des conditions inconnues dans la vie civile et être capable de fonctionner, à bref délai, dans des conditions de stress physique et émotionnel extrême et dans des endroits où des installations médicales n’étaient peut-être pas disponibles aux fins du traitement de sa maladie ou, si elles l’étaient, n’étaient peut-être pas adéquates. Tel est, me semble-t-il, le contexte dans lequel la conduite des Forces canadiennes devrait être évaluée en l’espèce.

Selon moi, le tribunal a commis une erreur dans la façon dont il a disposé de l’argument du requérant. Cet argument n’était ni «théorique» ni «spécieux». La loi assujettissait M. Robinson à l’obligation d’exercer des fonctions de combat. Cette obligation est très bien comprise au sein des Forces armées. Les militaires qui exercent des rôles de soutien n’en sont pas exemptés. L’exécution de cette obligation ne dépend pas d’une «mutation», notamment à un rôle de combat. Comme il était d’opinion contraire, le tribunal a rejeté l’argument du requérant et a conclu, à tort selon moi, que le requérant devait produire des éléments de preuve additionnelle quelconques pour établir le nombre de militaires exerçant un rôle de soutien qui ont été mutés à des fonctions de combat pendant une certaine période. Cette opinion ne tient tout simplement pas compte du fait que cette obligation est édictée par la loi. Elle ne peut être modifiée

<sup>13</sup> Preuve, vol. 2, à la p. 337.

With respect to the sufficiency of risk, I wish only to suggest that the test laid down in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, though perhaps explained, has not been improved upon or otherwise modified by subsequent decisions. This indeed is illustrated from the passage taken by my colleague from the judgment of Chief Justice Isaac in *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.). The possibility of individual testing as a “practical alternative” to the adoption of a discriminatory rule in determining “reasonable necessity” may be an appropriate factor to be considered in some circumstances (*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, at pages 1313-1314). I should think that the Tribunal must consider whether this is a case where a practical alternative to the discriminatory rule is available considering that the rule would extend to individuals who are liable to perform a combat duty. (See *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission)*, *supra*, and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.)

In the result, I would allow this application, set aside the decision of the Tribunal and remit the matter to the Tribunal for disposition in accordance with the reasons of my colleague and with these reasons to the extent that these reasons differ from those of my colleague.

MAHONEY J.A.: I agree.

\* \* \*

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

ROBERTSON J.A.: This section 28 [*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 8)] application seeks to set aside a decision of the Canadian Human Rights Tribunal convened under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, as amended (the Act). The Tribunal concluded that the

par une pratique administrative. La loi a force obligatoire.

En ce qui a trait au caractère suffisant du risque, je désire seulement émettre l’opinion que le critère établi dans l’affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, a peut-être été expliqué, mais n’a pas été amélioré ni modifié par les décisions subséquentes. On le constate à la lecture de l’extrait, cité par mon collègue, du jugement du juge en chef Isaac dans l’affaire *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 C.F. 188 (C.A.). Il peut être approprié, dans certaines circonstances, de tenir compte de la possibilité d’un examen individuel comme «solution pratique autre» que l’adoption d’une règle discriminatoire pour apprécier la «nécessité raisonnable» (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pages 1313 et 1314). J’estime que le tribunal doit se demander s’il s’agit d’un cas où il serait possible d’avoir recours à une solution pratique autre que l’adoption d’une règle discriminatoire compte tenu que cette règle s’appliquerait à des personnes qui peuvent être tenues d’exercer des fonctions de combat. (Voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Saskatchewan (Human Rights Commission)*, *supra* et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489.)

En conséquence, j’accueillerais la demande, j’annulerais la décision du tribunal et je renverrais l’affaire au tribunal pour qu’il rende une décision compatible avec les motifs de mon collègue et avec les présents motifs dans la mesure où ils diffèrent de ceux de mon collègue.

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

\* \* \*

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

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: 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)] vise l’annulation d’une décision rendue par un tribunal canadien des droits de la personne constitué sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de*

Canadian Armed Forces (the CAF) had discriminated against the complainant, James Robinson, on the basis of a disability (reported at (1992), 15 C.H.R.R. D/95, cited to paragraph numbers). The complainant, a flight engineer, was released from the Forces after 21 years of service on the basis that he was unfit for military duties. He had been diagnosed with epilepsy.

While the complainant does not dispute his inability to serve as a flight engineer, he objects to being classified as medically unfit to serve in all other trades within the CAF. He alleges that the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade is a discriminatory practice prohibited by section 7 of the Act.

The CAF has adopted a blanket policy which requires all members of the Forces to be free of seizure disorders (the "seizure free" policy). Those who fail to meet that requirement are released from the Forces. The CAF maintains that its "seizure free" policy is a *bona fide* occupational requirement (BFOR) for all trades within the meaning of paragraph 15(a) of the Act and that, therefore, the allegation of discrimination is without legal foundation.

## I

### (a) Chronology

In 1963 the complainant joined the Royal Canadian Navy at the age of 18. He received training in a number of on-ground trades in the aviation field, including that of aero engine technician, aero frame technician and aviation technician. In 1974 he attained the position of flight engineer, which involves both on-ground and in-air duties. By 1976, he had achieved the rank of sergeant.

When the complainant began to manifest signs of a seizure disorder in December 1981, the CAF's Career Medical Review Board (CMRB) temporarily prohibited him from flying. While grounded, the complainant, a recovering alcoholic, enrolled in courses in

*la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, modifiée (la Loi). Le tribunal a conclu que les Forces armées canadiennes (les FAC) avaient fait preuve, contre le plaignant, James Robinson, de discrimination fondée sur une déficience (décision publiée (1992), 15 C.H.R.R. D/95, à laquelle je renverrai en précisant le numéro du paragraphe). Le plaignant, qui était mécanicien de bord, a été libéré des Forces après 21 ans de service, au motif qu'il n'était plus en mesure d'exercer des fonctions militaires. Selon le diagnostic posé, il souffre d'épilepsie.

Bien que le plaignant ne conteste pas son inaptitude à travailler comme mécanicien de bord, il s'oppose au fait d'être déclaré inapte, sur le plan médical, à exercer tout autre métier au sein des FAC. Il soutient que l'omission des FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier constitue un acte discriminatoire interdit par l'article 7 de la Loi.

Les FAC ont adopté une politique globale exigeant que tous les membres des Forces soient exempts de crises d'épilepsie (la politique des «militaires exempts de crises»). Ceux qui ne satisfont pas à cette exigence sont libérés des Forces. Les FAC soutiennent que leur politique des «militaires exempts de crises» est une exigence professionnelle justifiée (EPJ) pour tous les métiers au sens de l'alinéa 15a) de la Loi et que, par conséquent, l'allégation de discrimination n'est pas fondée en droit.

## I

### § (a) Exposé chronologique des faits

En 1963, le plaignant s'est enrôlé dans la Marine royale canadienne à l'âge de 18 ans. Il a reçu une formation dans un certain nombre de métiers au sol dans le domaine de l'aviation, dont ceux de technicien de moteurs d'avion, de technicien de cellules d'avion et de technicien en aéronautique. En 1974, il est devenu mécanicien de bord, métier qui comporte l'exécution de tâches tant au sol qu'en vol. En 1976, il avait atteint le grade de sergent.

Lorsque le plaignant a commencé à manifester des signes de troubles épileptiques, en décembre 1981, le Conseil de révision médicale des carrières (CRMC) des FAC lui a temporairement interdit de voler. Pendant qu'il était cloué au sol, le plaignant, qui avait

alcoholism rehabilitation and began to volunteer at the Prairie Region Alcohol Rehabilitation Clinic at Canadian Forces Base Winnipeg (the ARC) in the Phase 3, or "after care" portion of the programme. The CMRB pronounced him fit to return to his flight engineer duties on August 11, 1982.

On May 24, 1983, the complainant suffered what he described as a "grand mal" epileptic seizure (he was later diagnosed as having "complex partial" epilepsy). The CAF responded by temporarily lowering his medical category and assigning him to light duties at CFB Winnipeg. The complainant again volunteered at the ARC eventually serving as the ARC's *ad hoc* Phase 3 Coordinator. He also became involved in the Phase 2 portion of the programme (group therapy and clinical counselling) and applied for a four-year term position as a Phase 2 Alcoholism Counsellor. Although he was qualified for the position, his application was dismissed, ostensibly on the ground that no openings would be available over the next three years. On June 21, 1984, the CMRB determined that the complainant's epilepsy gave it no choice but to release him from the Forces. Four days later, the Alcoholism Counsellor position was filled by an unqualified applicant.

Although the complainant's release from the Forces took effect on January 14, 1985, his accumulated leave credits permitted him to retain his regular CAF membership until May 21, 1985. He was placed on the supplementary reserve list from May 21, 1985 until November 1, 1985, when the CMRB waived his medical requirements and employed him as an on-ground sergeant flight engineer in the primary reserves (Air). This enabled the complainant to take advantage of the federal Government's Access Programme and thereby resume his position at the ARC as the Base Alcohol Coordinator until March 31, 1986. Beginning in June 1986, and as of the date of his Tribunal hearing, the complainant was a contract employee of the Department of National Defence as a civilian Drug and Alcoholism Counsellor at the Canadian Forces Clinic in CFB Lahr, Germany.

déjà souffert d'alcoolisme, s'est inscrit à des cours visant la réadaptation des alcooliques et a commencé à travailler bénévolement à la Clinique de réadaptation pour alcooliques de la base de Winnipeg (la CRA), desservant les Prairies, dans le cadre de la Phase 3, soit la phase «post-traitement» du programme. Le CRMC l'a déclaré apte à reprendre ses fonctions de mécanicien de bord le 11 août 1982.

