

A-863-85

A-863-85

**Canadian Pacific Limited (Applicant)**

v.

**Canadian Human Rights Commission, Peter Cumming and Wayne Mahon (Respondents)**

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC LTD. v. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)

Court of Appeal, Pratte, Marceau, and Hugessen JJ.—Montréal, March 30; Ottawa, June 16, 1987.

*Human rights — Refusal by railway to hire insulin dependent diabetic as trackman — Human Rights Tribunal holding refusal not based on bona fide occupational requirement — Application to review Tribunal's finding risks not sufficiently great as to justify refusal to hire — Application allowed — Tribunal applying wrong standard — Job-related requirement bona fide occupational requirement if reasonably necessary to eliminate sufficient risk of serious damage — "Sufficiency" standard referring to reality of risk, not degree.*

This is a section 28 application to review and set aside the decision of a Human Rights Tribunal that the applicant, Canadian Pacific Limited, had engaged in a discriminatory practice by refusing to hire the respondent, Mahon, as a trackman because he was an insulin dependent diabetic. Canadian Pacific argued that the refusal was based on a "bona fide occupational requirement" authorized by paragraph 14(a) of the *Canadian Human Rights Act*. The Tribunal found that there was "some added risk to employing an insulin dependent diabetic as trackman". It went on to conclude however that the risks involved in employing a stable diabetic such as the respondent were not sufficiently great to warrant the refusal to hire. The applicant raised four arguments attacking the manner in which the Tribunal made that finding, including the argument that the Tribunal applied a wrong standard when it held that a *bona fide* occupational requirement relating to safety had to increase safety by a substantial amount.

*Held*, the application should be allowed.

*Per* Pratte J. (Hugessen J. concurring): The Tribunal applied a wrong standard when it concluded that a *bona fide* occupational requirement relating to safety must necessarily increase safety substantially and that an employer's requirement that merely eliminates a small risk of serious damage cannot qualify as a *bona fide* occupational requirement. The decision of the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, is authority for the proposition that a requirement imposed by an employer in the interest of safety must, in order to qualify as a *bona fide* occupational requirement, be reasonably necessary in order to eliminate a sufficient risk of damage. In *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561,

**Canadien Pacifique Limitée (requérante)**

c.

**Commission canadienne des droits de la personne, Peter Cumming et Wayne Mahon (intimés)**

RÉPERTORIÉ: CANADIEN PACIFIQUE LTÉE C. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE)

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Hugessen—Montréal, 30 mars; Ottawa, 16 juin 1987.

*Droits de la personne — Refus de la compagnie ferroviaire d'engager un diabétique insulino-dépendant comme agent de la voie — Le tribunal des droits de la personne conclut que le refus n'est pas fondé sur des exigences professionnelles normales — Demande d'examen de la décision du tribunal selon laquelle les risques ne sont pas assez grands pour justifier le refus d'engager l'intimé — Demande accueillie — Le tribunal a appliqué le mauvais critère — Une exigence liée au travail constitue une exigence professionnelle normale si elle est nécessaire pour éliminer un risque suffisant de blessures graves — L'adjectif «suffisant» se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré.*

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 tendant à l'examen et à l'annulation de la décision dans laquelle un tribunal des droits de la personne concluait que la requérante, Canadien Pacifique Limitée, avait commis un acte discriminatoire en refusant d'engager l'intimé, M. Mahon, en qualité d'agent de la voie au seul motif qu'il était un diabétique insulino-dépendant. Le Canadien Pacifique a soutenu que son refus était fondé sur des «exigences professionnelles normales» et autorisé par l'alinéa 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le tribunal a conclu qu'il existe «un risque accru au fait d'embaucher un diabétique insulino-dépendant comme sectionnaire», mais il a ajouté que les dangers que présente l'embauchage d'un diabétique stable comme l'intimé n'étaient pas suffisamment sérieux pour justifier le refus de l'engager. La requérante a soulevé quatre moyens pour attaquer la façon dont le tribunal a rendu sa décision, y compris le moyen selon lequel le tribunal aurait appliqué le mauvais critère lorsqu'il a conclu qu'une exigence professionnelle normale relative à la sécurité devait accroître cette dernière considérablement.

*Arrêt*: la demande devrait être accueillie.

Le juge Pratte (avec l'appui du juge Hugessen): le tribunal a appliqué le mauvais critère lorsqu'il a conclu qu'une exigence professionnelle normale relative à la sécurité doit nécessairement augmenter celle-ci considérablement, et que l'exigence de l'employeur qui ne fait qu'éliminer un léger risque de blessures graves ne peut être considérée comme une exigence professionnelle normale. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, appuie la proposition selon laquelle une exigence imposée par l'employeur dans l'intérêt de la sécurité doit, pour être reconnue comme une exigence professionnelle normale, être raisonnablement nécessaire afin d'éliminer un risque suffisant de

the Supreme Court upheld as a *bona fide* occupational requirement one which, if not complied with, would expose the employee to a "greater likelihood of injury—though only slightly greater". The effect of those decisions is that, *a fortiori*, a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage to the public must be said to be a *bona fide* occupational requirement. Once the Tribunal found that the applicant's policy not to employ insulin dependent diabetics as trackmen was reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage to the applicant, its employees and the public, there was only one decision it could legally make, namely, that the refusal to engage the respondent was based on a *bona fide* occupational requirement and, therefore, did not constitute a discriminatory practice.

The Tribunal made an error in not considering the possibility that the respondent might not at all times have sugar with him as protection against a possible hypoglycemic reaction. It was, however, unnecessary to determine whether such an error justified court intervention in view of the finding, *supra*, that the Tribunal had applied a wrong standard. It was for the same reason, unnecessary to determine the merits of the applicant's argument that the Tribunal erroneously found that the odds were 10,000 to one against the respondent having a severe reaction at a time he, his co-workers or the public might suffer injury. Finally, whether the evidence disclosed that there was a substantial risk involved in employing insulin dependent diabetics as trackman was a question of fact which the Court did not have the power to decide.

*Per* Marceau J.: The phrase "sufficient risk of employee failure", used by McIntyre J. in the *Etobicoke* case means that the evidence must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. The "sufficiency" contemplated refers to the reality of the risk, not its degree. By interpreting paragraph 14(a) of the *Canadian Human Rights Act* as it did, the Tribunal was attributing it a scope and intent which it does not have.

Moreover, the *Bhinder* decision teaches that the proper approach to verify whether an occupational requirement, adopted in good faith for the sake of safety, meets the objective test of paragraph 14(a) as set out in *Etobicoke*, is to look into the duties to be performed and the conditions demanded for their proper performance and then to compare those requirements against the capabilities and limitations of the class of persons affected. The Tribunal first found that the diminution of certain physical attributes required for the position of trackman might "put an employee, co-workers, and the general public at greater risk in terms of safety". It found, in a second step, that even stable diabetics, like the respondent, Mahon, could suffer such a diminution, a possibility which was "real . . . and not farfetched or fanciful". Those two findings led to the unavoidable conclusion that the policy not to hire insulin dependent diabetics was based on a *bona fide* occupational requirement. In going further by assessing the respondent's physical attributes and determining that notwithstanding his being an insulin dependent diabetic, his limitations, although

blessures. Dans l'arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, la Cour suprême a reconnu comme étant une exigence professionnelle normale celle qui, si elle n'était pas respectée, exposerait l'employé à un «risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand». Il ressort de ces décisions qu'à plus forte raison, l'exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale. Dès lors que le tribunal avait conclu que la politique de la requérante de ne pas employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie était raisonnablement nécessaire pour éliminer un risque réel de blessures graves pour la requérante, ses employés et le public, une seule décision s'imposait au regard de la loi, à savoir que le refus d'employer l'intimé était fondé sur une exigence professionnelle normale, et qu'en conséquence il ne constituait pas un acte discriminatoire.

Le tribunal a commis une erreur en ne prenant pas en considération la possibilité que l'intimé puisse ne pas toujours avoir du sucre sur lui pour se protéger contre une éventuelle réaction hypoglycémique. Il était toutefois inutile de déterminer si cette erreur justifiait l'intervention de la Cour étant donné la conclusion susmentionnée que le tribunal avait appliqué le mauvais critère. Pour la même raison, il était inutile de statuer sur le bien-fondé de l'argument de la requérante selon lequel le tribunal a erronément conclu que les chances sont d'environ 10 000 contre 1 que l'intimé ait une grave réaction dans une situation où lui-même, ses collègues ou le public pourraient subir des blessures. Finalement, la question de savoir si la preuve révélait ou non qu'il y avait un danger considérable à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie était une question de fait dont la Cour ne pouvait être saisie.

