

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

133-10-CA

COMMUNICATIONS, ENERGY AND  
PAPERWORKERS UNION OF CANADA,  
LOCAL 30

APPELLANT

- and -

IRVING PULP & PAPER, LIMITED

RESPONDENT

Communications Energy and Paperworkers Union  
of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper,  
Limited, 2011 NBCA 58

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Turnbull  
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
September 17, 2010

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
February 17 and May 17, 2011

Judgment rendered:  
July 7, 2011

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Turnbull

SYNDICAT CANADIEN DES  
COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU  
PAPIER, SECTION LOCALE 30

APPELANT

- et -

LES PÂTES & PAPIER IRVING, LIMITÉE

INTIMÉE

Syndicat canadien des communications, de  
l'énergie et du papier, section locale 30 c. Les  
Pâtes et Papier Irving, Limitée, 2011 NBCA 58

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Turnbull  
L'honorable juge Robertson

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
Le 17 septembre 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
s.o.

Appel entendu :  
Le 17 février et 17 mai 2011

Jugement rendu :  
Le 7 juillet 2011

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge en chef Drapeau  
L'honorable juge Turnbull

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
David G. Gauthier

Pour l'appelant :  
David G. Gauthier

For the respondent:  
William B. Goss, Q.C. and  
Melissa M. Everett Withers

Pour l'intimée :  
William B. Goss, c.r., et  
Melissa M. Everett Withers

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$5,000.

Rejette l'appel avec dépens de 5 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[1] The respondent, Irving Pulp & Paper, Limited, operates a kraft paper mill along the banks of the St. John River, at the point where the River empties into the Bay of Fundy. The mill is also contiguous to the “world famous” Reversing Falls and straddles the line which separates the West Side of the City of Saint John from its North End. In 2006, Irving unilaterally adopted a workplace policy which included mandatory and random alcohol testing, by breathalyser, for employees holding safety sensitive positions. Randomness is achieved by having the names of the 334 prospective testees selected by an off-site computer. In any 12-month period, the computer selects 10% of the names on the list. It is common ground the employer possesses the right to adopt policies dealing with workplace safety provided they do not conflict with the collective agreement. Correlatively, the union has a right to challenge those policies on the ground they fail to meet the test of reasonableness imposed under what labour lawyers have labelled the *KVP* rules.

[2] In the present case, an Irving employee and member of the appellant union, who occupied a safety sensitive position, was randomly tested. The test revealed a blood alcohol level of zero. Nevertheless, a policy grievance was filed challenging the “without cause” aspect of the policy. Applying a balancing of interests approach, the majority of the arbitration board determined that Irving failed to establish a need for the policy in terms of demonstrating the mill operations posed a sufficient risk of harm that outweighs an employee’s right to privacy. Specifically, the majority concluded Irving had not adduced sufficient evidence of prior incidents of alcohol related impaired work performance to justify the policy’s adoption. At the same time, the majority accepted that a “lighter burden of justification” was imposed on employers engaged in the operation of “ultra-hazardous” or “ultra-dangerous” endeavours. On the facts, however, the majority

concluded that, while the mill operation represented a “dangerous work environment”, the mill operation did not fall within the ultra-dangerous category such as a nuclear plant, an airline, a railroad, a chemical plant or a like industry. This explains why the majority went on to examine the evidence relating to alcohol use in the workplace. Based on the evidence adduced the majority concluded there was insufficient evidence of a “significant degree of incremental safety risk that outweighed the employees’ privacy rights”. The dissenting panel member characterized the workplace as “highly dangerous” and, therefore, evidence of an alcohol problem in the workplace was not a condition precedent to establishing the reasonableness of the policy. Alternatively, the dissenting member held Irving had adduced sufficient evidence of such a problem.

[3] The application for judicial review was allowed and the majority decision removed into the Court of Queen’s Bench and quashed. The review decision is now reported as 2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234. The application judge characterized the disagreement between the majority and dissenting opinions in terms of the distinction between a workplace that is dangerous and one that is ultra-dangerous (e.g. nuclear reactor facility). The application judge interpreted the majority decision as holding that, if the workplace falls within the ultra-dangerous category, no evidence of alcohol related incidents in the workplace is required. However, if the workplace falls within the dangerous category, as does the Irving mill, the employer must still adduce sufficient evidence of a pre-existing alcohol problem. The application judge held it unreasonable to require evidence demonstrating such a history once the majority concluded the kraft mill represented a dangerous workplace where the “potential for catastrophe exists”. Applying the review standard of reasonableness, as outlined in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the application judge ruled the board’s decision was unreasonable because it did not fall within the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (para. 47).

[4] While the parties agree the application judge did not err in adopting the review standard of reasonableness, I have not been persuaded this is so. Admittedly, one would think that an arbitrator’s decision regarding the reasonableness of an employer’s

policy relating to safety in the workplace is a question of fact, or mixed fact and law, for which judicial deference is owed in accordance with the tenets of the deference doctrine set down in *Dunsmuir*. However, this understanding requires reconsideration once it is recognized the reasonableness of the policy involves a fundamental question: In what circumstances must an employer adduce evidence of a substance abuse problem in the workplace in order to justify the policy's adoption? In the present case, this question may be restated as follows: Must an employer's decision to adopt a policy of mandatory random alcohol testing for employees holding safety sensitive positions be supported by sufficient evidence of alcohol related incidents in the workplace? In point of fact, the arbitration board went further and framed the question in terms of requiring evidence supporting a "significant problem with alcohol-related impaired performance at the plant".