Le 24 mai 1983, le plaignant a subi une crise épileptique qu'il a lui-même qualifiée de «grand mal» (un diagnostic ultérieur a établi qu'il souffrait d'épilepsie «partielle complexe»). En conséquence, les FAC ont temporairement abaissé sa catégorie médicale et l'ont affecté à des travaux légers à la base de Winnipeg. Le plaignant a de nouveau fait du bénévolat à la CRA et est devenu par la suite coordonnateur *ad hoc* de la Phase 3 de la CRA. Il a aussi participé à la Phase 2 du programme (thérapie de groupe et consultation clinique), puis a posé sa candidature pour devenir conseiller en matière d'alcoolisme dans le cadre de la Phase 2, pour une période de quatre ans. Bien qu'il ait été admissible à ce poste, sa candidature a été rejetée, apparemment au motif qu'aucun poste ne serait disponible au cours des trois prochaines années. Le 21 juin 1984, le CRMC a décidé que l'épilepsie du plaignant ne lui laissait d'autre choix que de le libérer des Forces. Quatre jours plus tard, le poste de conseiller en matière d'alcoolisme a été attribué à un candidat qui n'était pas qualifié pour ce poste.

La libération du plaignant des Forces a pris effet le 14 janvier 1985, mais les congés qu'il avait accumulés lui ont permis de demeurer membre régulier des FAC jusqu'au 21 mai 1985. Son nom a été inscrit sur la liste des réservistes supplémentaires du 21 mai 1985 au 1<sup>er</sup> novembre 1985, date à laquelle il a obtenu une exemption de sa catégorie médicale du CRMC et un poste de mécanicien de bord au sol dans la Milice (aviation) avec le grade de sergent. Le plaignant a ainsi pu profiter du programme d'accès du gouvernement fédéral et réintégrer son poste de coordonnateur à la CRA de la base jusqu'au 31 mars 1986. Au mois de juin 1986, le plaignant a commencé à exercer, en qualité d'employé contractuel au ministère de la Défense nationale, les fonctions de conseiller en matière d'alcoolisme à la clinique des Forces canadiennes de la base de Lahr, en

(b) Medical Classifications and Waivers

The CAF's medical classification system measures seven factors. Only three are relevant to this application: the geographic factor (G); the occupational factor (O); and the air factor (A). A member's ability with reference to each factor is graded from 1 to 6 (7 in the case of the air factor) as determined through a medical exam. The higher the number, the more restrictions on a CAF member's potential duties.

The minimum standard for all new recruits is G2 O2. Once in the CAF, a member may drop to G3 O3 without repercussion. Upon receiving a G6 or O6 classification, the member is automatically released. With respect to persons whose medical categorizations fall in the range between G3 O3 and mandatory exclusion, the CMRB exercises a discretion to recommend "a change in classification or trade, a change in environment or employment, or release." The decision to "remuster" a member (transfer him or her to another trade) depends "on his entire file, including his performance in the trade he has to leave, his potential for promotion, his ability to carry out strictly military activities and the existence of openings in the desired trade." (Tribunal's reasons, paragraph 39, at pages D/104-D/105.)

As a result of his epileptic seizure, the complainant's medical category was permanently lowered to G4 O3 A7. In the absence of the "seizure free" policy, the CMRB would have reviewed his file to determine whether he was qualified for another trade within the Forces. The CAF conceded that the complainant could have been easily remustered to one of his former on-ground trades. However, he would have required a medical waiver.

Medical waivers are generally available as "exceptional measures". They balance the potential risk

Allemagne. Il occupait toujours ce poste à la date de l'audience tenue par le tribunal.

(b) Les catégories médicales et les exemptions

Les catégories médicales des FAC reposent sur sept facteurs. Trois d'entre eux sont pertinents en l'espèce, soit: le facteur géographique (G); le facteur professionnel (O); et l'aptitude au vol (A). L'aptitude des membres des Forces armées en rapport avec chaque facteur est évaluée au moyen d'un examen médical sur une échelle de 1 à 6 (7, pour ce qui est de l'aptitude au vol). Plus la cote est élevée, plus les fonctions qui peuvent être assignées à un membre des FAC sont limitées.

Les nouvelles recrues doivent satisfaire à la norme minimale G2 O2. Les militaires qui appartiennent déjà aux FAC peuvent voir leur cote abaissée à G3 O3 sans que ce changement entraîne de conséquences. Les membres des FAC dont la cote passe à la catégorie G6 ou O6 sont automatiquement libérés. En ce qui concerne les militaires dont la catégorie médicale se situe entre la catégorie G3 O3 et celle emportant l'exclusion obligatoire, le CRMC exerce son pouvoir discrétionnaire de recommander «un changement de catégorie ou de métier, un changement de lieu ou d'emploi, ou encore la libération». La décision de muter un membre des Forces dépend «de l'ensemble de son dossier, par exemple de sa performance dans le métier qu'il doit quitter, de son potentiel d'avancement, de sa capacité d'effectuer des activités proprement militaires et de l'existence d'ouvertures dans le métier convoité». (Motifs du tribunal, paragraphe 39, aux pages D/104 et D/105.)

À la suite de ses crises d'épilepsie, la catégorie médicale du plaignant a été abaissée de façon permanente à la catégorie G4 O3 A7. Si la politique des «militaires exempts de crises» n'avait pas existé, le CRMC aurait examiné le dossier du plaignant afin de déterminer s'il était qualifié pour exercer un autre métier au sein des Forces. Les FAC ont admis que le plaignant aurait facilement pu être muté pour exercer l'un de ses métiers antérieurs au sol. Toutefois, il aurait alors dû obtenir une exemption de sa catégorie médicale.

L'attribution d'une exemption de catégorie médicale constitue habituellement «une mesure d'except-

presented by a CAF member who falls below minimum acceptable medical standards against the Forces' requirements in a specific trade. The Tribunal accepted CAF evidence that there are apparently "several thousand members who do not meet the minimum medical standards but are still on active service in the Forces because they have received waivers." (Tribunal's reasons, paragraph 37, at page D/104.) The possibility of a medical waiver in the complainant's case was, however, pre-empted by the CAF's "seizure free" policy, which was brought into effect on September 6, 1983. Prior to that date, the CMRB exercised a discretion to lower the medical standards of diagnosed epileptics depending on the particular circumstances of each case. The "seizure free" policy dictates that persons diagnosed with epilepsy be released from the Forces if a "remediable cause" is not found within six months. The complainant's tenure with the Forces was terminated on that basis.

### (c) Epilepsy

The evidence accepted by the Tribunal discloses that epileptics are not a homogenous group. Neurological epileptic activity may be either localized or generalized; the physical symptoms of epilepsy vary widely. Persons with simple/partial epilepsy, for example, do not lose consciousness during a seizure and continue to communicate normally while exhibiting symptoms such as numbness and twitching of the hands. Others, such as persons with complex/partial epilepsy, experience seizures lasting between 30 and 45 seconds. They lose consciousness but do not have convulsions. The behaviour of persons who have generalized epileptic seizures ("*petit*" or "*grand mal*") is different once again. During a "*petit mal*" seizure, which lasts approximately 15 to 30 seconds, a person loses consciousness and is unable to communicate. He or she, however, does not go into convulsions, which is symptomatic of a "*grand mal*" seizure.

tion». Elle repose sur un équilibre entre le risque potentiel que présente le membre des FAC qui ne satisfait pas aux normes médicales minimales acceptables et les besoins des Forces dans le type de métier visé. Le tribunal a accepté la preuve des FAC selon laquelle, apparemment, «il y aurait ainsi quelques milliers de militaires qui ne répondent pas aux normes médicales minimales et qui sont toujours en service actif dans les Forces parce qu'ils bénéficient d'une exemption». (Motifs du tribunal, paragraphe 37, à la page D/104.) La possibilité d'accorder au plaignant une exemption de sa catégorie médicale était toutefois exclue par la politique des «militaires exempts de crises» des FAC qui est entrée en vigueur le 6 septembre 1983. Avant cette date, le CRMC exerçait son pouvoir discrétionnaire d'abaisser les normes médicales appliquées aux militaires visés par un diagnostic d'épilepsie, selon les circonstances particulières de chaque cas. La politique des «militaires exempts de crises» exige que les personnes à l'égard desquelles un diagnostic d'épilepsie est posé soient libérées des Forces si l'on ne trouve pas «de cause à laquelle il soit possible de remédier» dans un délai de six mois. C'est pour ce motif que le plaignant a été exclu des Forces.

### (c) L'épilepsie

La preuve retenue par le tribunal révèle que les personnes souffrant d'épilepsie ne constituent pas un groupe homogène. L'activité neurologique épileptique peut être localisée ou généralisée; les symptômes physiques de la maladie sont très variés. Par exemple, les personnes souffrant d'épilepsie partielle simple ne subissent pas de perte de conscience lors d'une crise et continuent à communiquer normalement, mais présentent des symptômes tels qu'un engourdissement ou des mouvements saccadés de la main. D'autres personnes, comme celles souffrant d'épilepsie partielle complexe, ont des crises qui durent de 30 à 45 secondes. Elles perdent conscience, mais n'ont pas de convulsions. Le comportement des personnes qui souffrent d'épilepsie généralisée («*petit*» ou «*grand*» mal) diffère également. Dans le cas du *petit mal*, une crise dure de 15 à 30 secondes. Le sujet perd conscience et est incapable de communiquer. Il n'a cependant pas de convulsions, symptôme caractéristique du «*grand*» mal.



The Tribunal accepted medical evidence that, while epilepsy cannot be cured, it can be controlled in 70 to 90 per cent of cases. The likelihood of controlling a person's epileptic seizures was found to depend greatly upon individual circumstances. For example, the chances of controlling seizures of a person who has had one epileptic seizure are greater than those of controlling the seizures of a person who has had more than one. It was established that the complainant had a 16 per cent chance of having another seizure if he stopped taking medication. Once placed on medication, his risk of suffering another epileptic seizure dropped to between 3 and 6 per cent. The risk of a member of the general population having an epileptic seizure was found to be between 2 and 4 per cent.