Le juge Marceau: Lorsque le juge McIntyre a parlé, dans l'arrêt *Etobicoke*, d'un «risque d'erreur humaine suffisant», il visait la preuve, qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. L'adjectif «suffisant» se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré. En interprétant l'alinéa 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comme il l'a fait, le tribunal lui attribuait une portée et un esprit qu'il n'a pas.

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

real, were under sufficient control, the Tribunal moved away from the teachings of *Bhinder* which rejected such an individualized approach to paragraph 14(a).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 3(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2), 7(a), 14(a) (as am. *idem*, s. 7), 39 (as am. *idem*, s. 19).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

##### APPLIED:

*Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202.

##### COUNSEL:

*Marc Shannon* for applicant.  
*René Duval* for respondents.  
*David Baker* for Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and the Canadian Diabetes Association.

##### SOLICITORS:

*Legal Department, Canadian Pacific Limited*, Montréal, for applicant.  
*Legal Department, Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for respondents.

*David Baker*, Toronto, for Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and the Canadian Diabetes Association.

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

PRATTE J.: This is an application under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] to review and set aside a decision rendered by a Human Rights Tribunal appointed under section 39 of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 19)] in respect of a complaint filed by the respondent, Wayne Mahon.

l'intimé pour en arriver à la conclusion qu'en dépit de sa dépendance de l'insuline, ses limites, bien que réelles, étaient suffisamment contrôlées, le tribunal s'est écarté des conclusions de l'arrêt *Bhinder* qui ont rejeté une interprétation aussi individualisée de l'alinéa 14a).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 3(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2), 7a), 14a) (mod., *idem*, art. 7), 39 (mod., *idem*, art. 19).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION SUIVIE:

*Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561.

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202.

#### AVOCATS:

*Marc Shannon* pour la requérante.  
*René Duval* pour les intimés.  
*David Baker* pour la Coalition des organisations provinciales des handicapés et l'Association canadienne du diabète.

#### PROCUREURS:

*Contentieux, Canadien Pacifique Limitée*, Montréal, pour la requérante.  
*Contentieux, Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour les intimés.  
*David Baker*, Toronto, pour la Coalition des organisations provinciales des handicapés et l'Association canadienne du diabète.

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

LE JUGE PRATTE: Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10] tendant à l'examen et à l'annulation de la décision rendue par un tribunal des droits de la personne constitué en vertu de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143,

The substance of that complaint, which was found by the Tribunal to be substantiated, was that the applicant, Canadian Pacific Limited, had engaged in a discriminatory practice within the meaning of paragraph 7(a) and subsection 3(1) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 2] of the *Canadian Human Rights Act* by refusing to employ Mr. Mahon as a trackman for the sole reason that he was a diabetic who had to take daily injections of insulin.<sup>1</sup> The position of Canadian Pacific Limited before the Tribunal was that its refusal to employ Mr. Mahon was not a discriminatory practice since it was "based on a *bona fide* occupational requirement" and authorized by paragraph 14(a) of the Act [as am. *idem*, s. 7].<sup>2</sup> The whole debate before the Tribunal, therefore, turned on the applicability of paragraph 14(a) to the circumstances of the case: Was it a *bona fide* requirement that persons employed as trackmen by Canadian Pacific Limited should not be insulin dependent diabetics?

In order to enable the Tribunal to answer that question, much evidence was adduced. Some of it related to the nature of the work done by trackmen. It showed, according to the Tribunal's findings, that

<sup>1</sup> Subsection 3(1) and paragraph 7(a) of the *Canadian Human Rights Act* read as follows:

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

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,  
(a) to refuse to employ or continue to employ any individual . . .

on a prohibited ground of discrimination.

<sup>2</sup> That paragraph reads as follows:

14. 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;

art. 19)] relativement à une plainte déposée par l'intimé, Wayne Mahon.

La plainte, dont le tribunal a conclu qu'elle était justifiée, tenait essentiellement au fait que la requérante, Canadien Pacifique Limitée, aurait commis un acte discriminatoire au sens accordé à cette expression à l'alinéa 7a) et au paragraphe 3(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 2], en refusant d'engager M. Mahon en qualité d'agent de la voie au seul motif qu'il était un diabétique qui devait avoir quotidiennement des injections d'insuline<sup>1</sup>. Le Canadien Pacifique Limitée a soutenu devant le tribunal que son refus d'employer M. Mahon ne constituait pas un acte discriminatoire puisqu'il était «fondé sur des exigences professionnelles normales» et autorisé par l'alinéa 14a) de la Loi [mod., *idem*, art. 7]<sup>2</sup>. Les débats devant le tribunal ont donc essentiellement porté sur l'applicabilité de l'alinéa 14a) aux circonstances de l'espèce: est-ce une exigence professionnelle normale que d'exiger que les personnes employées par le Canadien Pacifique Limitée en qualité d'agents de la voie ne soient pas des diabétiques insulino-dépendants?

De nombreux éléments de preuve ont été soumis dans le but de permettre au tribunal de répondre à cette question. Une partie de cette preuve portait sur la nature du travail des agents de la voie; elle démontrait, selon les conclusions du tribunal, que

<sup>1</sup> Le paragraphe 3(1) et l'alinéa 7a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont libellés comme suit:

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

7. Constitue un acte discriminatoire le fait  
a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu . . .

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

<sup>2</sup> Cet alinéa est ainsi libellé:

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires  
a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

... the position of "section man" or "track man" within the Respondent's business operation is one that requires certain physical attributes, specifically, alertness, strength, and dexterity, and that any diminution of these attributes in an individual in the work environment may put an employee, co-workers, and the general public at greater risk in terms of safety. As well, the property of the Respondent would be at greater risk.

The rest of the evidence was mostly of a medical nature. Doctors explained the nature of diabetes and the risks of employing insulin dependent diabetics. One of those experts had examined the complainant and testified as to his state of health.

Diabetes is an illness that is characterized by the inability of the human body to assimilate the sugar that is present in the blood. In order to survive, the human body needs sugar. Sugar is present in the blood but cannot be assimilated unless there also be present a sufficient quantity of insulin, a substance which is normally produced by the pancreas. If the pancreas does not produce insulin in sufficient quantities, the body cannot assimilate all the sugar it needs: that is diabetes.

In some persons, the pancreas does not produce any insulin at all and they must, in order to survive, take daily injections of insulin. That is the case of all insulin dependent diabetics and, in particular, of Mr. Mahon. A daily injection of insulin is for them a necessity. But it also presents a danger. A balance must always be maintained between the respective quantities of insulin and sugar that are present in the blood since, if there is too much insulin, the person in question will suffer a hypoglycemic reaction. That kind of reaction first manifests itself by mild symptoms like weakness, blurring of vision, perspiration and tingling of the hands. During that first stage, which normally lasts approximately fifteen minutes, the reaction may easily be stopped if the subject eats a sufficient quantity of sugar to re-establish a proper balance within his system. That is the reason why insulin dependent diabetics must always have sugar with them. If the reaction is not stopped at that early stage, it quickly becomes more severe and degenerates into what is called a neuroglycopenic reaction which affects the central nervous system and manifests itself by disorientation, loss of co-ordination, dizziness, confusion, lack of good

... le poste de «sectionnaire» ou «agent de la voie» dans le domaine d'exploitation du mis en cause [en l'espèce, la requérante], exige certaines qualités physiques et plus particulièrement de la vigilance, de la force et de la dextérité et toute diminution de ces qualités chez une personne en milieu de travail peut faire augmenter les risques, en matière de sécurité, pour l'employé, ses collègues de travail et le grand public. En outre, le risque serait plus élevé pour la propriété du mis en cause.

Le reste de la preuve était surtout de nature médicale. Des médecins ont expliqué la nature du diabète et les dangers qu'il y a à employer des diabétiques insulino-dépendants. L'un de ces médecins avait examiné le plaignant et il a témoigné sur son état de santé.