[5] In my view, the answer to the question is subject to the review standard of correctness for two reasons. First, the question posed raises a pure question of law, one that seeks to strike a reasonable balance between an employer's legitimate interest and obligation to provide a safe workplace and the privacy and dignity interests of employees or, in some instances, their freedom from discrimination. As such, the case raises a question of general importance in the law over which the arbitration board cannot assert a greater relative expertise than the courts. Indeed, some might argue that at its core this appeal is of importance to the public at large having regard to the location of the kraft mill. Second, the arbitral jurisprudence is not always reconcilable or easily so. Often, the same case is cited for opposing propositions. Moreover, the distinction which the arbitration board makes between dangerous and ultra dangerous workplaces is simply not part of the arbitral framework surrounding the validity of alcohol and drug testing policies. The same holds true in regard to the requirement that the employer adduce evidence of a significant alcohol or drug problem in the workplace. Hence, it falls on this Court to provide certainty so far as the law of New Brunswick is concerned. At the same time, I do not want to leave the impression that the arbitral jurisprudence is irrelevant to the analysis at hand. Let me explain.

[6] The union's position is encapsulated in two related propositions: (1) arbitrators in Canada have overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug and alcohol testing; and (2) sufficient evidence of a pre-existing drug or alcohol problem in the workplace is a pre-condition to the enforceability of such policies, unless the workplace qualifies as ultra-dangerous. Accordingly, the union maintains the application judge erred in setting aside the arbitration board's decision.

[7] A review of the relevant arbitral jurisprudence, leads me to conclude that arbitrators and arbitration boards have not overwhelmingly rejected mandatory random unannounced alcohol testing in the workplace. Admittedly, acceptance of drug testing policies in the workplace has met with more resistance than those aimed at alcohol testing by breathalyser. I also conclude the arbitration board erred in law in holding that an employer must adduce sufficient evidence of an alcohol problem in the workplace, unless the workplace is declared to fall within the ultra-dangerous category. Having due regard to the arbitral jurisprudence, I follow the more recent cases which hold that, once a workplace is declared "inherently dangerous", there is no need for the employer to establish the existence of an alcohol problem in the workplace. I acknowledge that the earlier decisions (1990s) reflect a reluctance to embrace alcohol and drug testing in the workplace. This is particularly true in regard to drug testing, but less so with respect to random alcohol testing because of the minimally intrusive nature of the testing procedure and because testing is restricted to employees holding safety sensitive positions.

[8] In my view, the law would rest on a sounder footing if it were to recognize that mandatory random alcohol testing in the workplace is justified once the employer establishes the workplace operations to be inherently dangerous, thereby eliminating the need to adduce evidence of an alcohol problem in the workplace. Having justified the adoption of the alcohol testing policy, its reasonableness will be confirmed, provided the testing is done by breathalyser and applies only to those employees who hold safety sensitive positions. This is the point in time where the employer's and employees' rights are reasonably balanced.

## II. Background – The Impugned Decisions

[9] On February 1, 2006, Irving adopted a policy which mandated drug and alcohol testing for employees who hold “safety sensitive positions” as defined in the policy. In part, that definition reads: “Safety Sensitive Position is a position which the company determines has a role in the operation where impaired performance could result in a significant incident affecting the health and safety of employees, customers, customers’ employees, the public, property or the environment.” Part V (iii)(c) of the policy embraces mandatory, unannounced random alcohol testing (without cause). Randomness is achieved by having the names of prospective testees (334 employees) selected by an off-site computer. In any 12-month period, the computer selects 10% of the names on the list of employees holding safety sensitive positions. After selection, names are not removed from the list - lest the policy lose its deterrent effect for the remainder of the year. Hence, it is possible the same name could be selected more than once during the 12-month period. Testing is done by a breathalyser device. A positive result (a blood alcohol level greater than .04%) constitutes a violation of the policy and results in the imposition of a disciplinary measure, up to the point of employee dismissal. The proper discipline is a matter to be decided on a case by case basis. On March 13, 2006, an employee holding a safety sensitive position, Percy Day, was approached and asked to submit to a breathalyser test. Mr. Day, who does not imbibe in alcoholic beverages for religious reasons, submitted to the test because of the disciplinary measures prescribed under the policy. As would be expected, the test read negative (0.0%). A policy grievance was filed and heard by an arbitration board appointed under the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4.

[10] From the outset, it has been common ground that an employer has the unilateral right to adopt workplace rules provided they fall within the analytical framework set out in the seminal decision of *KVP Co. v. Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537 (Veronneau Grievance)*, [1965] O.L.A.A. No. 2 (QL). That decision holds that the enforceability of such workplace rules depends on compliance with the following criteria: (1) the rule must not be inconsistent with the collective agreement; (2)

it must be reasonable; (3) it must be clear and unequivocal; (4) it must be brought to the attention of the employee affected before the company can act on it; (5) the employee concerned must have been notified that breach of the rule could result in his or her discharge if the rule were used as a foundation for discharge; and (6) the rule should have been consistently enforced by the company from the time it was introduced. In labour law circles, the six rules are universally referred to as the *KVP* rules. In the present case, the arbitration board had only to focus on the second rule: whether the component of the policy dealing with random alcohol testing was reasonable.