## II

The Tribunal identified three instances of *prima facie* discrimination contrary to section 7 of the Act. First, the CAF refused to retain the complainant as a flight engineer because of his disability. Second, it failed to consider the possibility of according him the "benefit" of a possible transfer to another trade for which he was otherwise qualified. Third, it refused to grant the complainant the position of Alcoholism Counsellor.

The Tribunal went on to delineate what it perceived as the legal requirements for BFORs. Reiterating the view adopted by McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208, and by Beetz J. in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at page 307, that the BFOR exception must be restrictively interpreted, it reasoned that the CAF was required to prove that: (i) epileptics present a sufficient risk of employee failure to warrant their general exclusion; (ii) it is impossible to individually assess the risk presented by each epileptic in the CAF; and (iii) the blanket exclusion of epileptics is not an excessive or disproportionate means of ensuring that persons in the CAF pose an acceptable risk of employee failure (see Tribunal's reasons, paragraph

Le tribunal a accepté la preuve médicale portant que l'épilepsie ne peut pas être guérie, mais qu'elle peut être contrôlée dans 70 à 90 p. 100 des cas. La probabilité qu'on réussisse à contrôler les crises épileptiques dépend en grande partie des caractéristiques propres du sujet. Par exemple, les chances de contrôler les crises d'une personne qui n'a eu auparavant qu'une seule crise d'épilepsie sont plus élevées que celles de contrôler les crises d'une personne qui en a déjà eues plusieurs. Il a été établi que le risque que le plaignant ait une nouvelle crise d'épilepsie s'il cessait de prendre ses médicaments était de 16 p. 100. En revanche, s'il prenait ses médicaments, le risque qu'il ait une autre crise se situait entre 3 et 6 p. 100. Le risque que quiconque dans la population ait un jour une crise d'épilepsie est de 2 à 4 p. 100.

## II

Le tribunal a conclu que trois actes étaient de prime abord discriminatoires au sens de l'article 7 de la Loi. Premièrement, les FAC ont refusé de continuer d'employer le plaignant en qualité de mécanicien de bord en raison de sa déficience. Deuxièmement, elles n'ont pas envisagé la possibilité de lui accorder le «bénéfice» d'une mutation éventuelle à un autre métier pour lequel il était par ailleurs qualifié. Troisièmement, elles ont refusé d'accorder au plaignant le poste de conseiller en matière d'alcoolisme.

Le tribunal a ensuite énoncé les éléments qui constituaient, selon lui, les composantes juridiques d'une EPJ. Il a réitéré l'opinion exprimée par le juge McIntyre dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208, et par le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la page 307, selon laquelle l'exception que constitue l'EPJ doit recevoir une interprétation restrictive. Le tribunal a déclaré que les FAC devaient faire la preuve: (i) que les épileptiques présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion générale; (ii) qu'il est impossible d'évaluer individuellement le risque que présente chaque épileptique dans les FAC et (iii) que l'exclusion générale des épileptiques ne constitue pas un

84, at pages D/118-D/119). It then commented on the significance of each criterion.

First, the Tribunal rejected the “minimal” or “real risk” standard promulgated in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, and adopted by this Court in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1988] 1 F.C. 209 (C.A.) [hereinafter referred to as “*Mahon*”]. Instead, it held that the CAF must demonstrate that epileptics present a “sufficiently higher” risk of employee failure than other members of the Forces (see Tribunal’s reasons, paragraph 98, at page D/123). Second, the Tribunal concluded that, under existing law, an employer must individually assess each employee’s capability to perform a job once that employee has become the subject of a *prima facie* discriminatory rule or practice (see Tribunal’s reasons, paragraph 100, at pages D/123-D/124). Third, the Tribunal declared that even if some epileptics present an unacceptable risk of employee failure, it was incumbent on the CAF to demonstrate that there were no means less drastic than the “seizure free” policy to achieve the ends of that policy (see Tribunal’s reasons, paragraph 103, at page D/125). Ultimately, the Tribunal concluded that the CAF’s “seizure free” policy is discriminatory within the meaning of paragraph 10(a) of the Act. At paragraph 128, at page D/132, it stated:

By establishing an inflexible mandatory classification that eliminated any discretion or individual assessment of members of the Forces diagnosed as epileptics, the “Seizure Disorders—Category Policy” (CFMO 26-12) constitutes a discriminatory policy within the meaning of s. 10(a) of the *Canadian Human Rights Act*. It cannot be a requirement reasonably necessary for the objective of the safe and efficient performance of all trades in the Canadian Armed Forces.

In my opinion, this application must succeed for several reasons. The tripartite test set out and applied by the Tribunal indicates a basic misunderstanding of

moyen excessif ou disproportionné d’assurer que les membres des FAC représentent un risque d’erreur humaine acceptable (voir les motifs du tribunal, paragraphe 84, aux pages D/118 et D/119). Il a ensuite fait des observations relativement à chacun de ces critères.

Premièrement, le tribunal a rejeté la norme du risque «minimal» ou «réel» proposée dans l’arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, et adoptée par la Cour dans l’affaire *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1988] 1 C.F. 209 (C.A.) [ci-après appelé «*Mahon*»]. Le tribunal a plutôt statué que les FAC devaient établir que les épileptiques entraînaient un «accroissement suffisant» du risque d’erreur humaine par rapport aux autres membres des Forces (voir les motifs du tribunal, paragraphe 98, à la page D/123). Deuxièmement, le tribunal a conclu que, dans l’état actuel du droit, l’employeur avait l’obligation d’évaluer individuellement les capacités d’exécuter un travail de chaque employé touché par un acte ou une règle à prime abord discriminatoires (voir les motifs du tribunal, paragraphe 100, aux pages D/123 et D/124). Troisièmement, le tribunal a déclaré que, même si certains épileptiques présentaient un risque inacceptable d’erreur humaine, il incombait aux FAC de démontrer qu’il n’existait aucun moyen moins radical que la politique des «militaires exempts de crises» d’atteindre l’objectif visé par cette politique (voir les motifs du tribunal, paragraphe 103, à la page D/125). Enfin, le tribunal a conclu que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC était discriminatoire au sens de l’alinéa 10a) de la Loi. Au paragraphe 128, à la page D/132, il a déclaré:

La «Politique de classification des troubles épileptiques» (OSSFC 26-12) constitue, par l’établissement d’une classification obligatoire inflexible éliminant toute discrétion et toute évaluation individuelle des militaires diagnostiqués épileptiques, une politique discriminatoire au sens de l’al. 10a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il ne saurait s’agir d’une exigence raisonnablement nécessaire à l’objectif de l’exécution sûre et efficace de tous les métiers dans les Forces armées canadiennes.

Selon moi, la demande doit être accueillie pour plusieurs motifs. Le critère en trois volets énoncé et appliqué par le tribunal révèle qu’il avait une percep-

the relevant jurisprudence. Although as of the date of the Tribunal's decision it might have been open to this Court to affirm its adoption of the "substantial" standard to quantify the risk necessary to establish a BFOR, the recent decision of *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Armed Forces)*, [1994] 3 F.C. 188 (C.A.) [hereinafter referred to as "*Husband*"], has laid that test to rest. Further, the Tribunal's assumption that individual assessment must be ordered if at all possible seems to conflate the analysis of a BFOR's validity with that which is demanded to ascertain whether a rule has been cast too broadly to be reasonably necessary. Finally, the Tribunal erred in conceiving proportionality as a separate test required to prove a BFOR. Since it is necessary to remit this case to the Tribunal, I must also canvass other issues raised before this Court.

#### (a) Preliminary Objection

The CAF's first objection to the Tribunal's decision relates to jurisdiction. The CAF maintains that the Tribunal exceeded its jurisdiction once it went beyond the allegation of discrimination found within the complainant's original and amended complaint forms. In those forms, the complainant alleged only that the CAF had violated section 7 of the Act by refusing to grant him the Alcoholism Counsellor's position because of his epilepsy. Accordingly, the Tribunal was appointed with the mandate "to determine whether the action complained of constitutes a discriminatory practice on the ground of disability, in a matter related to employment under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*." (Application Record, Vol. V, at page 723.) That section reads:

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

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

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

on a prohibited ground of discrimination.

tion fondamentalement erronée de la jurisprudence pertinente. Si, à la date à laquelle le tribunal a rendu sa décision, la Cour pouvait encore décider d'adopter la norme du risque «substantiel» pour déterminer le degré de risque nécessaire à l'existence d'une EPJ, le jugement récent *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Forces armées)*, [1994] 3 C.F. 188 (C.A.) [ci-après appelé «*Husband*»], a écarté définitivement ce critère. De plus, en présupposant que l'évaluation individuelle doit être ordonnée, si possible, le tribunal semble avoir confondu l'appréciation de la validité d'une EPJ et l'analyse de la question de savoir si une règle a été posée en termes trop larges pour être raisonnablement nécessaire. Enfin, le tribunal a commis une erreur en considérant le critère de la proportionnalité comme un critère distinct d'appréciation d'une EPJ. Étant donné que le dossier doit être renvoyé au tribunal, je suis également tenu d'examiner d'autres questions soulevées devant la Cour.