Le diabète est une maladie caractérisée par l'incapacité du corps humain à assimiler le sucre qui se trouve dans le sang. Pour survivre, le corps humain a besoin de sucre; cette substance se trouve présente dans le sang, et elle ne peut être assimilée qu'à l'aide d'une quantité suffisante d'insuline, substance normalement sécrétée par le pancréas. Si cet organe ne produit pas de l'insuline en quantité suffisante, l'organisme ne peut assimiler tout le sucre dont il a besoin, d'où le diabète.

Chez certaines personnes, le pancréas ne sécrète aucune insuline, ce qui les oblige, pour survivre, à avoir des injections quotidiennes de cette substance. C'est le cas de tous les diabétiques insulino-dépendants et, en particulier, de M. Mahon. Pour eux, une injection quotidienne d'insuline est une nécessité. Mais cela présente aussi un danger. En effet, un équilibre doit être constamment maintenu entre les quantités respectives d'insuline et de sucre présentes dans le sang, car un taux d'insuline trop élevé entraînera une réaction hypoglycémique. Cette réaction se manifeste tout d'abord par des symptômes légers tels la faiblesse, des troubles de vision, la sudation et un tremblement des mains. Au cours de ce premier stade, qui dure normalement environ une quinzaine de minutes, la réaction du diabétique peut facilement être arrêtée s'il consomme une quantité suffisante de sucre pour rétablir l'équilibre nécessaire dans son système. C'est la raison pour laquelle les diabétiques insulino-indépendants doivent toujours avoir du sucre sur eux. Si la réaction n'est pas arrêtée à ce stade préliminaire, elle s'aggrave rapidement pour devenir une réaction neuro-glycopenique qui affecte le système nerveux central et se manifeste par la

judgment and, ultimately, loss of consciousness. Once the reaction has reached this second stage, the victim needs help.

A severe neuroglycopenic reaction is normally preceded by a mild reaction. That is not invariably the case. It may sometimes occur without warning.

If there is a risk in employing insulin dependent diabetics, it does not come directly from their illness but, rather, from the fact that they take insulin. It is the taking of insulin that makes them susceptible to hypoglycemic reactions. Some diabetics, however, can, more easily than others, control their illness and maintain a proper balance of the insulin and sugar in their system. For that reason they are less likely to experience severe hypoglycemic reactions. They are called stable diabetics. Mr. Mahon is one of them. There is always a possibility, however, that even a stable diabetic will, on occasion, experience mild hypoglycemic reactions; there is also a possibility that a stable diabetic may experience a sudden severe neuroglycopenic reaction. The findings of the Tribunal on this point read as follows:

Second, the medical evidence establishes that even in respect of a so-called "stable diabetic" there is a reasonable probability that there will be, on occasion, a hypoglycemic reaction in the work environment. Indeed, this is true of the employment experience of Mr. Mahon. However, a hypoglycemic reaction which consists only of adrenergic symptoms is controllable by the diabetic who has preplanned for the contingency by ensuring quick access to sugar. Third, the medical evidence establishes that there is a possibility (but not probability) that Mr. Mahon may, on the occasion of a hypoglycemic reaction in the work environment, have a neuroglycopenic reaction without first having adrenergic symptoms. In such event, Mr. Mahon would not be able to take preventive measures to stave-off the neuroglycopenic reaction (there being no warning symptoms). Hence, Mr. Mahon's alertness, strength and dexterity would deteriorate or fail, and depending upon the specific, given situation he then found himself in within the context of his work environment, he, his co-workers, and the general public might be a greater risk than otherwise.

The possibility of a neuroglycopenic reaction in Mr. Mahon's case is real but unlikely, given the evidence of the medical experts, Drs. Joron and Reynolds (and supported by the medical literature), which I accept. It is not farfetched or fanciful. Their evidence is unequivocally that stable diabetics like Mr. Mahon can unpredictably proceed to a neuroglycopenic reaction. Hence, their evidence suggests unequivocally that C.P.R.'s

désorientation, le manque de coordination, les étourdissements, la confusion mentale, le manque de discernement et, finalement, la perte de conscience. Lorsque la réaction a atteint ce second stade, la victime a besoin d'aide.

La réaction neuro-glycopenique grave est normalement précédée d'une légère réaction, mais ce n'est pas toujours le cas. Elle peut parfois se produire sans avertissement.

S'il y a un risque à employer un diabétique, il ne réside pas directement dans sa maladie, mais plutôt dans le fait qu'il prend de l'insuline. C'est l'insuline qui le rend susceptible d'une réaction hypoglycémique. Certains diabétiques, toutefois, peuvent, plus facilement que d'autres, contrôler leur maladie et maintenir dans leur système l'équilibre voulu entre l'insuline et le sucre. Pour cette raison, ils sont moins susceptibles d'être victimes de réactions hypoglycémiques graves. Ce sont les diabétiques stables, au nombre desquels se trouve M. Mahon. Il existe toujours la possibilité, cependant, qu'un diabétique stable éprouve parfois de légères réactions hypoglycémiques; il existe aussi la possibilité qu'un diabétique stable subisse soudainement une grave réaction neuro-glycopenique. Les conclusions du tribunal sur ce point sont les suivantes:

En second lieu, les témoignages des médecins établissent que même dans le cas d'un soi-disant «diabétique stable», il existe une probabilité raisonnable qu'il aura, à l'occasion, une réaction hypoglycémique en milieu de travail. En fait, c'est effectivement ce qui s'est passé dans le cas de M. Mahon. Toutefois, une réaction hypoglycémique ne comportant que des symptômes adrénergiques peut être contrôlée par le diabétique qui s'est préparé en conséquence en conservant à portée de la main du sucre. Troisièmement, les témoignages des médecins établissent qu'il y a une possibilité (mais non une probabilité) que M. Mahon puisse, en cas de réaction hypoglycémique en milieu de travail, avoir une réaction neuro-glycopenique sans avoir au préalable éprouvé des symptômes adrénergiques. En l'occurrence, M. Mahon ne serait pas capable de prendre des mesures pour prévenir la réaction neuro-glycopenique (n'ayant eu aucun symptôme précurseur). Ainsi, la vigilance, la force et la dextérité de M. Mahon se détérioreraient ou feraient défaut et selon la situation dans laquelle il se trouverait alors en milieu de travail, lui-même, ses collègues de travail et le grand public auraient à faire face à des risques plus élevés qu'à l'habitude.

La possibilité d'une réaction neuro-glycopenique dans le cas de M. Mahon est réelle mais peu probable compte tenu des témoignages des experts médicaux, les docteurs Joron et Reynolds (appuyés par des documents médicaux) j'en conviens. Elle n'est ni outrée ni fantaisiste. Leur témoignage établit sans équivoque qu'il peut se produire une réaction neuro-glycopenique spontanée chez des diabétiques stables comme M. Mahon.

railway operation is more likely to be safer if insulin dependent diabetics are not hired as track men. The increase in "safety" through C.P.R.'s employment requirement is marginal but real.

The Tribunal decided that the requirement that a trackman be not an insulin dependent diabetic was not a *bona fide occupational requirement*. After referring to the decision of the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, the Tribunal concluded that, even if the refusal to employ unstable diabetics might be justified, the risks involved in employing a stable diabetic like Mr. Mahon were not sufficiently great to warrant the refusal of Canadian Pacific Limited to employ him.

The Tribunal's decision, therefore, assumes that it is possible for an employer to readily distinguish, among insulin dependent diabetics, those that are stable from those that are not. The applicant does not challenge that assumption. It attacks the Tribunal's decision on grounds that relate to the manner in which the Tribunal determined that the risks involved in employing stable diabetics as trackmen were not sufficiently great to warrant the refusal to employ them. The applicant says that, in making that determination, the Tribunal

(a) failed to consider relevant evidence;

(b) based itself on the wrong finding that the odds were 10,000 to one against Mr. Mahon having a severe neuroglycopenic reaction at a time when he, his co-workers or the public might suffer injury;

(c) applied a wrong standard when it held or assumed that a *bona fide occupational requirement* relating to safety had to increase safety by a substantial amount; and

(d) erred in failing to hold that the requirement here in question increased safety significantly and, for that reason, was a *bona fide occupational requirement*.

Before considering these attacks, a few observations are necessary.

Cela laisse donc à entendre de façon non équivoque que les opérations de chemin de fer du C.P.R. sont plus susceptibles d'être sécuritaires si on n'embauche pas de diabétiques insulino-dépendants comme agents de la voie. En posant une telle exigence professionnelle, l'accroissement de la «sécurité» est marginale mais réelle.