[11] The majority of the arbitration board (hereafter the arbitration board or board) addressed the matter of reasonableness, first against the backdrop of what was said in *Dunsmuir*, second, by reference to what the learned authors Brown and Beatty have stated in their leading text *Canadian Labour Arbitration*, 4<sup>th</sup> ed. looseleaf (Aurora, Ont.: Thomson Reuters Canada Limited, 2011) and, third, by reference to four decisions. Two are court decisions: *Imperial Oil Ltd. v. Communications Energy Paperworkers Union of Canada, Local 900*, [2006] O.L.A.A. No. 721 (QL), aff'd at [2008] O.J. No. 489 (QL) and at 2009 ONCA 420, [2009] O.J. No. 2037 (QL) (hereafter *Nanticoke*), and *Entrop v. Imperial Oil Ltd.*, [2000] O.J. No. 2689 (C.A.) (QL) (hereafter *Entrop*). The remaining two are arbitral decisions: *Re: Communication Energy and Paperworkers Union, Local 770 and Imperial Oil Ltd.* (unreported, May 27, 2000, Christian, Chair) and *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL).

[12] Based on the above jurisprudence, the arbitration board concluded that for the employer to establish the reasonableness of its alcohol testing policy, the employer had to “demonstrate on the evidence that the risk it appreciates and addresses by its *Policy* exists to a degree sufficient to justify the means chosen to address it”. The majority stated that the term risk could be used to describe at least three different situations: (1) the inherent risk associated with the performance of a particular job or class of jobs; (2) the risk attached to a particular enterprise, considered on its own; and (3) the risk associated with the enterprise considered as an exemplar of a highly safety



sensitive position. The board also acknowledged jurisprudence supporting the understanding that an employer must lead evidence of an existing alcohol related problem in the workplace in order to succeed. However, the board opined that that understanding was “somewhat overbroad”. It went on to hold:

Evidence of risk may be available from the nature of the industry itself. The cases recognize a lighter burden of justification on an employer engaged in the operation of an ultra-hazardous endeavour.

[13] In support of the above conclusion the arbitration board cited the seminal decision of *Canadian National Railway Co. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [2000] C.L.A.D. No. 465 (QL) (M.G. Picher, Chair) (hereafter *CN Rail*); *Weyerhaeuser Co. v. Industrial Wood and Allied Workers of Canada*, [2004] B.C.C.A.A.A. No. 71 (QL) (hereafter cited as *Weyerhaeuser I*); and *Dupont Canada Inc. v. Communications, Energy Paperworkers Union of Canada, Local 28-0 (Drug and Alcohol Policy Grievance)*, [2002] C.L.A.D. No. 146 (QL) (hereafter *Dupont Canada*), (P.C. Picher, Chair). In brief, the board ruled that to establish the validity and enforceability of the impugned testing policy, Irving had to establish the need for the policy based on the presence of a sufficient risk of harm. As to the evidential burden imposed on Irving, the majority recognized that the more risk sensitive the industry was the easier it would be for the employer to justify its alcohol testing policy by reference to documented instances of alcohol related incidents in the workplace. When it came to ultra-dangerous or ultra-hazardous industries, such as airlines or nuclear reactors, it was acknowledged that evidence of a pre-existing alcohol problem in the workplace would not be required.

[14] After an extensive review of the employer’s evidence, the arbitration board concluded that the “operation of the plant under normal circumstances carries with it the risk that certain malfunctions could have repercussions going well beyond the safety of the actor who caused the incident”. This lead the board to conclude that the “mill in normal operation is a dangerous work environment”. In reaching this conclusion,

the majority relied in part on the evidence of one of Irving's retired employees, Mr. Moorehouse, who described the mill in the following fashion: "It is heavy industry. It is a kraft mill. It's probably as close as you can get to a chemical plant. There are a lot of chemicals". However, the arbitration board was not prepared to accept that Irving's kraft mill could be classified as an ultra-hazardous enterprise. The board concluded: "There is not a sufficient case made out to put the operation of this kraft mill in the same category of risk as a nuclear plant, an airline, a railway or a chemical plant, or like industries". In light of this evidence, the board went on to examine the evidence of a pre-existing alcohol problem in the workplace or, as the majority expressed it, evidence of alcohol-related incremental risk. On behalf of Irving, Mr. Moorehouse, identified eight specific alcohol related incidents of which five involved an employee showing up for work under the influence of alcohol. The five incidents spanned 15 years: April 29, 1991, to January 11, 2006. Following the policy's adoption, no employee tested positive, nor were there any positive tests with respect to tests administered for reasonable cause.

[15] The arbitration board went on to conclude that the evidence "cannot be said to be indicative of a significant problem with alcohol-related impaired performance at the plant" (emphasis added). The board also went on to hold there was indirect evidence from which one could infer that the management of Irving "does not regard the incremental safety risk posed by alcohol in this plant as being high among the incumbents in the safety sensitive positions". The inference was drawn from the fact that the testing policy was limited to 10% of the 334 names of the list of employees who held safety sensitive positions. The majority reasoned that, had Irving been truly concerned with the matter of risk, it would have selected a higher percentage as did other employers as reflected in the jurisprudence.