#### (a) L'objection préliminaire

Le premier argument invoqué par les FAC pour s'opposer à la décision du tribunal touche à sa compétence. Les FAC soutiennent que le tribunal a outrepassé sa compétence en portant son analyse au-delà de l'allégation de discrimination énoncée dans les formules de plainte initiale et modifiée du plaignant. Dans ces documents, le plaignant a prétendu uniquement que les FAC avaient violé l'article 7 de la Loi en refusant de lui attribuer le poste de conseiller en matière d'alcoolisme en raison de son épilepsie. En conséquence, le tribunal avait le mandat de [TRADUCTION] «déterminer si l'acte reproché constituait un acte discriminatoire fondé sur une déficience, relativement à un aspect d'un emploi, en vertu de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*». (Dossier de demande, volume V, à la page 723.) Cet article se lit comme suit:

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

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

The CAF now seizes on two facts. First, the Tribunal's ultimate conclusion is restricted to a finding of a discriminatory policy under section 10 of the Act. Unlike section 7 of the Act, which contemplates situations in which a person has suffered the effects of a discriminatory practice, section 10 concerns the very existence of discriminatory practices and policies. Under that section, it is irrelevant whether a discriminatory practice or policy has actually had an adverse effect. Section 10 reads as follows:

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

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

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

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

It is also claimed that the Tribunal exceeded its formal mandate by addressing whether the CAF's failure to consider the possibility of remustering the complainant was discriminatory. In light of the fundamental nature of the preliminary objection, I will overlook the fact that it was raised for the first time in oral argument.

The Tribunal's formal conclusion that the CAF's "seizure free" policy constitutes a discriminatory practice within the meaning of section 10 of the Act is both unfortunate and unnecessary. The relevant question is whether the "seizure free" policy is *prima facie* discriminatory and, if so, whether it qualifies as a BFOR within the meaning of paragraph 15(a) of the Act. That provision reads:

**15.** It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

Les FAC font maintenant valoir deux faits. Premièrement, la conclusion du tribunal se limite, en définitive, à l'existence d'une politique discriminatoire en vertu de l'article 10 de la Loi. Contrairement à l'article 7 de la Loi, qui vise les situations dans lesquelles une personne a subi les effets d'un acte discriminatoire, l'article 10 concerne l'existence même d'actes et de politiques discriminatoires. Pour l'application de cet article, le fait qu'un acte ou une politique discriminatoires aient effectivement eu des effets négatifs n'importe pas. L'article 10 se lit comme suit:

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

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

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

Les FAC soutiennent également que le tribunal a outrepassé son mandat formel en examinant la question de savoir si l'omission, par les FAC, d'envisager la possibilité de muter le plaignant était discriminatoire. Étant donné que cette objection préliminaire touche au fond, je ne tiendrai pas compte du fait qu'elle a été soulevée pour la première fois lors de la plaidoirie.

La conclusion explicite du tribunal portant que la politique des «militaires exempts de crises» des FAC constitue un acte discriminatoire au sens de l'article 10 de la Loi est à la fois regrettable et inutile. La question pertinente consiste à savoir si la politique des «militaires exempts de crises» est de prime abord discriminatoire et, le cas échéant, s'il s'agit d'une EPJ en application de l'alinéa 15(a) de la Loi. Voici cet alinéa:

**15.** Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;

It is conceded that the "seizure free" policy is *prima facie* discriminatory. If that policy is not found to be a BFOR, then it may violate either section 7 of the Act, section 10, or both. As the question of the remedies consequent to these conclusions has not been raised before us, it is sufficient to note that the Tribunal's formal conclusion is really irrelevant in light of its substantive mandate.

Turning to the CAF's second argument, it cannot be denied that the Tribunal patently considered issues beyond that raised in the complainant's complaint forms. It considered not only whether he was discriminated against in not receiving the position of Alcoholism Counsellor, but also whether the CAF's failure to consider the possibility of transferring him to another trade was discriminatory. In my view, these two allegations are, for practical purposes, indistinguishable. The CAF's posting system requires that every member of the Forces must have a trade at all times. Therefore, it was impossible for the complainant to obtain the "speciality" position of Alcoholism Counsellor without being remustered. The CAF's failure to consider the possibility of transferring the complainant to another trade eliminated his eligibility for the position of Alcoholism Counsellor. (It is open to query the Tribunal's conclusion that the complainant would have received the "speciality" position but for the "seizure free" policy, particularly in light of the discretionary power held by the CMRB to grant medical waivers, the availability of a trade position and the complainant's qualifications, medical or otherwise. This finding, however, was not challenged before us.)

More importantly, it is evident that the parties pursued the issue before the Tribunal in terms of whether the failure to consider the possibility of transfer to another trade constitutes discrimination. Complaint forms are not to be perused in the same manner as criminal indictments. In the human rights context, we must look for actual prejudice. No evidence of such was adduced before us. For these reasons, I am satisfied that the two discriminatory practices alleged

Il est admis que la politique des «militaires exempts de crises» est de prime abord discriminatoire. Si on conclut que cette politique n'est pas une EPJ, il se peut qu'elle viole soit les articles 7 ou 10 de la Loi, soit les deux. Comme la question des redressements découlant de ces conclusions n'a pas été soulevée devant nous, il suffit de signaler que la conclusion formulée explicitement par le tribunal n'est effectivement pas pertinente compte tenu de son mandat quant au fond.

En ce qui a trait au deuxième argument des FAC, on ne peut nier que le tribunal a manifestement étudié des questions qui n'étaient pas soulevées dans les formules de plainte du plaignant. Il n'a pas décidé uniquement si le plaignant avait été victime de discrimination en n'obtenant pas le poste de conseiller en matière d'alcoolisme, mais également si l'omission par les FAC d'envisager la possibilité de le muter à un autre métier était discriminatoire. Selon moi, ces allégations ne peuvent être distinguées l'une de l'autre sur le plan pratique. Le système d'affectation des FAC exige que chaque membre des Forces conserve un métier en tout temps. Par conséquent, il était impossible pour le plaignant d'obtenir la spécialité de conseiller en alcoolisme sans être muté. L'omission des FAC d'envisager la possibilité de muter le plaignant à un autre métier le rendait inadmissible au poste de conseiller en matière d'alcoolisme. (On peut s'interroger sur la conclusion du tribunal portant que le plaignant aurait obtenu sa spécialité si la politique des «militaires exempts de crises» n'avait pas existé, plus particulièrement si l'on tient compte du pouvoir discrétionnaire du CRMC d'accorder des exemptions de catégorie médicale, d'une vacance dans un métier et des compétences du plaignant, notamment sur le plan médical. Cette conclusion n'a toutefois pas été contestée devant nous.)

Un élément est plus important encore. Il est manifeste que les parties ont présenté la question au tribunal en lui demandant si l'omission d'envisager la possibilité d'une mutation à un autre métier constituait de la discrimination. Les formules de plainte ne doivent pas être scrutées de la même façon qu'un acte d'accusation en matière criminelle. Dans le contexte des droits de la personne, nous devons vérifier si un préjudice a effectivement été subi. Aucune preuve à

under section 7 of the Act were properly before the Tribunal.

(b) Duty to Accommodate

It is common ground that the complainant is unfit for the trade of flight engineer, regardless of whether the “seizure free” policy qualifies as a BFOR. During the course of oral argument, and before the Tribunal, the issue was raised whether the CAF is under a legal duty to accommodate him by transferring him to another trade.

Under current law, it is accepted that there is no duty to accommodate in cases of direct discrimination: see *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489. Only in cases of indirect or adverse effect discrimination does the duty to accommodate arise and even then that duty is subject to the caveat that accommodation must not impose an undue hardship on the employer. Directly discriminatory rules, if they are to be sustained at all, must apply to the entire group at which they are directed. Neither party has challenged the Tribunal's finding that the “seizure free” policy is directly discriminatory. Accordingly, there can be no duty to accommodate *per se*. The only manner in which the complainant could have been granted an alternate position within the Forces is through the CAF's self-imposed medical waiver system.

(c) Individual Assessment and Proportionality

If a BFOR is, by definition, a standard of general application, then what is the role of individual assessment and the so-called proportionality test? In my view, the written and oral arguments before this Court indicate a fundamental misunderstanding of the basic tenets of the Supreme Court's BFOR jurisprudence. In short, once an employer has established that

cet égard ne nous a été soumise. Pour ces motifs, je suis convaincu que le tribunal était dûment saisi des deux actes discriminatoires reprochés sous le régime de l'article 7.

(b) L'obligation d'accommodement

Il est bien établi que le plaignant n'est pas apte à exercer le métier de mécanicien de bord, peu importe que la politique des «militaires exempts de crises» constitue ou non une EPJ. Devant le tribunal, et au cours de la plaidoirie présentée à l'audience, on a soulevé la question de savoir si les FAC avaient, en droit, l'obligation d'accommoder le plaignant en le mutant à un autre métier.

Dans l'état actuel du droit, il est reconnu qu'il n'existe pas d'obligation d'accommodement en cas de discrimination directe: voir *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489. C'est uniquement dans les cas de discrimination indirecte ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable qu'entre en jeu l'obligation d'accommodement et, même alors, cette obligation ne vaut que dans la mesure où il n'en résulte pas une contrainte excessive pour l'employeur. Les règles qui créent une discrimination directe doivent, dans la mesure où elles peuvent être maintenues, s'appliquer à tous les membres du groupe visé. Aucune partie n'a mis en doute la conclusion du tribunal portant que la politique des «militaires exempts de crises» crée une discrimination directe. Par conséquent, il ne peut exister en soi aucune obligation d'accommodement. Le plaignant n'aurait pu obtenir un autre poste au sein des Forces qu'au moyen du régime d'exemptions de catégorie médicale qu'elles ont elles-mêmes établi.