Le tribunal a conclu que la disposition excluant les diabétiques insulino-dépendants du poste d'agent de la voie ne constituait pas une *exigence professionnelle normale*. Après avoir renvoyé à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, le tribunal a conclu que même si le refus d'employer des diabétiques non stables pouvait se justifier, les risques qu'il y a à employer un diabétique stable comme M. Mahon n'étaient pas suffisamment élevés pour justifier le refus du Canadien Pacifique Limitée de l'embaucher.

La décision du tribunal laisse donc présumer qu'un employeur peut facilement distinguer, parmi les diabétiques insulino-dépendants, ceux qui sont stables de ceux qui ne le sont pas. La requérante ne met pas en doute cette hypothèse. Elle s'en prend à la décision du tribunal pour des motifs qui portent sur la façon dont ce dernier a déterminé que les dangers qu'il y a à employer des diabétiques stables en qualité d'agents de la voie n'étaient pas suffisamment sérieux pour justifier le refus de les engager. La requérante dit qu'en rendant cette décision, le tribunal

a) n'a pas tenu compte de la preuve pertinente;

b) s'est fondé sur la conclusion erronée que les chances sont d'environ 10 000 contre 1 que M. Mahon ait une grave réaction neuro-glycopenique à un moment où lui, ses collègues ou le public pourraient subir des blessures;

c) a appliqué le mauvais critère lorsqu'il a conclu ou présumé qu'une exigence professionnelle normale relative à la sécurité devait accroître cette dernière considérablement;

d) a commis une erreur en ne concluant pas que l'exigence contestée en l'espèce accroissait considérablement la sécurité et, pour cette raison, constituait une exigence professionnelle normale.

Avant d'étudier ces objections, quelques observations s'imposent.

In the *Etobicoke* case *supra*, which involved the forced retirement of an employee, the Supreme Court stated that, under the *Ontario Human Rights Code*, once a complainant has established a *prima facie* case of discrimination, he is entitled to relief unless the employer proves justification. When the justification is that the refusal to employ was based on a *bona fide* occupational requirement, the employer has the onus of proving that justification "according to the ordinary civil standard of proof". Mr. Justice McIntyre had then this to say with respect to *bona fide* occupational requirements [at pages 208-212]:

Two questions must be considered by the Court. Firstly, what is a *bona fide* occupational qualification and requirement within s. 4(6) of the Code and, secondly, was it shown by the employer that the mandatory retirement provisions complained of could so qualify? In my opinion, there is no significant difference in the approaches taken by Professors Dunlop and McKay in this matter and I do not find any serious objection to their characterization of the subjective element of the test to be applied in answering the first question. To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

The answer to the second question will depend in this, as in all cases, upon a consideration of the evidence and of the nature of the employment concerned. As far as the subjective element of the matter is concerned, there was no evidence to indicate that the motives of the employer were other than honest and in good faith in the sense described. It will be the objective aspect of the test which will concern us.

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

It would be unwise to attempt to lay down any fixed rule covering the nature and sufficiency of the evidence required to justify a mandatory retirement below the age of sixty-five

Dans la décision *Etobicoke*, susmentionnée, où il était question de la mise à la retraite obligatoire d'un employé, la Cour suprême a statué que, sous le régime du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, lorsque le plaignant établit qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. Lorsque cette justification est que le refus d'employer est une exigence professionnelle normale, il incombe à l'employeur d'en faire la preuve «conformément à la règle normale de la preuve en matière civile». Le juge McIntyre a alors ajouté ceci relativement aux exigences professionnelles normales [aux pages 208 à 212]:

La Cour doit examiner deux questions. En premier lieu, qu'est-ce qu'une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6) du Code, et, en second lieu, l'employeur a-t-il démontré que les dispositions relatives à la retraite obligatoire qui font l'objet de la plainte peuvent être ainsi qualifiées? A mon avis, les positions adoptées respectivement par les professeurs Dunlop et McKay en la matière ne diffèrent pas sensiblement et je ne vois aucune objection sérieuse à leur description de l'élément subjectif du critère qui doit être appliqué pour répondre à la première question. Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

La réponse à la seconde question dépend en l'espèce, comme dans tous les cas, de l'examen de la preuve et de la nature de l'emploi concerné. Quant à l'élément subjectif de la question, aucune preuve ne démontre que les motifs de l'employeur n'étaient pas honnêtes et sincères au sens qui a été décrit. Nous nous intéresserons donc à l'aspect objectif du critère.

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

Il serait imprudent de tenter de formuler une règle fixe concernant la nature et le caractère suffisant de la preuve requise pour justifier la retraite obligatoire avant l'âge de



under the provisions of s. 4(6) of the Code. In the final analysis the board of inquiry, subject always to the rights of appeal under s. 14d of the Code, must be the judge of such matters.

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

I now turn to the other three points raised by the applicant.

1. THE FAILURE OF THE TRIBUNAL TO CONSIDER RELEVANT EVIDENCE

The Tribunal makes clear in its decision that, in its view, the only real risk involved in employing an insulin dependent diabetic like Mr. Mahon as a trackman arises from the possibility that a stable diabetic might suddenly experience a severe neuroglycopenic reaction. The Tribunal did not attach any importance to the possibility that the employee might suffer a mild hypoglycemic reaction at a time when, due to his negligence or another reason beyond his control, he did not have sugar with him and could not, for that reason,

soixante-cinq ans en vertu des dispositions du par. 4(6) du Code. En dernière analyse et toujours sous réserve du droit d'appel prévu à l'art. 14d du Code, le commissaire enquêteur doit être le juge en cette matière . . .

a En l'espèce tout comme dans l'affaire *Etobicoke*, l'élément subjectif de l'exigence en question n'a soulevé aucune difficulté. La seule question à résoudre était de savoir si la preuve permettait de conclure que les agents de la voie insulino-dépendants présentaient «un risque d'erreur humaine suffisant» pour justifier le refus du Canadien Pacifique Limitée de les employer. C'était là une question de fait. Par conséquent, la requérante attaque ce qui est essentiellement une conclusion de fait.

b Normalement, une telle conclusion ne peut faire l'objet de l'examen visé à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pour avoir gain de cause, la requérante doit donc démontrer soit que le tribunal a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, soit qu'il a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de la façon décrite à l'alinéa 28(1)c) de la *Loi sur la Cour fédérale*. La requérante ne peut demander à la Cour d'étudier la preuve et de substituer son opinion à celle du tribunal sur la question qu'il a décidée. Pour cette raison, la dernière attaque de la requérante contre la décision du tribunal n'a pas à être examinée. La question de savoir si la preuve révélait ou non qu'il y avait un danger considérable à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie était une question de fait que le tribunal devait décider et dont cette Cour ne peut être saisie.

g J'en arrive maintenant aux trois autres points soulevés par la requérante.

1. LE DÉFAUT DU TRIBUNAL DE PRENDRE EN CONSIDÉRATION LES ÉLÉMENTS DE PREUVE PERTINENTS

Le tribunal dit clairement dans sa décision qu'à son avis, le seul danger réel qu'il y a à employer un diabétique insulino-dépendant comme M. Mahon en qualité d'agent de la voie réside dans la possibilité qu'un diabétique stable peut soudainement être victime d'une grave réaction neuro-glycopenique. Le tribunal n'a attaché aucune importance à la possibilité que l'employé en question puisse avoir une réaction hypoglycémique légère à un moment où, en raison de sa négligence ou d'une autre raison échappant à sa volonté, il n'aurait pas de

prevent the reaction from degenerating into a severe incapacitating reaction.

On this subject, the Tribunal merely said this:

Moreover, Mr. Mahon must also keep sugar on his person (or ensure that he has quick access to it otherwise) as protection in respect of a possible hypoglycemic reaction. This again is easily within his control. An employer cannot say that because an employee may be negligent in not having sugar available, he will not be hired. Another prospective employee may negligently forget to bring to work his corrective eyeglasses, with dire consequences. Another employee may be negligent in not having an allergy shot, which causes him to function poorly. Mr. Mahon should not be precluded from employment on the basis that he hypothetically may be negligent in respect of something he is to do (having sugar on his person) which is easily within his control.