[16] The arbitration board went on to consider the fact that from the date of the policy's implementation, February 1, 2006, to the date of the hearing, December 16, 2008, a total of 33 months had elapsed. Yet, there had been no positive random alcohol tests at the mill and no positive tests for reasonable cause. During this period approximately 114 random breath tests had been administered. Of these only 17 were

administered to members of the appellant union. Mr. Moorehouse attributed the lack of positive results to the deterrent effect of the policy. The board concluded that no inference favourable to Irving was justified: “Perhaps so, but on his own record evidence the opposite could just as easily be the case, but there is nothing but a correlation. No casual inference favourable to the employer is available from such evidence.”

[17] With respect to the matter of evidence of “alcohol related incremental risk”, the arbitration board ended its analysis with the following reasoning:

This evidence gives a push in the direction of the conclusion that the employer belongs at the lower end of the scale in terms of the existence of incremental safety risk posed by alcohol use. My conclusion on the evidence, overall, is it shows a very low incremental risk of safety concerns based on alcohol-related impaired performance of job tasks at the site.

[18] Next the arbitration board turned to the question of the means chosen to detect the presence of alcohol. The board admitted that a distinction had to be drawn between drug and alcohol testing and the latter had been treated differently and more kindly once it was recognized that the testing was by way of breathalyser. The Supreme Court of Canada jurisprudence refers to the use of the breathalyser as minimally intrusive: *e.g.*, *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, [1997] S.C.J. No. 34 (QL).

[19] The final part of the arbitration board’s analysis, with respect to the validity of the random alcohol testing policy, is concerned with balancing the interests of employer and employee. As the board stated: “What needs to be measured are the benefits that will accrue to the employer through the application of the random alcohol testing policy against the harm that will be done to the employee’s right to privacy.” In the words of the majority: “If the random alcohol testing policy is to be justified it must be in proportion to the employee’s right to privacy.” The board went on to conclude that it could see little or no advantage accruing to the employer through the adoption of a policy of random alcohol testing as Irving had failed to establish “any significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use” in the mill in the past.

Taken with the low testing rate of 10%, the board concluded that the policy would seldom if ever identify any employee with a blood alcohol concentration over .04% and therefore there was no concrete advantage to the employer to be gained through the random alcohol testing policy. On the other hand, the board found that because the alcohol testing was random in nature (without articulable cause) the employee's right to privacy was heightened. The board also found the intrusion not to be trifling and went on to conclude that the balance favoured the union/employee.

[20] On the application for judicial review, the arbitration board's decision was set aside and the grievance dismissed. The application judge interpreted the board decision as requiring a history of accidents in a dangerous workplace in order to justify the policy of random alcohol testing and that such a requirement was unreasonable because it effectively meant that the employer would have to wait until a catastrophe occurred before being able to take pro-active measures to prevent a recurrence. The distinction the board drew between a dangerous workplace and ultra-dangerous one was found to be unreasonable by the application judge. He opined that once the board found the mill to be a dangerous workplace, the only question left for the board's consideration was whether the employer's policy was a proportionate response to the potential danger. Having regard to the minimally intrusive nature of the breathalyser and the fact the policy applies only to employees who hold safety sensitive positions, the application judge concluded the grievance should have been dismissed.

### III. The Standard of Review

[21] This Court is under no obligation to agree with the application judge's decision to accept the parties' mutual submission that reasonableness is the proper standard of review. Moreover, having raised the issue with counsel at the appeal hearing, we are under no obligation to decide whether the application judge properly applied that standard to the arbitration board's decision. As stated at the outset, this appeal involves a question of law. Are we to presume that it is the prerogative of individual labour arbitrators throughout the country to determine the analytical framework upon which to

evaluate whether drug and alcohol testing policies are reasonable, even though some of the lead cases are the product of the judicial pen? Are we to assume that labour arbitrators dealing with alcohol and drug testing policies can lay claim to a relative expertise not possessed by the judiciary? I answer both questions in the negative and raise a third: How does a reviewing court deal with the reality that the arbitral jurisprudence reveals what have been described as competing analytical frameworks or tests? In my view, there comes a point where the goal of certainty in the law must overshadow the precepts of the deference doctrine. This is one of those cases.

[22] As a general proposition, this Court has accorded deference to decisions of the Labour and Employment Board, individual labour arbitrators and labour arbitration panels involving questions of law arising from the interpretation of a collective agreement or the enabling legislation. Nothing that was decided in *Dunsmuir*, save for the notion of jurisdictional questions, detracts from the earlier jurisprudence of this Court. Thus, I am left with the task of justifying the decision to apply the correctness standard of review to the arbitration board's decision. My reasoning is not complicated. The central questions raised on this appeal require the decision maker to strike a proper balance between the right of an employer to adopt policies that promote safety in the workplace, and an employee's right to privacy or to freedom from discrimination in those cases where the challenge is brought under human rights legislation. When viewed through these prescriptive lenses, it is only natural to ask whether arbitrators possess a relative expertise that supports a finding that the Legislature intended that deference would be accorded to arbitration decisions involving drug and alcohol testing.