(c) L'évaluation individuelle et le critère de proportionnalité

Si une EPJ est, par définition, une norme d'application générale, quel rôle jouent donc l'évaluation individuelle et ce qu'on appelle le critère de proportionnalité? Selon moi, les plaidoiries écrites et orales présentées à la Cour témoignent d'une incompréhension fondamentale des principes de base posés dans les arrêts de la Cour suprême concernant les EPJ. En

an occupational requirement is a BFOR, there is no duty to "individually assess" all employees affected by that policy. An employee's individual characteristics or traits remain irrelevant until such time as it is shown that the occupational requirement is not a BFOR. The law in this area is derived principally from four Supreme Court decisions. They are: *Etobicoke, supra*; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297 [hereinafter referred to as "*Saskatoon Fire-Fighters*"; *Brossard, supra*; and *Dairy Pool, supra*.

In *Etobicoke*, McIntyre J. set out a bipartite test for BFORs. It will be recalled that, in that case, two fire fighters lodged a complaint under *The Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1970, c. 318] to protest their forced retirement at age 60 pursuant to a term of a government collective agreement. The tribunal had concluded that the refusal to continue to employ the complainants constituted a discriminatory practice which was not saved by the application of the BFOR provision of that Code. In upholding that decision, McIntyre J. defined BFORs as having subjective and objective components. The subjective branch of the test requires that the limitation be imposed in good faith and not for ulterior motives which could defeat the purpose of human rights legislation. The objective branch requires BFORs to 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.) The question of whether an otherwise discriminatory rule is "reasonably necessary" and the role played by individual testing in that determination have engendered considerable controversy.

McIntyre J. clearly indicated that an employer is not required to individually assess employees excluded from employment by a valid BFOR. He acknowledged that some people below the age of 60 will be unfit to perform fire-fighting duties while there will be some who remain fit beyond their 60th birthday. At page 209, he recognized that an "arbi-

résumé, lorsqu'un employeur a établi qu'une exigence professionnelle est une EPJ, il n'existe aucune obligation d'«évaluer individuellement» tous les employés touchés par cette politique. Les caractéristiques et les particularités individuelles d'un employé ne sont pas pertinentes à moins qu'il ne soit démontré que l'exigence professionnelle n'est pas une EPJ. Les règles de droit dans ce domaine découlent principalement de quatre décisions rendues par la Cour suprême. Ce sont les arrêts: *Etobicoke, supra*; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297 [ci-après appelé «*Saskatoon Fire-Fighters*»]; *Brossard, supra*; et *Dairy Pool, supra*.

Dans l'affaire *Etobicoke*, le juge McIntyre a énoncé un critère en deux volets d'appréciation des EPJ. Rappelons que, dans cette affaire, deux pompiers avaient déposé une plainte en vertu du *Ontario Human Rights Code* [R.S.O. 1970, ch. 318] pour protester contre la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans stipulée dans une convention collective conclue avec le gouvernement. Le tribunal a conclu que le refus de continuer d'employer les plaignants constituait un acte discriminatoire qui n'était pas validé par l'application de la disposition du Code concernant les EPJ. Le juge McIntyre, qui a confirmé cette décision, a défini les EPJ comme comportant un volet objectif et un volet subjectif. Le volet subjectif du critère exige que les restrictions en cause soient imposées de bonne foi et non pour un motif inavoué qui irait à l'encontre des objectifs de la législation sur les droits de la personne. Le volet objectif exige qu'une EPJ soit «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.) La question de savoir si une règle par ailleurs discriminatoire est «raisonnablement nécessaire» et le rôle de l'examen individuel à cet égard ont soulevé une vive controverse.

Le juge McIntyre a clairement indiqué qu'un employeur n'est pas tenu d'évaluer individuellement les employés exclus d'un emploi par application d'une EPJ valide. Il a reconnu que certaines personnes âgées de moins de 60 ans sont inaptes au travail de pompier alors que d'autres demeurent aptes à la tâche après leur 60<sup>e</sup> anniversaire. À la page 209, il

trary” retirement age may be justified where the risk of unpredictable human failure so warrants:

Faced with the uncertainty of the aging process an employer has, it seems to me, two alternatives. He may establish a retirement age at sixty-five or over, in which case he would escape the charge of discrimination on the basis of age under the Code. On the other hand, he may, in certain types of employment, particularly in those affecting public safety such as that of airline pilots, train and bus drivers, police and firemen, consider that the risk of unpredictable individual human failure involved in continuing all employees to age sixty-five may be such that an arbitrary retirement age may be justified for application to all employees.

In *Etobicoke*, the Supreme Court declined to interfere with the tribunal’s finding that fire-fighters over 60 do not present an unacceptable risk of employee failure. Of critical significance to that determination was the fact that the evidence before the tribunal supporting the contrary position was largely “impressionistic”. The Supreme Court held that, in the absence of convincing evidence demonstrating the relationship between the aging process and the safe and efficient performance of fire-fighting duties, a BFOR requiring persons over 60 to retire from fire-fighting could not be sustained. It is of particular significance that, in *Etobicoke*, individual assessment only became relevant in the context of the complainants’ possible reinstatement once it was found that the mandatory retirement provision was not a BFOR. Similarly, the risk of employee failure presented by the complainant in the case before us has no bearing on whether the “seizure free” policy qualifies as a BFOR. The law on this point was summarized in this Court by Linden J.A. in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.), at page 411 (see also *Husband, supra*):

The third criticism of the decision is that it took into account certain of Rosin’s individual characteristics in determining whether a BFOR had been established. It is true that, in cases of direct discrimination, the characteristics of any particular individual are not relevant. Either the provision applies to all persons in the group or to none of the individuals in it. The question in this direct discrimination case is not whether the individual in question can do the job, but whether a monocular parachutist can do the job.

a reconnu que le risque d’erreur humaine imprévisible peut justifier un âge de retraite fixé «arbitrairement»:

Devant l’incertitude du vieillissement, deux solutions, à mon avis, s’offrent à l’employeur. Il peut fixer l’âge de la retraite à soixante-cinq ans ou plus, et le cas échéant, il ne peut être accusé de discrimination fondée sur l’âge aux termes du Code. D’autre part, il peut, en ce qui concerne certains types d’emplois, en particulier ceux qui ont trait à la sécurité publique comme c’est le cas des pilotes de ligne aérienne, des conducteurs de trains et d’autobus, des policiers et des pompiers, estimer que le risque d’erreur humaine imprévisible que comporte le maintien de tous les employés à leur poste jusqu’à soixante-cinq ans peut justifier l’application à tous les employés d’un âge de retraite fixé arbitrairement.

Dans la décision *Etobicoke*, la Cour suprême a refusé de modifier la conclusion du tribunal portant que les pompiers âgés de plus de 60 ans ne présentent pas un risque d’erreur humaine inacceptable. Le fait que la preuve produite à l’appui du contraire était en très grande partie «subjective» a eu une importance déterminante dans cette décision. La Cour suprême a statué que, en l’absence d’une preuve convaincante démontrant un lien entre le processus de vieillissement et l’exécution efficace et sûre du travail de pompier, on ne pouvait reconnaître l’existence d’une EPJ obligeant les pompiers de plus de 60 ans à prendre leur retraite. Il est important de signaler que, dans l’affaire *Etobicoke*, l’évaluation individuelle est devenue pertinente uniquement dans le contexte de la réintégration éventuelle des plaignants une fois qu’il a été établi que la disposition prescrivant la retraite obligatoire n’était pas une EPJ. De la même façon, le risque d’erreur humaine que présente le plaignant en l’espèce n’a aucune incidence sur la question de savoir si la politique des «militaires exempts de crises» constitue une EPJ. L’état du droit sur ce point a été résumé par le juge Linden, J.C.A., dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.), à la page 411 (voir également *Husband, supra*):

La troisième critique formulée à l’endroit de la décision est qu’elle avait pris en considération certaines caractéristiques personnelles de Rosin en déterminant si une EPJ avait été établie. Il est vrai que dans les cas de discrimination directe, les caractéristiques d’une personne en particulier ne sont pas pertinentes. La disposition doit s’appliquer soit à toutes les personnes faisant partie du groupe, soit à aucune d’elles. La question en matière de discrimination directe n’est pas de savoir si la personne en cause peut faire le travail, mais de savoir si un parachutiste borgne peut le faire.



*Saskatoon Fire-Fighters, supra*, also concerned an allegation of *prima facie* discrimination arising from a mandatory retirement provision in a collective agreement. In contrast to *Etobicoke*, the evidence adduced by the employer in support of the retirement provision was extensive and far from impressionistic. Once again, the principal issue before the Supreme Court was whether the employer was required to individually test employees over the age of 60 to determine whether they could safely and efficiently perform their offices. On this point, Sopinka J. opined, at pages 1313-1314:

In my opinion, these cases point the way to the proper approach with respect to individual testing. While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis is mine.]

In short, the onus is on the employer to establish that individual testing is not a practical alternative to the adoption of an occupational requirement which is *prima facie* discriminatory. As McIntyre J. in *Etobicoke* observed, the extent to which the risk of unpredictable individual human failure is involved is a matter of critical significance. However, these apparently straightforward propositions have, to some, become obfuscated by the Supreme Court's decision in *Brossard*. In that case, the Supreme Court considered whether the town of Brossard's blanket anti-nepotism hiring policy was a BFOR. That policy disqualified all immediate family members of full-time employees and town councillors from employment with the town. As a result, the complainant was disqualified from summer employment with the town as a lifeguard because her mother worked as a typist in the municipal police station.

In evaluating the anti-nepotism policy, Beetz J., writing for the majority, determined that it was "dis-

L'affaire *Saskatoon Fire-Fighters, supra*, concernait également une allégation de discrimination de prime abord découlant d'une stipulation d'une convention collective qui prescrivait la retraite obligatoire. Contrairement à ce qui s'est passé dans l'affaire *Etobicoke*, la preuve produite par l'employeur à l'appui de cette stipulation était abondante et loin d'être subjective. La principale question que devait trancher la Cour suprême était, encore une fois, celle de savoir si l'employeur devait examiner individuellement les employés de plus de 60 ans pour vérifier s'ils pouvaient exercer leurs fonctions de façon sûre et efficace. Sur ce point, le juge Sopinka a déclaré, aux pages 1313 et 1314:

À mon avis, cette jurisprudence nous indique la bonne façon d'aborder la question des tests individuels. Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution. [Non souligné dans le texte original.]