The applicant says that the Tribunal erred in failing to take into consideration the possibility that Mr. Mahon might not at all times have sugar with him. I agree with that criticism. In assessing the risks involved in employing Mr. Mahon as a trackman, the Tribunal had to take into consideration all possibilities. It could not, as it appears to have done here, exclude some of them.

Is this error of the Tribunal such as to permit this Court to intervene under section 28 of the *Federal Court Act*? This difficult question would have to be answered if the Tribunal's decision were not vitiated by any other error. However, as will be seen, such is not the case.

2. THE TRIBUNAL WRONGLY FOUND THAT THE ODDS WERE 10,000 TO ONE AGAINST MR. MAHON HAVING A SEVERE REACTION AT A TIME WHEN HE, HIS CO-WORKERS OR THE PUBLIC MIGHT SUFFER INJURY

In trying to assess the risks arising from the possibility that a stable diabetic like Mr. Mahon might have a sudden severe hypoglycemic reaction, the Tribunal expressed itself in the following terms:

However, there is the slight possibility that Mr. Mahon may have a neuroglycopenic reaction without first having an adren-

sucre sur lui et se trouverait donc incapable d'empêcher cette réaction de s'aggraver et de le rendre incapable d'accomplir ses fonctions.

<sup>a</sup> À ce sujet, le tribunal a simplement dit ce qui suit:

<sup>b</sup> En outre, M. Mahon doit toujours avoir du sucre à portée de la main (ou s'assurer qu'il peut s'en procurer rapidement) pour empêcher une réaction hypoglycémique possible. Il contrôle aussi ce genre de situation. Un employeur ne peut dire qu'il n'embauchera pas une personne parce qu'elle peut négliger d'avoir du sucre en sa possession. Un autre employé éventuel peut, par négligence oublier d'amener ses verres correcteurs sans qu'il y ait de conséquences désastreuses\*. Un autre employé peut négliger ses injections anti-allergiques l'empêchant de fonctionner normalement. M. Mahon ne devrait pas se voir exclu d'un emploi pour la raison qu'il pourrait faire preuve de négligence face à une chose qu'il doit faire (avoir du sucre sur lui) et qu'il contrôle facilement.

<sup>d</sup> La requérante dit que le tribunal a commis une erreur en ne prenant pas en considération la possibilité que M. Mahon puisse ne pas toujours avoir du sucre sur lui. Je trouve ce reproche fondé. En appréciant les dangers qu'il y avait à employer M. Mahon en qualité d'agent de la voie, le tribunal devait prendre en considération toutes les possibilités. Il ne pouvait pas, comme il semble l'avoir fait en l'espèce, en exclure quelques-unes.

<sup>f</sup> Cette erreur du tribunal est-elle de celles qui justifient l'intervention de cette Cour en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*? Il faudrait répondre à cette question difficile si aucune autre erreur ne venait entacher de nullité la décision du tribunal, ce qui n'est pas le cas, comme nous allons le voir.

<sup>g</sup> 2. LE TRIBUNAL A ERRONÉMENT CONCLU QUE LES CHANCES SONT D'ENVIRON 10 000 CONTRE 1 QUE M. MAHON AIT UNE GRAVE RÉACTION DANS UNE SITUATION OÙ LUI-MÊME, SES COLLÈGUES OU LE PUBLIC POURRAIENT SUBIR DES BLESSURES

<sup>i</sup> En s'efforçant d'apprécier les dangers inhérents à la possibilité qu'un diabétique stable comme M. Mahon puisse avoir une grave et soudaine réaction hypoglycémique, le tribunal s'est exprimé comme suit:

Toutefois, il y a une légère possibilité que M. Mahon puisse avoir une réaction neuro-glycopenique sans passer au préalable

\* Note de l'arrêviste: la phrase «sans qu'il y ait de conséquences désastreuses» devrait se lire «ce qui entraînerait des conséquences désastreuses».

ergic reaction. Such an event is beyond his control and cannot be prevented. This poses an added risk to Mr. Mahon, his prospective employer, co-workers and the general public. How does one quantify the added degree of risk? Given the evidence in this case, I would infer that the odds are in the nature of at least 500 to 1 against the possibility of Mr. Mahon having a neuroglycopenic reaction (without first having an adrenergic reaction) at any time. Moreover, I would estimate that from a working time standpoint, five per cent of Mr. Mahon's working time, at most, might constitute situations where, if he had a neuroglycopenic reaction, he might endanger himself, his co-workers, or the public.

Making such inferences from the evidence, we are left with an individual as a Complainant who has at most a .2 per cent chance of ever having a neuroglycopenic reaction due to events beyond his control, which would have to occur specifically within about five percent of his working time for his debilitation due to the reaction to constitute any danger to persons or property. That is, the odds are roughly some 10,000 to 1 against Mr. Mahon (given no other changes in his health) having a neuroglycopenic reaction during a situation where he, co-workers or the public might suffer injury. Does his disability therefore constitute a "sufficient" risk?

It is impossible to find support in the evidence for the figures used by the Tribunal in that passage. Does it follow that the decision is bad?—Not necessarily. The answer would probably be affirmative if the Tribunal had based its decision on those wrong figures; the answer would clearly be negative if the Tribunal had, in using those figures, merely tried to express in mathematical terms its opinion that the risk disclosed by the evidence, while real, was not substantial. It is not easy to choose between those two possibilities. Neither is it necessary since the examination of the applicant's third ground of attack will disclose that the Tribunal made another serious error which clearly vitiates its decision.

### 3. THE TRIBUNAL APPLIED A WRONG STANDARD IN DETERMINING WHETHER THERE WAS A BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT

In the course of its decision, the Tribunal said this:

The mere presence of some safety risk cannot result in the denial of an employment position to a disabled applicant. Every human activity involves some risks. Moreover, everything else being equal, it cannot be asserted that a slight increase in risk through employing a disabled person should be considered unacceptable by an employer. For example, persons confined to wheel chairs would presumably take longer on average to

par la phase adrénérique. Il n'a aucun contrôle sur une telle éventualité et ne peut la prévenir. Cela fait augmenter le risque pour M. Mahon, son employeur éventuel, ses collègues de travail et le grand public. Comment peut-on quantifier ce risque accru? À la lumière des témoignages entendus, j'en déduis que les chances sont de l'ordre de 1 contre 500 que M. Mahon ait un jour une réaction neuro-glycopenique (sans passer par la phase adrénérique). En outre, j'évalue qu'en termes d'heures de travail, une proportion de 5 % du temps de M. Mahon pourrait représenter des situations où, advenant une réaction neuro-glycopenique, il se trouve lui-même en danger, ainsi que ses collègues de travail ou le public.

En tirant de telles conclusions à la suite des témoignages, nous sommes en présence d'une personne, le plaignant, dont le risque d'avoir un jour une réaction neuro-glycopenique attribuable à des éléments sur lesquels il n'exerce aucun contrôle est, au plus, de 0,2 %; en outre, il faudrait que la réaction se produise précisément pendant les 5 % de ses heures de travail pour que la défaillance qu'elle entraîne représente un danger pour les gens ou la propriété. Cela revient à dire que les chances sont environ de quelque 10 000 contre 1 (en supposant aucun changement de son état de santé) que M. Mahon ait une réaction neuro-glycopenique dans une situation où lui-même, ses collègues de travail ou le public peuvent subir des blessures. En conséquence, un tel handicap constitue-t-il un risque «suffisant»?

Il est impossible de trouver dans la preuve une justification des chiffres cités par le tribunal dans cet extrait. Faut-il en conclure que la décision est mauvaise? Pas nécessairement. La réponse serait probablement affirmative si le tribunal avait fondé sa décision sur ces chiffres erronés; la réponse serait clairement négative si le tribunal s'était contenté, à l'aide de ces chiffres, d'exprimer en termes mathématiques son opinion que le risque révélé par la preuve, si réel soit-il, n'est pas considérable. Le choix entre ces deux possibilités n'est pas facile. Il n'est pas non plus nécessaire, puisque l'étude du troisième motif d'appel de la requérante révèle que le tribunal a commis une autre erreur grave qui entache clairement sa décision de nullité.