[23] Certainly, the Supreme Court has yet to accord deference to an administrative tribunal with respect to questions of law umbilically tied to human rights issues: see Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law*, 5<sup>th</sup> ed. (Toronto: Carswell, 2009) at 553. Similarly, the Supreme Court has held various privacy commissioners do not have greater expertise about the meaning of certain concepts found in their respective statutes which limit or define their authority: see Jones and De Villars at 553, note 223. Accepting that no analogy is perfect, I see no reason why this Court

should depart from those precedents. Indeed, if one looks to the arbitral jurisprudence, one is struck by the reliance on judicial opinions touching on the matter. The overlap reflects the general importance of the issues in the law and of the need to promote consistency and, hence, certainty, in the jurisprudence. Finally, I am struck by the fact that there comes a point where administrative decision makers are unable to reach a consensus on a particular point of law, but the parties seek a solution which promotes certainty in the law, freed from the tenets of the deference doctrine. In the present case, it is evident that the arbitral jurisprudence is not consistent when it comes to providing an answer to the central question raised on this appeal. Hence, it falls on this Court to provide a definitive answer so far as New Brunswick is concerned. This is why I am prepared to apply the review standard of correctness. But this is not to suggest that I am about to ignore the arbitral jurisprudence which has evolved over the last two decades. Let me explain.

[24] In holding that correctness is the proper standard of review with respect to the legal question posed, I do not want to leave the impression the arbitral jurisprudence dealing with random alcohol testing suddenly becomes irrelevant and the review court should embark upon a fresh analysis, immune from the principles and analytical frameworks being applied by adjudicative tribunals. To the contrary, the arbitral jurisprudence of the last decade has gone a long way to defining what reasonableness means when assessing the enforceability of alcohol and drug testing policies in the workplace. In particular, one has to recognize the significant contributions of arbitrators such as Michel G. Picher. He was the arbitrator and author in the seminal *CN Rail* decision referred to earlier and which has been consistently cited and applied by arbitrators throughout the country. Arbitrator Picher was also the chair of the arbitration board and author of two decisions that wound their way through the Ontario Courts: the *Nanticoke* and *Entrop* decisions, also cited above.

[25] As it should happen, Arbitrator Picher has also authored a decision dealing with a grievance filed by the union with respect to two saw-mills in New Brunswick, owned by another Irving company. The grievance involved the company's random

alcohol testing policy: *J.D. Irving Ltd. v. Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 104 and 1309 (Drug and Alcohol Policy Grievance)*, [2002] N.B.L.A.A. No. 7 (QL). More recently, the decision of Arbitrator Margo R. Newman in *Navistar Canada Inc. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada) Local 504 (Substance Abuse Grievance)*, [2010] O.L.A.A. No. 227 (QL), offers a penetrating and exhaustive analysis of the jurisprudence relevant to the issues at hand. I single out such decisions, not because they are owed deference as of right, but because deference is earned through the production of reasons which move beyond the *Dunsmuir* requirement of rationality and intelligibility into the realm of simple persuasiveness.

[26] While I have adopted the correctness standard in regard to the question of law posed above, there is one aspect of the arbitration board's decision for which the review standard of reasonableness does apply. The board held that Irving had failed to establish a "sufficient case" that its kraft mill could be placed in the same ultra-dangerous category of risk such as a "nuclear plant, an airline, a railroad or a chemical plant". In my view, the finding that a kraft mill does not fall within the same dangerous category as a railroad or chemical plant is simply "unreasonable".

[27] Finally, if I am mistaken and deference is owed to the arbitration board's ruling in regard to the need for Irving to adduce evidence of an existing alcohol or drug problem in the workplace in order to justify its decision to adopt the random testing policy, I take refuge in the application judge's analysis and application of the "reasonableness" standard of review and his reasons for setting aside the board's decision. In particular, I would draw attention to the judge's analysis pertaining to inferences which the board drew from the evidence and which are not discussed in these reasons because of the application of the correctness standard.

IV. Issues – Analysis

A. *Introduction*

[28] The scope of the legal issues that arise in the context of an employer's unilateral adoption of a drug and alcohol policy is indeed broad. Not only does one have to draw a distinction between the testing for drugs and for alcohol, one has to acknowledge that testing can be required for reasonable cause (prior to an incident or accident) or post-incident cause (following a work related accident). There are questions as to who is to be tested and questions whether testing can be made a pre-condition to access to an employer's work site. There are cases where the employer requires testing of a subcontractor's employees which leads to the subcontractor adopting its own testing policy to ensure compliance with that of the main contractor. There are also situations where the policy can be challenged on grounds of discrimination should the relevant legislation embrace drug and alcohol addiction as a disability, which in turn raises the question as to the scope of the employer's duty to accommodate those with disabilities. And there are many other issues.

[29] I have purposely narrowed the scope of these reasons to the consideration of the only aspect of Irving's drug and alcohol testing policy that was challenged before the arbitration board: the validity of the requirement for employees in safety sensitive positions to undergo random alcohol testing. As a matter of logic, one would think any legal reasoning applicable to random alcohol testing would apply equally to random drug testing. However, I acknowledge that the jurisprudence dealing with drug testing has proven to be more problematic than cases dealing with random alcohol testing. While it is true that testing for both substances has a deterrent effect, drug testing cannot measure present impairment. A positive test simply means that the employee has taken drugs in the past. By contrast, alcohol testing is able to detect on the job impairment and minimize the risk of impaired performance. As well, alcohol testing by breathalyser has always been regarded as minimally intrusive when it comes to an employee's right to privacy and freedom from unreasonable searches. Given these differences, my emphasis is on



decisions dealing with random alcohol testing and any obiter comments dealing with alcohol testing made in the context of the validity of a drug testing policy or an aspect thereof.

B. *The Arguments and the Jurisprudence*

[30] As stated at the outset, the union's position is encapsulated in two related propositions: (1) arbitrators in Canada have overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug and alcohol testing; and (2) sufficient evidence of a pre-existing drug or alcohol problem in the workplace is a pre-condition to the enforceability of such policies, unless the workplace qualifies as ultra-dangerous. Accordingly, the union maintains the application judge erred in setting aside the arbitration board's decision on the review standard of reasonableness.