Bref, c'est à l'employeur qu'il incombe d'établir que l'examen individuel ne constitue pas une solution pratique autre que l'adoption d'une exigence professionnelle à prime abord discriminatoire. Comme l'a souligné le juge McIntyre, dans l'affaire *Etobicoke*, la mesure dans laquelle le risque d'erreur humaine imprévisible est en cause revêt une importance cruciale. Toutefois, ces propositions apparemment claires ont été pour certains obscurcies par l'arrêt *Brossard* de la Cour suprême. Dans cette affaire, la Cour suprême a tranché la question de savoir si la politique générale contre le népotisme dans l'embauche adoptée par la ville de Brossard constituait une EPJ. Cette politique rendait inadmissibles tous les membres de la famille immédiate des employés à temps plein de la ville et des membres du conseil municipal. En conséquence, le plaignant ne pouvait obtenir un emploi d'été de sauveteur au service de la municipalité parce que sa mère travaillait comme dactylographe au poste de police municipal.

Après avoir évalué la politique antinépotisme, le juge Beetz, qui a rédigé l'opinion majoritaire, a

proportionately stringent in view of the aptitude or qualification which it seeks to verify.” (*Brossard*, at page 315.) He continued to state that the hiring policy was “like killing a fly with a sledge-hammer.” (*Brossard*, at page 315.) In a concurring judgment, Madam Justice Wilson observed that the blanket policy should not have been employed if “less drastic means” were available to protect the integrity and the appearance of the integrity of the town’s administration (*Brossard*, at page 344). In other words, a type of “individual assessment” was required in order to limit the application of the rule to persons whom it was reasonably intended to capture.

Both the Tribunal below and the Commission maintain that *Brossard* establishes a third and separate test for determining BFORs. They reason that the CAF must show that the blanket exclusion of epileptics is not a disproportionate means of ensuring that members of the Forces present an acceptable risk of employee failure. However, the Supreme Court’s reasoning in *Brossard* is simply a refinement of the objective branch of the *Etoibicoke* BFOR test. This was affirmed by Madam Justice Wilson in *Dairy Pool*, *supra*, where she rationalized *Brossard* within the BFOR jurisprudence as follows (at page 518):

Although the language used in *Brossard* differs somewhat from the language used in the earlier [BFOR] cases, I do not believe it was intended to depart from the Court’s earlier jurisprudence on the application of a [BFOR] test to a case of direct discrimination . . . .

The second branch of the *Brossard* test addresses the availability of alternatives to the employer’s rule. In my opinion, this is not designed to be a discrete test for determining the existence of a [BFOR] but rather a factor that must be taken into account in determining whether the rule is “reasonably necessary” under the first branch.

In my view, the jurisprudence clearly demonstrates that the less homogenous a group of persons excluded by an occupational requirement, the more difficult it will be for an employer to establish a BFOR. The onus is on the employer to demonstrate, on a balance of probabilities, why a blanket policy of exclusion is reasonably necessary in circumstances where not all persons within the excluded group pose

déclaré que cette politique était «d’une sévérité disproportionnée à l’aptitude ou à la qualité dont elle vise à assurer la possession». (*Brossard*, à la page 315.) Il a poursuivi en affirmant que la politique d’embauche revenait à «tuer une mouche avec une masse». (*Brossard*, à la page 315.) Dans des motifs concordants, Madame le juge Wilson a souligné qu’on n’aurait pas dû avoir recours à cette politique générale s’il existait des «moyens moins radicaux» de protéger l’intégrité de l’administration de la ville et d’assurer l’apparence d’une telle intégrité. (*Brossard*, à la page 344.) En d’autres mots, une «évaluation individuelle» quelconque était nécessaire pour limiter l’application de la règle aux personnes qu’elle devait raisonnablement viser.

Tant le tribunal que la Commission soutiennent que l’arrêt *Brossard* établit un troisième critère distinct d’appréciation des EPJ. Selon leur raisonnement, les FAC doivent démontrer que l’exclusion générale des épileptiques n’est pas un moyen disproportionné d’assurer que les membres des Forces présentent un risque d’erreur humaine acceptable. Toutefois, le raisonnement de la Cour suprême dans l’affaire *Brossard* ne constitue qu’une version raffinée du volet objectif du critère d’appréciation d’une EPJ énoncé dans l’arrêt *Etoibicoke*. Madame le juge Wilson l’a confirmé dans l’arrêt *Dairy Pool*, *supra*, lorsqu’elle a situé l’arrêt *Brossard* dans la logique de la jurisprudence concernant les EPJ (à la page 518):

Bien que les termes employés dans *Brossard* diffèrent quelque peu de ceux utilisés dans les arrêts précédents en matière d’EPN, je ne crois pas qu’on ait voulu ainsi s’écarter de la jurisprudence antérieure de la Cour sur l’application du critère de l’EPN dans un cas de discrimination directe . . . .

Le second volet du critère établi dans l’arrêt *Brossard* concerne la possibilité de solutions autres que la règle de l’employeur. À mon avis, il ne s’agit pas là d’un critère distinct pour vérifier l’existence d’une EPN mais plutôt d’un facteur à prendre en compte pour savoir si la règle est «raisonnablement nécessaire» en vertu du premier volet.

À mon avis, la jurisprudence établit clairement que moins le groupe exclu par une exigence professionnelle est homogène, plus il sera difficile pour l’employeur d’établir qu’il s’agit d’une EPJ. C’est à l’employeur qu’il revient de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, pourquoi une politique générale d’exclusion est raisonnablement nécessaire lorsque toutes les personnes qui composent le

the same risk of unpredictable employee failure. In other words, the employer must establish that individual testing is not a practical or reasonable alternative in the circumstances. When the excluded group is a relatively homogenous one (i.e. all persons diagnosed with complex/partial epilepsy) then the issue is unlikely to dwell on whether individual testing is a reasonable alternative to the rule, but whether persons within this group present a sufficient risk of employee failure to warrant their exclusion through a BFOR. Thus, only employers who draft employment requirements in broad terms are properly called upon to adduce evidence necessary to contest a request for "individual assessment".

The onus was on the CAF to demonstrate that the blanket "seizure free" policy is reasonably necessary, despite the fact that there are four different classifications of epilepsy and that each poses a different risk of employee failure. The Tribunal acknowledged that some controlled epileptics, and even some who are not on medication, do not pose a risk of employee failure greater than non-epileptics. This would suggest that the "seizure free" policy, which excludes all epileptics from the Forces without regard to their individual characteristics, is overly inclusive and cannot be sustained as a BFOR. Of course, if the CAF is correct and the "seizure free" policy is a BFOR for all trades within the Forces, then it may be upheld. This brings us to the applicability and significance of the so-called "soldier first" policy.

#### (d) "Soldier First" Policy

To determine whether an occupational requirement is a BFOR, it is necessary to ascertain the nature of the employment involved. While this is in most cases self-evident, it is problematic where the employer is the CAF. There are two competing approaches as to how one should ascertain the nature of employment

groupe exclu ne présentent pas le même risque d'erreur humaine imprévisible. Autrement dit, l'employeur doit établir que l'examen individuel n'est pas une solution de rechange pratique ou raisonnable dans les circonstances. Lorsque le groupe exclu est relativement homogène (soit toutes les personnes à l'égard desquelles un diagnostic d'épilepsie complexe partielle a été posé), le débat ne porte vraisemblablement pas sur la question de savoir si l'examen individuel est une solution de rechange raisonnable à la règle contestée, mais plutôt sur celle de savoir si les personnes comprises dans ce groupe présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier leur exclusion au moyen d'une EPJ. Par conséquent, seuls les employeurs qui formulent les exigences professionnelles en termes larges sont à juste titre appelés à produire la preuve nécessaire pour contester une demande d'«évaluation individuelle».

Les FAC avaient le fardeau de démontrer que la politique générale des «militaires exempts de crises» est raisonnablement nécessaire, malgré qu'il existe quatre types différents d'épilepsie et que chacun comporte un risque d'erreur humaine différent. Le tribunal a reconnu que certaines personnes épileptiques dont la maladie est contrôlée, voire certaines qui ne prennent pas de médicament, ne présentent pas de risque d'erreur humaine supérieur à celui que présentent les personnes qui ne sont pas atteintes par cette maladie. On serait porté à en déduire que la politique des «militaires exempts de crises», qui exclut toutes les personnes épileptiques des Forces, sans égard à leurs caractéristiques individuelles, a une portée démesurée et ne peut être maintenue comme une EPJ. Évidemment, si les FAC ont raison et si la politique des «militaires exempts de crises» est une EPJ applicable à tous les métiers au sein des Forces, elle peut être maintenue. Il faut donc aborder maintenant la question de l'applicabilité et de l'importance de la politique dite du «soldat d'abord».

#### (d) La politique du «soldat d'abord»

Pour décider si une exigence professionnelle est une EPJ, il faut déterminer la nature de l'emploi en cause. Bien que, dans la plupart des cas, la nature de l'emploi soit évidente, cette question est plus problématique lorsque ce sont les FAC qui sont l'employeur. Il existe deux façons différentes de détermi-

within the Forces. The CAF argues that all serving members of the Forces are soldiers first and foremost. This "soldier first" policy is premised upon the public's reliance on the CAF as a defender and peacekeeper and reflects the CAF as it was meant to exist. Its application presumes that a wartime condition will arise and that all members of the Forces will be called upon in combat or crisis situations.