### 3. LE TRIBUNAL A APPLIQUÉ LE MAUVAIS CRITÈRE POUR DÉTERMINER S'IL S'AGISSAIT D'UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE NORMALE

Dans sa décision, le tribunal dit ce qui suit:

Le simple fait qu'il y ait risque pour la sécurité ne devrait pas entraîner le refus d'un emploi à un requérant handicapé. Toute activité humaine comporte des risques. En outre, tous autres critères étant égaux, on ne peut prétendre qu'une légère augmentation du risque que représente l'embauche d'une personne frappée d'incapacité devrait être considérée inacceptable par un employeur. Par exemple, en moyenne les personnes en fauteuil

evacuate a tall office building in the event of a fire. Notwithstanding that added risk to such persons, few people would argue that employers could for this reason alone deny employment opportunities to persons confined to wheel chairs.

Inherent to the term "sufficient risk" is a two-fold approach in making a decision. First, the evidence will suggest the likelihood of the risk being realized and the possibility of injury and damage that might result in such eventuality. I have already concluded that there is some added risk to employing an insulin dependent diabetic as a trackman.

However, it is very difficult to quantify the added degree of risk in a situation as the one at hand.

A decision on "sufficient risk" really involves two determinations: first, an evaluation of the factual evidence as to the probability of accident and injury/damage due to the disability as I have attempted to do; and second, a judgmental decision as to whether the level of risk to safety is acceptable or not. An "insufficient risk" will not constitute a b.f.o.r. defence for the employer. Human rights legislation, with its objective of "equality of opportunity" is based upon the fundamental values of our society. Everyone is entitled to recognition of his and her inherent dignity as a person, with the right to "equality of opportunity" in being free to self-development and self-realization. Society must accept some added risks in exchange for the benefits conferred upon the disabled in enhancing their freedom to truly achieve equality of opportunity. Moreover, all of society generally benefits indirectly in the enhancement of core values in respect of such a minority group.

The Tribunal thereafter mentioned the fact that insulin diabetics are allowed to drive cars in spite of the fact that some statistics show that they are involved in more accidents than other drivers and proceeded to say:

In referring to this, I do not at all suggest that stable diabetics not be allowed to hold drivers' licences. I simply point out that society is quite prepared, on a balancing of costs and benefits, to accept the increased risk of stable diabetics like Mr. Mahon driving motor vehicles.

The Tribunal then concluded:

In my opinion, considering all the evidence, applying the framework for analysis established by the Supreme Court in Etobicoke, and keeping in mind the objective of "equality of opportunity" of the Canadian Human Rights Act, the employer's requirement that no person who is an insulin dependent diabetic (and specifically, the Complainant) can be employed as a trackman is not a *bona fide* occupational requirement within the meaning of paragraph 14(a) of the Act.

In the applicant's submission, these passages of the decision disclose a fundamental error, namely, that a *bona fide* occupational requirement relating

roulant prendraient vraisemblablement plus de temps en cas d'incendie à évacuer un immeuble en hauteur. En dépit du risque accru qu'elles représentent, peu de gens soutiendraient que les employeurs devraient pour cette raison leur refuser un emploi.

<sup>a</sup> En ce qui a trait au «risque suffisant», la démarche liée à la prise de décision comporte deux volets. D'abord, la preuve devra évaluer le degré de probabilité du risque encouru et la possibilité de blessures et de dommages qui peuvent se produire dans un tel cas. J'ai déjà conclu qu'il existe un risque accru au fait d'embaucher un diabétique insulino-dépendant comme sectionnaire.

Toutefois, il est très difficile de quantifier le degré de risque supplémentaire dans le cas actuel.

<sup>c</sup> Une décision portant sur un «risque suffisant» comporte vraiment deux volets: d'abord, une évaluation des preuves factuelles quant à la probabilité d'accident et de blessures ou dommages attribuables au handicap comme j'ai tenté de le faire; ensuite, un jugement à savoir si le degré de risque pour la sécurité est acceptable ou non. Un «risque insuffisant» ne peut être invoqué comme exigence professionnelle justifiée par un employeur. Les lois sur les droits de la personne qui ont pour objectif l'égalité des chances se basent sur les valeurs fondamentales de notre société. Toute personne a droit à la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine, à «l'égalité des chances» en matière d'épanouissement et de réalisation de soi. La société doit accepter quelques risques accrus en échange des avantages qu'elle retire du fait que l'on accorde aux handicapés une chance réelle d'atteindre l'égalité des chances. De plus, toute la société bénéficie généralement de façon indirecte de l'encouragement des valeurs fondamentales à l'égard d'un tel groupe minoritaire.

<sup>d</sup> Le tribunal souligne ensuite qu'il est permis aux diabétiques insulino-dépendants de conduire une automobile, bien que les statistiques prouvent qu'il leur arrive plus d'accidents qu'aux autres conducteurs, et il ajoute:

<sup>e</sup> Lorsque je fais allusion à cet exemple, je ne veux pas dire que les diabétiques stables devraient se voir refuser un permis de conduire. Je fais simplement remarquer que la société est plutôt disposée, lorsque les coûts et avantages s'équilibrent, à accepter le risque accru que représente le fait que des diabétiques stables comme M. Mahon conduisent des véhicules moteurs.

<sup>h</sup> Le tribunal conclut ensuite:

À mon avis, à la lumière des témoignages entendus, en respectant le cadre d'analyse établi par la Cour suprême dans l'affaire Etobicoke et en gardant à l'esprit l'objectif de l'«égalité des chances» de la Loi canadienne sur les droits de la personne, l'exigence de l'employeur voulant que l'on n'embauche aucune personne diabétique insulino-dépendante (et plus particulièrement le plaignant) comme sectionnaire n'est pas une exigence professionnelle justifiée au sens de l'alinéa 14a) de la Loi.

<sup>j</sup> La requérante a fait valoir que ces extraits de la décision révèlent une erreur fondamentale, à savoir qu'une exigence professionnelle normale relative à

to safety must necessarily increase safety substantially and that an employer's requirement that merely eliminates a small risk of serious damage cannot qualify as a *bona fide* occupational requirement. In support of its argument, the applicant refers to the decision of the Supreme Court of Canada in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, where, it is said, a requirement that reduced risk of injury by a small amount was recognized as a *bona fide* occupational requirement.

I find merit in that argument.

The decision of the Supreme Court of Canada in *Etobicoke* is authority for the proposition that a requirement imposed by an employer in the interest of safety must, in order to qualify as a *bona fide* occupational requirement, be reasonably necessary in order to eliminate a sufficient risk of damage. In *Bhinder*, on the other hand, the Supreme Court upheld as a *bona fide* occupational requirement one which, if not complied with, would expose the employee to a "greater likelihood of injury—though only slightly greater" (at page 584). The effect of those decisions, in my view, is that, *a fortiori*, a job-related requirement that, according to the evidence, is reasonably necessary to eliminate a real risk of a serious damage to the public at large must be said to be a *bona fide* occupational requirement.

The decision under attack, it seems to me, is based on the generous idea that the employers and the public have the duty to accept and assume some risks of damage in order to enable disabled persons to find work. In my view, the law does not impose any such duty on anyone. The error committed by the Tribunal in this case is comparable to that which had been committed in the *Bhinder* case where the Tribunal had wrongly decided that the job requirement there in question was not a *bona fide* occupational requirement for the reason that the employer had the duty to accommodate his employee's religion.

Once it had been found that the applicant's policy not to employ insulin dependent diabetics as trackmen was reasonably necessary to eliminate a real risk of serious damage for the applicant, its

la sécurité doit nécessairement augmenter celle-ci considérablement, et que l'exigence de l'employeur qui ne fait qu'éliminer un léger risque de blessures graves ne peut être considérée comme une exigence professionnelle normale. À l'appui de son argument, la requérante invoque la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, où dit-on, une exigence qui réduisait légèrement le risque de blessures a été reconnue comme étant une exigence professionnelle normale.

Je trouve cet argument fondé.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Etobicoke* appuie la proposition selon laquelle une exigence imposée par l'employeur dans l'intérêt de la sécurité doit, pour être reconnue comme une exigence professionnelle normale, être raisonnablement nécessaire afin d'éliminer un risque suffisant de blessures. Dans l'arrêt *Bhinder*, d'autre part, la Cour suprême a reconnu comme étant une exigence professionnelle normale celle qui, si elle n'était pas respectée, exposerait l'employé à «un risque plus grand de subir des blessures—quoique seulement légèrement plus grand» (à la page 584). Il ressort donc de ces décisions, à mon sens, qu'à plus forte raison, l'exigence reliée au travail qui, selon la preuve, est raisonnablement nécessaire pour éliminer le danger réel de préjudice grave au grand public doit être considérée comme une exigence professionnelle normale.