[31] The union's assertion that arbitrators have overwhelmingly rejected mandatory and random drug and alcohol testing is based, in part, on the *Nanticoke* decision where Arbitrator M.G. Picher concluded that: "As set out above, a key feature of the jurisprudence in the area of alcohol or drug testing in Canada is that arbitrators have overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug testing for all employees in a safety sensitive workplace as being an implied right of management under the terms of a collective agreement" (para.101) (emphasis added). The union acknowledges that the quote refers only to random drug testing but goes on to insist that the quote applies equally to random alcohol testing. With great respect, I disagree and here is why.

[32] In *Nanticoke*, the arbitration board (M.G. Picher, Chair) was dealing with a grievance with respect to the propriety of the employer's (Imperial Oil) policy of random drug testing by the use of oral swabs for the detection of cannabis use, including actual impairment, at its oil refinery. The policy applied to all employees and not just those who held safety sensitive positions. Ultimately, the majority of the board upheld the grievance and struck down this aspect of the policy. In so holding, the majority

distinguished any analogy between testing by breathalyser and drug testing administered by buccal swabs. In a preliminary award, the board had held that the validity of that part of the policy dealing with random alcohol testing was not arbitrable because of the failure to initiate a challenge over the 13 years it was in force (acquiescence). Applying the pre *Dunsmuir* review standard of patent unreasonableness, the application for judicial review was dismissed in the Ontario Divisional Court and, in turn, that decision was upheld by the Ontario Court of Appeal.

[33] In brief, the *Nanticoke* decision does not support the union's broad proposition that arbitrators in Canada have overwhelmingly rejected the policy of random alcohol testing by breathalyser. My conclusion is supported by another Ontario decision in which an employer's alcohol and drug testing policy was challenged under the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. The *Entrop* decision involved, *inter alia*, an employer's policy of random alcohol testing for employees, in safety sensitive positions, at two of its oil refineries. The policy was found to be *prima facie* discriminatory on the basis of actual or perceived handicap of alcohol abuse. Applying the standard of correctness to the board of inquiry's decision, the Ontario Court of Appeal rejected the board's finding and held that the testing policy could qualify as a *bona fide* occupational requirement provided the sanction for an employee testing positive was tailored to the employee's circumstances. As to whether the policy of random alcohol testing provisions were reasonably necessary, the Court held:

Imperial Oil can legitimately take steps to deter and detect alcohol impairment among its employees in safety-sensitive jobs. Alcohol testing accomplishes this goal. For employees in safety-sensitive jobs, where supervision is limited or non-existent, alcohol testing is a reasonable requirement. [para. 110]

[34] Neither *Nanticoke* nor *Entrop* provide us with an analytical framework or test for determining the circumstances in which an employer is required to adduce evidence of an existing alcohol problem in the workplace with respect to those employees holding safety sensitive positions. All that can be said with confidence is that random

alcohol testing of employees holding safety sensitive positions within the oil refinement business has been upheld so long as the testing policy imposes sanctions which accommodate the individual circumstances of the employee who tests positive.

[35] The only New Brunswick arbitral decision dealing with random alcohol testing in the workplace involves another Irving company with sawmills in Chipman and Sussex: *J.D. Irving Ltd. v. Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 104 and 1309*. However, in that case there was no direct challenge to the justification for the decision to implement the policy. Rather the challenge was to various aspects of the policy. All of the issues, but one, are irrelevant to the case at hand. The parties disagreed as to the definition of what constituted a safety sensitive position for purposes of the policy. The union contended that not only must the employer establish that the job, if performed while impaired, had the potential to cause a “catastrophic incident” affecting the health and safety of the employees and other persons, or the environment, but also that the job must be one with little or no direct supervision.

[36] Writing for a unanimous arbitration board, Chair M.G. Picher held the possibility of regular and ongoing supervision of employees should not be viewed as determining whether their work is safety sensitive. He went on to conclude that for purposes of drug and alcohol testing the identification of safety sensitive positions is more usefully achieved by asking what consequences are risked if the person performing a particular kind of work does so impaired by drugs or alcohol. Hence, those employees holding clerical positions would not qualify. Those performing tasks while impaired by drugs or alcohol in circumstances where they pose a safety risk to themselves or others or to property or equipment fall within the classification of safety sensitive positions.

[37] I can only speculate as to why the union in *J.D. Irving Ltd.*, which is the same union on this appeal, did not challenge the random alcohol testing policy on the same grounds as are being argued today. Perhaps there was evidence of a pre-existing alcohol problem at the two sawmills. Alternatively, the union may have considered the arbitral jurisprudence which has upheld the random alcohol testing in the logging

industry. The lead case appears to be *Weyerhaeuser I*. The precedential significance of this case cannot be ignored. See also *Weyerhaeuser Co. v. Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 447 (Roberto Grievance)*, [2006] A.G.A.A. No. 48 (QL) (*Weyerhaeuser II*), dealing with a policy which included post-incident drug testing and which policy had been adopted as a result of a large number of workplace accidents.