The "soldier first" policy is premised on subsections 33(1) and 34(1) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 15] of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, which read:

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 CAF maintains that these provisions render the complainant liable for combat duty and that the validity of the "soldier first" policy as a BFOR must be assessed with regard to the risk epileptics pose in combat environments. The alternative is to conduct the BFOR analysis acknowledging that there are many trades within the CAF which realistically do not involve combat-like duties. For example, the complainant at one stage argued that it was unlikely that he would ever be placed in a combat situation if transferred to one of his old trades or, for that matter, to the position of Alcoholism Counsellor. As a result of the diversity of occupations offered within the Forces, it is evident that if the "soldier first" policy is rejected, it is more difficult for the CAF to demonstrate that it is reasonably necessary to exclude all epileptics from the Forces.

The Tribunal declined to apply the "soldier first" policy on three grounds. First, it concluded that the

ner la nature d'un emploi au sein des Forces. Les FAC soutiennent que tous les membres en service des Forces sont d'abord et avant tout des soldats. Cette politique du «soldat d'abord» repose sur le fait que le public compte sur les FAC comme organisme de défense et de maintien de la paix et elle est conforme à la raison d'être des FAC. Son application présuppose qu'une situation de guerre surgira et que tous les membres des Forces seront appelés à participer au combat ou à faire face aux situations de crise.

La politique du «soldat d'abord» se fonde sur les paragraphes 33(1) et 34(1) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 15] de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, qui se lisent comme suit:

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.

Les FAC soutiennent que ces dispositions assujettissent le plaignant à l'obligation d'exercer des fonctions de combat et que la validité de la politique du «soldat d'abord» comme EPJ doit s'apprécier en regard des risques que présentent les personnes épileptiques en situation de combat. L'autre possibilité consiste à analyser l'EPJ en reconnaissant qu'il existe de nombreux métiers au sein des FAC qui, de façon réaliste, ne comportent pas de fonctions de combat. Par exemple, le plaignant a prétendu à un stade donné qu'il était improbable qu'il se trouve jamais en situation de combat s'il était muté à l'un de ses métiers antérieurs ou même au poste de conseiller en matière d'alcoolisme. Compte tenu de la diversité des professions offertes dans les Forces, il est évident que si l'on rejette la politique du «soldat d'abord», il est plus difficile pour les FAC d'établir qu'il est raisonnablement nécessaire d'exclure les personnes épileptiques des Forces.

Le tribunal a refusé d'appliquer la politique du «soldat d'abord» pour trois motifs. Premièrement, il a

CAF had failed to demonstrate that persons in non-combat trades would be called upon in combat situations (see Tribunal's reasons, paragraph 117, at page D/129). Second, it found untenable the contradiction between the "soldier first" policy and the CAF's decision to grant a medical waiver to the complainant in order that he be accepted as Primary Reservist. Primary Reservists, like regular CAF members, are called up automatically in the event of war. (Supplementary Reservists are called in the event of a conflict only if they are still qualified for a given function and if the CAF requires their services.) The Tribunal found no distinction between the military obligations of a member of the regular forces and a Reservist who is pressed into service (see Tribunal's reasons, paragraph 22, at pages D/100-D/101 and paragraph 118, at pages D/129-D/130). Third, it assessed the risks occasioned by epileptics' medical requirements in combat situations and found that the evidence did not support the CAF's position that epileptics pose a sufficiently increased risk of employee failure over other members (see Tribunal's reasons, paragraphs 119-120, at page D/130). (Query — even if one were to assume that the "soldier first" policy is applicable to all members of the Forces, would not the above finding of fact undermine the CAF's argument that the "seizure free" policy constitutes a BFOR for all trades within the Forces? See also discussion of "Sufficiency of Risk" below.)

In my view, the Tribunal did not err in its ultimate conclusion on this point. The "soldier first" policy has never been fully rationalized by this Court. Outside the military context, the issue has been raised only once before the Supreme Court and then only in passing. In *Saskatoon Fire-Fighters*, the tribunal concluded that as a matter of fact the duties of the complainant, a fire prevention officer, included fighting fires. The Commission argued that the tribunal erred by failing to consider that the actual duties of a fire prevention officer were different than those of a firefighter. As a privative clause prevented the Court from reviewing the tribunal's finding of fact, Sopinka J. merely observed, at page 1308:

conclu que les FAC n'avaient pas réussi à démontrer que les personnes exerçant des métiers non reliés au combat seraient appelées à aller au combat (voir les motifs du tribunal, paragraphe 117, à la page D/129).  
 a Deuxièmement, il a jugé inexplicable la contradiction entre la politique du «soldat d'abord» et la décision des FAC d'accorder au plaignant une exemption de sa catégorie médicale pour lui permettre de devenir membre de la Milice. (Les membres de la Réserve  
 b supplémentaire ne sont mobilisés en cas de conflit que s'ils sont toujours admissibles à une fonction donnée et si les FAC ont besoin de leurs services.) Le tribunal n'a relevé aucune différence entre les obligations militaires d'un membre de la force régulière et  
 c celles d'un membre de la Réserve appelé à entrer en service (voir les motifs du tribunal, paragraphe 22, aux pages D/100 et D/101 et paragraphe 118, aux pages D/129 et D/130). Troisièmement, il a évalué les  
 d risques découlant des besoins médicaux des personnes épileptiques en situation de combat et il a conclu que la preuve n'appuyait pas la prétention des FAC selon laquelle les personnes épileptiques  
 e accroissent suffisamment le risque d'erreur humaine en comparaison avec les autres membres (voir les motifs du tribunal, paragraphes 119 et 120, à la page D/130). (On peut se demander si, même en tenant  
 f pour acquis que la politique du «soldat d'abord» s'applique à tous les membres des Forces, cette conclusion de fait ne serait pas défavorable à l'argument des FAC portant que la politique des «militaires  
 exempts de crises» constitue une EPJ pour tous les métiers au sein des Forces. Voir également les  
 g remarques portant sur «Le caractère suffisant du risque» formulées plus loin.)

Selon moi, le tribunal n'a pas commis d'erreur en formulant sa conclusion finale sur ce point. La politique du «soldat d'abord» n'a jamais été analysée complètement par la Cour. En dehors du contexte militaire, cette question n'a été soulevée qu'une fois devant la Cour suprême et seulement de façon incidente. Dans l'affaire *Saskatoon Fire-Fighters*, le tribunal a conclu que le plaignant, qui était agent de la prévention des incendies, devait effectivement, entre autres tâches, combattre les incendies. La commission a soutenu que le tribunal avait commis une erreur en ne tenant pas compte du fait que les tâches réelles d'un agent de la prévention des incendies diffèrent de celle d'un pompier. Comme une clause

While this contention is not devoid of merit, the Board found as a fact that the duties of the Chief Fire Prevention Officer included the strenuous task of fire fighting.

This Court has upheld the “soldier first” policy with respect to persons seeking entrance into the CAF; see *Husband, supra*. It is also the ground upon which persons who cannot perform a duty required by their trades are released from the Forces; see *Canada (Attorney General) v. St. Thomas and Canadian Human Rights Commission* (1993), 162 N.R. 228 (F.C.A.). We are now being asked to evaluate the applicability of the “soldier first” policy to CAF members who seek transfers to trades in which they would not realistically be required to take part in combat-like situations where they would present a “sufficient risk” of employee failure.

Contrary to the CAF’s allegations, the *National Defence Act* does not require all serving CAF members to be capable of fulfilling combat-like roles. Were it otherwise, there would be no need for either the “soldier first” or the “seizure free” policy: epileptic members of the Forces could be discharged simply on the basis of the *National Defence Act*. I hasten to add that such a requirement would effectively tie the hands of the Forces in respect of hiring and retaining, for example, specially qualified personnel (e.g. neurosurgeons) who may fail to meet the Forces’ minimum health standards.

The *National Defence Act* merely states that all serving members are liable to perform “any lawful duty”. This enabling legislation permits the CAF to adopt any policy to determine which lawful duties may be imposed upon CAF members. For example, pursuant to the *National Defence Act*, the CAF could have adopted a policy exempting persons between 45 and 55 years of age or over a certain rank from application of the “soldier first” policy. Instead, the CAF maintains that it has adopted the “soldier first” policy with respect to all serving CAF members.

privative empêchait la Cour de réviser la conclusion de fait du tribunal, le juge Sopinka s’est contenté de déclarer, à la page 1308:

Cet argument n’est pas sans valeur, mais la commission a conclu sur les faits que les fonctions du chef de la prévention des incendies comprenaient le travail ardu du pompier.

La Cour a reconnu la politique du «soldat d’abord» à l’égard des personnes qui veulent s’enrôler dans les FAC; voir *Husband, supra*. C’est aussi le motif invoqué pour libérer des Forces les personnes qui ne peuvent pas accomplir une tâche nécessaire à l’exercice de leur métier; *Canada (Procureur général) c. St. Thomas et Commission canadienne des droits de la personne* (1993), 162 N.R. 228 (C.A.F.). On nous demande maintenant de décider si la politique du «soldat d’abord» s’applique aux membres des FAC qui veulent être mutés à des métiers dans lesquels ils ne seront pas vraisemblablement appelés à travailler dans des situations de combat, où ils présenteraient un «risque suffisant» d’erreur humaine.

Contrairement à ce que prétendent les FAC, la *Loi sur la défense nationale* n’exige pas que tous les membres des FAC soient en mesure d’exécuter des fonctions de combat. S’il en était autrement, la politique du «soldat d’abord» et la politique des «militaires exempts de crises» seraient inutiles: les membres épileptiques des Forces pourraient être congédiés simplement en application de la *Loi sur la défense nationale*. Je m’empresse d’ajouter que pareille exigence ne laisserait en fait aucune marge de manœuvre aux Forces pour conserver ou embaucher, par exemple, du personnel qualifié (comme des neurochirurgiens) qui ne satisferait pas aux normes médicales minimales des Forces.