La décision contestée se fonde, me semble-t-il, sur l'idée généreuse que les employeurs et le public ont le devoir d'accepter et de courir certains risques de subir des blessures afin de permettre aux personnes handicapées de trouver du travail. À mon avis, la loi n'impose un tel devoir à personne. L'erreur commise par le tribunal en l'espèce est comparable à celle qu'il a commise dans l'affaire *Bhinder*, lorsqu'il a à tort décidé que l'exigence contestée n'était pas une exigence professionnelle normale parce que l'employeur avait le devoir de respecter la religion de l'employé.

Dès lors que le tribunal avait conclu que la politique de la requérante de ne pas employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie était raisonnablement néces-

employees and the public, there was only one decision that the Tribunal could legally make, namely, that the applicant's refusal to engage the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

I would, for these reasons, allow the application, set aside the decision under attack and refer the matter back to the Tribunal for decision on the basis that, in view of the findings it has already made as to the risks of hiring insulin dependent diabetics as trackmen, the only conclusion that can legally be drawn is that the applicant's refusal to hire the respondent Wayne Mahon was based on a *bona fide* occupational requirement and, as a consequence, was not a discriminatory practice.

HUGESSEN J.: I agree

\* \* \*

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

MARCEAU J.: This application appears to me to be well founded. In my respectful opinion, the way the Tribunal conducted its inquiry and drew its conclusion reveals, on its part, a misconception of what may constitute a "*bona fide* occupational requirement" under paragraph 14(a) of the *Canadian Human Rights Act* and its decision should not be allowed to stand. My disagreement with the Tribunal's understanding is twofold.

1—The Tribunal, in its lengthy reasons, explains carefully that on the basis of the thorough evidence put before it—evidence pertaining essentially to the requirements of the job of trackman and the physical impairments of an insulin dependent diabetic—it had no difficulty asserting that "C.P.R.'s railway operation is more likely to be safer if insulin dependent diabetics are not hired as track men". The Tribunal, however, saw this as only the starting point and went on to try to evaluate how much safer the operation would actually be, so as to ascertain whether the risk to safety was "sufficiently" increased to justify the policy of refusing to hire diabetics like Mr. Mahon for

saire pour éliminer un risque réel de blessures graves pour la requérante, ses employés et le public, une seule décision s'imposait au regard de la loi, à savoir que le refus de la requérante d'employer Wayne Mahon était fondé sur une exigence professionnelle normale, et qu'en conséquence il ne constituait pas un acte discriminatoire.

Pour ces motifs, j'accueillerais la demande, j'annulerais la décision contestée et je renverrais l'affaire devant le tribunal pour qu'il rende une décision en tenant pour acquis que vu ses conclusions sur les dangers qu'il y a à employer des diabétiques insulino-dépendants en qualité d'agents de la voie, la seule conclusion qui puisse être tirée en droit est que le refus de la requérante d'employer l'intimé Wayne Mahon est fondé sur une exigence professionnelle normale et, par conséquent, ne constitue pas un acte discriminatoire.

LE JUGE HUGESSEN: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

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

LE JUGE MARCEAU: Cette demande me semble bien fondée. En toute déférence, j'estime que la façon dont le tribunal a conduit son enquête et a tiré sa conclusion révèle, de sa part, une idée fautive de ce qui peut constituer une «exigence professionnelle normale» en vertu de l'alinéa 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et que sa décision doit être annulée. Je suis en désaccord avec le point de vue du tribunal pour deux motifs.

1—Dans ses longs motifs, le tribunal explique avec soin que sur le fondement de la preuve complète qui lui était soumise, laquelle portait essentiellement sur les exigences du poste d'agent de la voie et sur les déficiences physiques des diabétiques insulino-dépendants, il n'avait aucune hésitation à affirmer que «les opérations de chemin de fer du C.P.R. sont plus susceptibles d'être sécuritaires si on n'embauche pas de diabétiques insulino-dépendants comme agents de la voie». Le tribunal n'a toutefois vu dans cette conclusion qu'un point de départ, et il s'est ensuite employé à apprécier à quel point les opérations seraient réellement plus sûres, dans le but d'établir si le danger pour la

trackman positions. A sort of a balancing of the greater risk to the public against the advantage diabetics could derive from being given the same opportunity as non-diabetics was being attempted. Hence, the Tribunal's refusal to take into consideration the possibility that a diabetic trackman might be without the sugar required to counteract an hypoglycemic reaction on the ground that such eventuality would be the result of negligence and all employees may be equally negligent on some work-related aspect. Hence, likewise, the finding that the odds were 10,000 to one against a diabetic trackman having a severe reaction at a time when, he, his co-workers and the public might suffer injury, the figure having been arrived at, apparently, by taking into account, as one element, the percentage of people afflicted by the disease in comparison to the population taken as a whole.

Parliament may one day call upon the public to sacrifice some of its physical safety in order to give disabled persons the same work opportunities as if they were not disabled. But I do not think that such a policy can be read into the law as it now stands. This Act is aimed at prohibiting and penalizing discriminatory practices, the expression being used in the sense of practices having the effect, intentional or not, of submitting individuals to particular and disadvantageous treatment for no real, appropriate and objective purpose but essentially on the basis of an irrelevant characteristic. The individual who is refused a particular job because his employment in that job would represent a special risk to the safety of the public is, certainly, not being discriminated against within the meaning of the Act. It is true that, in the case where the problem raised by hiring a disabled person is strictly of an economic nature, as it would simply require that special means be taken to overcome the disadvantage of the disability, a positive duty to accommodate could be imposed on the employer and imposing such a duty would be going beyond simply prohibiting discrimination. But, as McIntyre J. noted in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, the Act does not yet go that far and in

sécurité était «suffisamment» accru pour justifier une politique de refus d'embaucher des diabétiques comme M. Mahon en qualité d'agents de la voie. Le tribunal a tenté de mettre dans la balance d'une part les avantages qu'il y aurait pour les diabétiques d'avoir les mêmes possibilités d'emploi que les non-diabétiques, et d'autre part, le risque accru que cela représenterait pour le public. Cela explique que le tribunal ait refusé de prendre en considération la possibilité qu'un agent de la voie diabétique puisse ne pas avoir le sucre nécessaire pour enrayer une réaction hypoglycémique au motif qu'une telle éventualité serait le résultat de la négligence, et que tous les employés peuvent être également négligents relativement à quelque point relié à leur travail. Cela explique également la conclusion que les chances étaient d'environ 10 000 contre une qu'un agent de la voie diabétique ait une grave réaction à un moment où il pourrait en résulter des blessures pour lui, ses collègues et le public, le chiffre cité tenant compte notamment, semble-t-il, du pourcentage des diabétiques parmi le public en général.

Il se peut qu'un jour le Parlement demande au public de sacrifier, dans une certaine mesure, sa sécurité physique pour permettre aux handicapés de jouir des mêmes possibilités d'emploi que les non-handicapés. Je ne crois cependant pas que l'on puisse déceler une telle politique dans le libellé actuel de la loi. Cette Loi vise à interdire et à sanctionner les actes discriminatoires, cette expression désignant des actes dont l'effet, intentionnel ou non, est de soumettre des individus à un traitement particulier et désavantageux sans motif réel, convenable et objectif, mais essentiellement en raison d'une caractéristique non pertinente. La personne à qui l'on refuse un certain emploi parce qu'elle représenterait un risque particulier pour la sécurité du public si elle exerçait l'emploi en question ne fait certainement pas l'objet de discrimination au sens de la Loi. Il est vrai que lorsque l'embauchage d'un handicapé soulève un problème strictement d'ordre économique, parce qu'il suffirait de recourir à des mesures spéciales pour éliminer le désavantage que représente le handicap, l'employeur pourrait être tenu d'accommoder la personne handicapée, et l'imposition de cette obligation irait au-delà de la simple interdiction de la discrimination. Mais comme l'a remarqué le juge McIntyre dans l'arrêt *Bhinder et autre c. Compa-*

any event the duty of an employer to accommodate could hardly be transformed into a duty imposed on the public to accept greater risk to its safety. It is also true that, in his reason in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, McIntyre J. used the words "sufficient risk of employee failure", the central passage in which the phrase appears reading thus (at pages 209-210):