[38] Borrowing liberally from the head note, the facts and findings in *Weyerhaeuser I* are as follows. The employer, a logging company, adopted a company-wide policy dealing with issues related to substance impairment in the workplace. The union filed a policy grievance, alleging that the policy violated the collective agreement as it was discriminatory and unreasonable. At the hearing, the employer sought a ruling on the union's position that the employer was required to demonstrate that a substance abuse problem existed in the workplace in order to justify the introduction of the policy. The employer took the position that it was entitled to implement the policy in the absence of a proven substance abuse problem because it was engaged in an inherently safety sensitive industry. Arbitrator C. Taylor held that the employer did not have to prove that a substance abuse problem existed before adopting the policy because the company operated in a safety sensitive industry. Logging operations were dangerous, they took place in harsh and isolated environments, and work related serious injuries and fatalities were relatively high as compared to other industries. Therefore, the employer's operations constituted an industry that was inherently safety sensitive. This reality justified a high degree of caution on the part of the employer without the pre-condition of an extensively documented history of a substance abuse problem in the workplace. The employer's position was upheld.

[39] *Weyerhaeuser I* is also important because it offers a review of the relevant arbitral jurisprudence up to the date of the decision (2004). Specifically, three arbitral decisions are fully canvassed: *CN Rail, supra*, *Dupont Canada* and *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.A.A.A. No. 9 (QL). The one decision invariably cited in cases involving drug and alcohol testing is *CN Rail*. However, that case did not involve the validity of a policy imposing random drug and

alcohol testing but rather with the validity of a policy imposing mandatory testing in circumstances where there is reasonable cause to believe an employee is impaired (with cause testing). The union had argued that the policy did not meet the reasonableness test because CN Rail had failed to establish a demonstrable need for the policy and failed to show that alternative measures were not available to combat the problem. Arbitrator Picher expressed no difficulty in concluding that the industry with which he was concerned was, by its very nature, safety sensitive, thereby obviating a need to demonstrate problems of substance abuse in the workplace. He did not, however, disagree with earlier authorities holding that, for the purpose of meeting the *KVP* rules, there may be a burden on an employer to establish the need for a drug and alcohol testing policy, including whether alternative means are available to deal with the problem. However, Mr. Picher registered a caution with respect to those requirements when considering safety sensitive industries. The critical passage from the *CN Rail* decision reads as follows:

One further theoretical concept needs to be addressed before turning to the specifics of CN's drug and alcohol policy on this matter. As a number of the arbitral awards reflect, it is generally accepted that in analyzing the reasonableness of a drug and alcohol testing policy for the purposes of [*KVP*] standards, there may be a burden upon the employer to first demonstrate the need for such a policy, including an examination of whether alternative means for dealing with substance abuse in the workplace have been exhausted. While I do not disagree with those principles, I believe a note of caution should be registered, particularly with respect to that requirement. It seems to the Arbitrator that there are certain industries which by their very nature are so highly safety sensitive as to justify a high degree of caution on the part of an employer without first requiring an extensive history of documented problems of substance abuse in the workplace. Few would suggest that the operator of a nuclear generating plant must await a near meltdown, or that an airline must produce documentation of a sufficient number of inebriated pilots at the controls of wide-body aircraft, before taking firm and forceful steps to ensure a substance-free workplace, by a range of means that may include recourse to reasonable grounds drug and alcohol testing. The more highly risk sensitive an enterprise is, the more an employer can, in my view, justify a proactive,

rather than a reactive, approach designed to prevent a problem before it manifests itself. While more stringent thresholds may fairly be applied in non-safety sensitive work settings, as for example among clerical or bank employees, boards of arbitration should be cautious before requiring documented near disasters as a pre-condition to a vigilant and balanced policy of drug and alcohol detection in an enterprise whose normal operations pose substantial risks for the safety of employees and the public. [para. 195]

[40] Based on the above passage, the arbitration board in the present case reasoned that an employer had to adduce sufficient evidence of a pre-existing alcohol problem in the workplace in order to justify the testing policy, unless the industry in question fell within the category of “ultra-dangerous”, as would a nuclear plant or an airline. With great respect this interpretation of the above passage is not in keeping with what Arbitrator Picher actually decided. He held that, having regard to the nature of the railroad industry, it was unnecessary to prove a substance abuse problem in the workplace. Admittedly, Arbitrator Picher went on to say that he was "also satisfied" that the employer had adduced sufficient evidence to justify its substance abuse policy, including drug and alcohol testing, and that the employer had taken sufficient steps to exhaust other less intrusive alternatives to deal with the problem of substance abuse in the workplace.

[41] *Weyerhaeuser I* also relied on *Fording Coal* (Arbitrator Hope) to substantiate the finding that proof of a substance abuse problem in the workplace is not necessary in cases where the employer’s operations could be classified as inherently dangerous. In the latter case, there was a challenge to the employer’s policy of reasonable cause testing for drugs and alcohol. The employer operated an open pit mine. Arbitrator Hope concluded that employers were not required to establish the existence of an alcohol or drug problem in the workplace with respect to industries that are by their very nature safety sensitive so long as the policy applied only to those who hold safety sensitive positions. He found the mining operation qualified as inherently dangerous because of the use of explosives, flammable, caustic and corrosive materials and chemicals. In reaching his conclusion, Arbitrator Hope relied heavily on the *CN Rail* decision of Arbitrator M.G.

Picher. See also *Continental Lime Ltd. and International Brotherhood of Boilermakers, Iron Ship Builders, Blacksmiths, Forgers and Helpers, Local Lodge No. D575*, (2002) 105 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 263, where a drug and alcohol testing policy was upheld without evidence of an alcohol or drug problem in the workplace and the employer operated an open face quarry mine.