La *Loi sur la défense nationale* prévoit simplement que tous les membres en service sont soumis à l’obligation de «service légitime». Cette loi habilitante permet aux FAC d’adopter toute politique précisant quel service légitime peut être requis des membres des FAC. Par exemple, les FAC auraient pu adopter, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, une politique exemptant les personnes âgées de 45 à 55 ans ou d’un rang supérieur à un grade donné de l’application de la politique du «soldat d’abord». Les FAC affirment plutôt qu’elles ont adopté la politique du «soldat d’abord» à l’égard de tous les membres en service des FAC.

While there is no question that the CAF has a right to determine who may be retained in the Forces and who must be released, I do not see that the CAF has established that the "soldier first" policy has been uniformly adopted and applied to serving CAF members. One of the distinguishing features of a valid "lawful" policy is the consistency of its application. The evidence before this Court is either that the CAF does not apply the "soldier first" policy consistently or that the policy is being applied in a discriminatory manner. Because the "soldier first" policy is not a statutory enactment, but rather a policy developed pursuant to enabling legislation, this finding does not attract the issue of estoppel.

It is manifest that the "soldier first" policy is inconsistent with the CAF's actual practice with respect to serving members. The present case clearly illustrates this point. Although the complainant was released from the Forces on the grounds that he was "unfit" for military duties including combat, he was given a medical waiver for what the CAF classifies as a combat position within the Primary Reserves.

Recent jurisprudence supplies additional examples of this inconsistency. In *Husband*, the complainant was denied entrance into the CAF on the basis of an uncorrected visual acuity standard. That standard excluded persons who, without corrective eyewear, are legally blind. The CAF reasoned that legally blind persons are unfit for combat. However, the evidence also established that the CAF has a special visual category for legally blind serving members. Similarly, in *Galbraith v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Can. Trib.), the complainant was denied admission into the CAF on the ground that he had had a bowel resection and therefore posed a sufficient risk of employee failure if placed in a combat-like environment. At the same time, the CAF acknowledged that it was willing to retain persons who have had bowel resections while serving in the Forces. These two cases suggest that the CAF is willing to, and does, offer a form of "accommodation" to employees whose health deteriorates as a result of the natural aging process.

Bien qu'il soit incontestable que les FAC ont le droit de déterminer qui peut demeurer dans les Forces et qui doit être libéré, il ne me semble pas que les FAC aient établi que la politique du «soldat d'abord» a été adoptée et appliquée de façon uniforme aux membres en service des FAC. L'une des caractéristiques distinctives d'une politique «légitime» valide est l'uniformité de son application. La preuve produite établit soit que les FAC n'appliquent pas la politique du «soldat d'abord» de façon uniforme, soit que cette politique est appliquée de façon discriminatoire. Comme cette politique n'a pas été édictée par une loi, mais prise en application d'une loi habilitante, cette conclusion ne soulève pas la question de la préclusion.

Il est évident que la politique du «soldat d'abord» est incompatible avec la pratique réelle des FAC concernant les membres en service. Le présent litige l'illustre clairement. Bien que le plaignant ait été libéré des Forces au motif qu'il était inapte aux fonctions militaires, y compris aux fonctions de combat, il a obtenu une exemption de catégorie médicale pour occuper un poste, que les FAC qualifient de poste de combat, au sein de la Milice.

On trouve d'autres exemples de cette incohérence dans la jurisprudence récente. Dans l'affaire *Husband*, la plaignante n'a pas été acceptée dans les FAC par application d'une norme d'acuité visuelle sans correction. Cette norme excluait les personnes juridiquement aveugles sans verres correcteurs. Selon le raisonnement des FAC, les personnes juridiquement aveugles sans verres correcteurs sont inaptes au combat. Toutefois, la preuve a aussi révélé que les FAC avaient établi une catégorie d'acuité visuelle spéciale pour les membres en service juridiquement aveugles. De la même façon, dans l'affaire *Galbraith c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1989), 10 C.H.R.R. D/6501 (Trib. can.), le plaignant n'a pu s'enrôler dans les FAC parce qu'il avait subi une résection de l'intestin et qu'il présentait en conséquence un risque d'erreur humaine suffisant s'il était placé en situation de combat. Par ailleurs, les FAC ont reconnu vouloir conserver dans les Forces des personnes qui avaient subi une résection de l'intestin pendant qu'elles étaient en service. Ces deux causes laissent croire que les FAC sont disposées à offrir et offrent effectivement une forme d'«accommode-

The CAF has repeatedly justified the application of the “soldier first” policy to recruits; see the reasons of the Tribunal below and *Galbraith, supra*. However, I do not find that the rejection of that policy, as it applies to serving CAF members and in the circumstances of this case, in any way contradicts or undermines the provisions of its enabling legislation. It is apparent to me that the “soldier first” policy is merely being invoked as a legal argument which is emphasized in some cases and glossed over in others. Considering the potentially detrimental effects of this policy on serving members who have dedicated their careers to service in the CAF, I am not prepared to interfere with the Tribunal’s conclusion on this point. I turn now to the issue of the quantification of risk necessary to establish a BFOR.

(e) Sufficiency of Risk

A BFOR will be found if there is a “sufficient risk of employee failure” to warrant the retention of an otherwise discriminatory employment qualification (*Etobicoke*, at page 210). The early jurisprudence held that a “minimal increase in risk” was sufficient to constitute a BFOR: *Bhinder, supra*; and *Mahon, supra*. That standard had been questioned by MacGuigan J.A. in *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.), in *obiter dictum* by Madam Justice Wilson in *Dairy Pool*, and likewise in *obiter* by Linden J.A. in *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.). However, in *Husband* the Chief Justice, writing for a majority (Robertson J.A. dissenting), found that the decisions of *Bhinder* and *Mahon* merely reaffirmed the *Etobicoke* test of “sufficiency of risk”. At page 213 of his reasons, the Chief Justice stated the extant law as follows:

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 unimpaired;

ment» aux employés dont la santé se détériore en raison du processus naturel de vieillissement.

Les FAC ont justifié à plusieurs reprises l’application aux recrues de la politique du «soldat d’abord»; voir les motifs du tribunal et la décision *Galbraith, supra*. Toutefois, je ne pense pas que le rejet de cette politique, appliquée aux membres en service des FAC et dans les circonstances de l’espèce, soit contraire ou fasse échec à la loi habilitante. Il me semble que la politique du «soldat d’abord» est simplement invoquée comme un argument juridique sur lequel on insiste ou que l’on atténue, selon les circonstances. Compte tenu des effets préjudiciables éventuels de cette politique pour les membres en service qui ont consacré leur vie professionnelle au service des FAC, je ne suis pas prêt à modifier la conclusion du tribunal sur ce point. J’examinerai maintenant la question du degré de risque nécessaire pour établir l’existence d’une EPJ.

(e) Le caractère suffisant du risque

Une EPJ existe si un «risque d’erreur humaine suffisant» justifie le maintien d’une exigence professionnelle par ailleurs discriminatoire (*Etobicoke*, à la page 210). La jurisprudence la plus ancienne a établi qu’un «accroissement minimal du risque» suffisait pour qu’une EPJ existe: *Bhinder, supra*; et *Mahon, supra*. Ce critère a été mis en doute par le juge MacGuigan, J.C.A. dans *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.), par Madame le juge Wilson, dans une remarque incidente, dans *Dairy Pool*, ainsi que par le juge Linden, J.C.A., dans *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.). Toutefois, dans l’arrêt *Husband*, le juge en chef a conclu, au nom de la majorité (le juge Robertson étant dissident), que les décisions *Bhinder* et *Mahon* avaient simplement réitéré le critère du «risque suffisant» énoncé dans l’arrêt *Etobicoke*. À la page 213 de ses motifs, le juge en chef a exposé l’état actuel du droit:

i Pour conclure, je résume:

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. *Dairy Pool* has not effectively overruled *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 *Etoibicoke*.

In light of this development, the application of the so-called "substantial" standard constitutes an error of law. I feel compelled to point out that if the "soldier first" policy is accepted and applied, together with the "minimal" risk standard, then the CAF is effectively given *carte blanche* to release any disabled person from the Forces. To me it seems clear that virtually every person with any form of disability will present a "real" risk of employee failure in a combat situation. If it was the intention of Parliament to insulate the CAF from disability related complaints under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*, then the alliance of these policies has certainly given effect to that intent. As a matter of law, it is a position which I cannot support.

### III

For the above reasons, I would allow the application, set aside the decision of the Tribunal dated June 17, 1991 (rendered on July 4, 1991) and remit the matter to it for rehearing in a manner consistent with these reasons.

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 *Etoibicoke*.

Compte tenu de cette décision, l'application du critère dit du risque «substantiel» constitue une erreur de droit. Je dois souligner que la reconnaissance et l'application de la politique du «soldat d'abord» et du critère du risque «minimal» auraient ensemble pour effet de donner effectivement carte blanche aux FAC pour libérer des Forces toute personne atteinte d'une déficience. Il me paraît clair que pratiquement toute personne atteinte d'une déficience quelconque présentera un risque d'erreur humaine «réel» en situation de combat. Si le législateur a eu l'intention de mettre les FAC à l'abri de toute plainte relative à une déficience fondée sur l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l'application combinée de ces politiques a, sans conteste, donné effet à cette intention. C'est là une hypothèse que je ne peux, en droit, tenir pour avérée.

### III

Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais la demande, j'infirmerais la décision du tribunal datée du 17 juin 1991 (prononcée le 4 juillet 1991) et je renverrais l'affaire au tribunal pour qu'il tienne une nouvelle audience en tenant compte des présents motifs.