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

When I read the phrase in context, however, I understand it as being related to the evidence which must be sufficient to show that the risk is real and not based on mere speculation. In other words, the "sufficiency" contemplated refers to the reality of the risk not its degree. Indeed, in *Bhinder*, McIntyre J., in applying the principles he had set out in *Etobicoke*, wrote as follows (at pages 587-588):

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

*gnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, la Loi ne va pas encore jusque là, et du reste, l'obligation d'accommodement de l'employeur pourrait difficilement se transformer en un devoir imposé au public d'accepter un danger accru pour sa sécurité. Il est vrai également que dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, le juge McIntyre a parlé d'«un risque d'erreur humaine suffisant», le passage dont ces mots sont tirés se lisant comme suit (à la page 210):

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

Toutefois, lorsque j'interprète cette phrase compte tenu du contexte, elle me semble viser la preuve qui doit démontrer suffisamment que le risque est réel et ne repose pas sur de simples conjectures. En d'autres termes, l'adjectif «suffisant» en question se rapporte au caractère réel du risque et non à son degré. Ainsi, dans l'arrêt *Bhinder*, le juge McIntyre, en appliquant les principes qu'il avait énoncés dans l'arrêt *Etobicoke*, a écrit ce qui suit (aux pages 587 et 588):

L'appelant a prouvé de façon suffisante jusqu'à preuve contraire l'existence de discrimination. Le fardeau de la preuve passe donc à l'intimée qui doit démontrer que la règle du casque de sécurité constitue une exigence professionnelle normale. À la lecture des motifs de la décision du tribunal, il semble qu'on a satisfait au critère. Plus particulièrement, le tribunal a conclu que la règle du casque de sécurité n'était pas une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle visait Bhinder et, en conséquence, les autres Sikhs. Ce faisant, il acceptait la façon de procéder en fonction de chaque cas particulier proposée par l'appelant. Toutefois, il ressort clairement de ses motifs et des références que fait le tribunal à la preuve administrée qu'il était d'avis que la règle était une exigence professionnelle normale dans la mesure où elle s'appliquait à d'autres personnes que des Sikhs. Il a été reconnu que le CN avait adopté la règle pour des raisons d'affaires véridiques, sans intention de porter atteinte aux principes de la Loi. Le tribunal a jugé que la règle était utile, qu'elle était raisonnable en ce qu'elle permettait d'accroître la sécurité en réduisant le risque de blessures et, plus particulièrement, que le risque que courait Bhinder en portant un turban plutôt qu'un casque de sécurité était accru, quoique très légèrement. La seule conclusion que l'on peut tirer des motifs de la décision, est que, sauf en ce qui concerne son application particulière à Bhinder, la règle du casque de sécurité est une exigence professionnelle



By interpreting paragraph 14(a) as it did, the Tribunal was attributing to the Act a scope and intent which, in my respectful opinion, it does not have.

2—It is evident on the record that a great part of the Tribunal's inquiry was devoted to receiving extensive evidence on Mr. Mahon's state of health and, in particular, on his success in managing his diabetic condition. It is this evidence which appears to have had the main role in convincing the Tribunal that the employer's refusal to employ Mr. Mahon was not based on a *bona fide* occupational requirement. The reasons for decision do not leave much doubt in that regard; they even end on this unequivocal comment (at page 113):

My findings are limited, of course, to the specific complainant in this case.

Such an individualized approach to paragraph 14(a) of the Act has been, I think, definitely rejected by the Supreme Court in *Bhinder*. Here is what McIntyre J., writing for the majority, had to say about it (at pages 588-589):

Where a *bona fide* occupational requirement is established by an employer there is little difficulty with the application of s. 14(a). Here, however, we are faced with a finding—at least so far as one employee goes—that a working condition is not a *bona fide* occupational requirement. We must consider then whether such an individual application of a *bona fide* occupational requirement is permissible or possible. The words of the Statute speak of an "occupational requirement". This must refer to a requirement for the occupation, not a requirement limited to an individual. It must apply to all members of the employee group concerned because it is a requirement of general application concerning the safety of employees. The employee must meet the requirement in order to hold the employment. It is, by its nature, not susceptible to individual application. The Tribunal sought to show that the requirement must be reasonable, and no objection would be taken to that, but it went on to conclude that no requirement which had the effect of discriminating on the basis of religion could be reasonable. This, in effect, was to say that the hard hat rule could not be a *bona fide* occupational requirement because it discriminated. This, in my view, is not an acceptable conclusion. A condition of employment does not lose its character as a *bona fide* occupational requirement because it may be discriminatory. Rather, if a working condition is established as a *bona fide* occupational requirement, the consequential discrimination, if any, is permitted—or, probably more accurately—is not considered under s. 14(a) as being discriminatory.

normale. D'ailleurs il serait difficile, étant donné les faits, d'arriver à une autre conclusion. [C'est moi qui souligne.]

En interprétant l'alinéa 14a) comme il l'a fait, le tribunal attribuait à la Loi une portée et un esprit qu'à mon avis elle n'a pas.

2—Il ressort du dossier que le tribunal a consacré une bonne partie de son enquête à recueillir des éléments de preuve considérables sur l'état de santé de M. Mahon et, plus particulièrement, sur le succès avec lequel il contrôle son diabète. C'est cette preuve qui semble avoir principalement convaincu le tribunal que le refus de l'employeur d'embaucher M. Mahon n'était pas fondé sur des exigences professionnelles normales. Les motifs de la décision du tribunal laissent subsister peu de doutes à cet égard; ils se terminent même par ce commentaire non équivoque (à la page 104):

Mes conclusions se limitent évidemment au plaignant en cause.

Une interprétation aussi individualisée de l'alinéa 14a) de la Loi a été absolument rejetée par la Cour suprême, me semble-t-il, dans l'arrêt *Bhinder*. Voici ce qu'a dit à cet égard le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de la majorité (aux pages 588 et 589):

Lorsque l'employeur démontre qu'il y a exigence professionnelle normale, il n'est pas difficile d'appliquer l'al. 14a). En l'espèce cependant, nous nous trouvons devant la conclusion que, dans le cas d'un employé à tout le moins, une certaine condition de travail ne constitue pas une exigence professionnelle normale. Nous devons alors nous demander si une telle application, à un individu, d'une exigence professionnelle normale est permise ou possible. La Loi parle d'«exigence professionnelle». Cela doit s'entendre d'une exigence de la profession, non d'une exigence limitée à un individu. Elle doit s'appliquer à tous les membres du groupe d'employés concerné, car c'est une exigence d'application générale concernant la sécurité des employés. Les employés doivent se conformer à cette exigence pour occuper leur poste. Le tribunal a cherché à démontrer que l'exigence doit être raisonnable, ce qui est incontestable, mais il a ensuite conclu qu'aucune exigence ayant pour effet d'établir une distinction fondée sur la religion ne pouvait être raisonnable. Cela, en fait, revenait à dire que la règle du casque de sécurité ne pouvait constituer une exigence professionnelle normale puisqu'elle était discriminatoire. C'est là, à mon avis, une conclusion inacceptable. Une condition de travail ne perd pas son caractère d'exigence professionnelle normale parce qu'elle peut être discriminatoire. Au contraire, si on démontre qu'une condition de travail est une exigence professionnelle normale, la discrimination qui peut s'ensuivre est permise ou, sans doute plus précisément, n'est pas considérée en vertu de l'al. 14a) comme un acte discriminatoire.

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

For those reasons, I would set aside the impugned decision and would send the matter back to the Tribunal for reconsideration on the basis that, in view of the findings it has already made with respect to the requirements of the duties of a trackman and the real limitations of all insulin dependent diabetics, the refusal by the applicant to hire the respondent was not a discriminatory practice in view of paragraph 14(a) of the Act.

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

Pour ces motifs, j'annulerais la décision contestée et je renverrais l'affaire au tribunal pour qu'il la juge de nouveau en tenant pour acquis qu'étant donné ses conclusions sur les exigences afférentes aux fonctions d'agent de la voie et les limites réelles des diabétiques insulino-dépendants, le refus de la requérante d'embaucher l'intimé ne constituait pas un acte discriminatoire, vu l'alinéa 14a) de la Loi.