[42] *Weyerhaeuser I* also relied on *Dupont Canada* (P.C. Picher, Chair). In that case the employer operated several plants manufacturing nylon intermediates involving the use of chemicals. The arbitrator rejected the union's submission that the employer's drug and alcohol policy was unreasonable on the grounds the employer had failed to establish "clear and cogent evidence" of a substantive drug or alcohol problem in the workplace. This was true even though the workplace had a superior safety record and had operated for the last 10 years without a single lost-time injury on the job; no person in the plant had been found in possession of drugs or alcohol and over several decades there had been no single incident or accident caused by alcohol or drug abuse. The arbitration board held that evidence of a pre-existing drug or alcohol problem was not necessary to justify the policy's adoption as the plant was an "inherently dangerous" workplace.

[43] Two other arbitration decisions warrant consideration. In *United Assn. Of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 488 v. Bantrel Constructors Co.*, [2007] A.G.A.A. No. 33 (QL), the union challenged whether employees already working on-site at the employer's petroleum manufacturing facility, prior to the introduction of drug and alcohol testing, had to submit to the new policy as a condition of gaining continued access. In dismissing the grievance, the arbitration board confirmed it was not necessary to demonstrate that there was an actual drug and alcohol problem in the workplace before adopting policies to enhance safety in cases where the workplace came within the highly dangerous category. The board also remarked that the jurisprudence revealed the evolution of two competing approaches: one from the West and one from the East. On the one hand, the Western Canadian cases had permitted, for the most part, broader drug and alcohol testing programs in workplaces which are "demonstrably safety sensitive", alleviating

employers of the burden of demonstrating existing drug and alcohol problems prior to testing. On the other hand, the board held the narrow approach could be found in the Ontario cases such as *Entrop*, discussed above, and *International Union of Operating Engineers Local 793 v. Sarnia Cranes Ltd.*, [1999] O.L.R.D. No. 1282 (QL). The board decision in *Bantrel* was upheld on judicial review (2007 ABQB 721, [2007] A.J. No. 1330 (QL)) but quashed on appeal (2009 ABCA 84, [2009] A.J. No. 216 (QL)).

[44] While I might want to quibble with the interpretation placed on *Entrop* in *Bantrel Constructors Co.*, there is no question that *Sarnia Cranes* reflects the 1990s jurisprudence holding that if “mandatory universal testing” is to be justified there should be evidence of a drug or alcohol problem in the workplace which cannot be combated in some less invasive way: see *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters union, Loc. 880, Re*, [1991] O.L.A.A. No. 16 (QL), and *C.H. Heist Ltd. And E.C.W.U., Loc. 848, Re*, [1991] O.L.A.A. No. 48 (QL). If it were necessary to distinguish *Sarnia Cranes*, one would simply note that the case dealt, in a peripheral manner, with random alcohol and drug testing, and also that much of the analysis was directed at the validity of the drug testing aspects of the policy.

[45] The other arbitration decision which offers an extensive review of the arbitral jurisprudence is *Navistar*. In that case, the union challenged the employer's adoption of a Substance Abuse Prevention Policy (SAPP), which included drug and alcohol testing for reasonable cause, and post-incident situations, but not random testing. The union also challenged the employer's determination that all warehouse associates, the entire bargaining unit, occupied safety sensitive positions which subjected them to the testing provisions. The parties agreed to sever the issues raised by the union's grievance and proceed only on the threshold issue of whether the employer's facility was a safety sensitive workplace where any drug and alcohol testing was appropriate. The workplace in issue was a warehouse and distribution facility where automotive parts were stored and shipped to various locations. The employer argued that the facility was a safety sensitive environment due to the work performed by the warehouse associates operating heavy-duty industrial vehicles weighing 6,000 to 8,000 pounds. The arbitrator concluded the



employer's operation was not as inherently sensitive as those work environments where the policy was implemented without the need for evidence of a prior work-place drug or alcohol problem (railroads, mining and forestry), but that the operation in question was far enough along the continuum of "safety sensitive operations" that the employer was entitled to be proactive. Resultantly, it need not prove the potential for catastrophe or the existence of a substance abuse problem in order to justify testing. Given the employees' use of heavy machinery in the work-place, and given statutory safety obligations imposed on employers under the *Occupational Health and Safety Act*, S.N.B. 1983, c. O-0.2, and s. 217.1 of the *Criminal Code* (which expose employers to criminal responsibility for failing to ensure employee safety by taking reasonable steps to prevent bodily harm), and in light of the contractual commitment contained in the collective agreement, the union failed to establish that the employer was acting in a manner inconsistent with the collective agreement, without justification, or unreasonably when it adopted its SAPP.

[46] It should not be presumed that there are no cases where the employer has led evidence as to an existing alcohol or drug problem in the workplace with the object of justifying the adoption of its testing policy so as to by-pass the argument that the workplace qualifies as an inherently dangerous operation. *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 707 v. Suncor Energy Inc. (Alcohol and Drug Policy Grievance)*, [2008] A.G.A.A. No. 55 (QL) is a case in which the employer is the owner of mining operations in the Athabasca oil sands, located near Fort McMurray. The oil sands mining operation recovers bitumen which is then upgraded by refinery on the Suncor site. Employees work on a 24-hour, seven days a week basis, 365 days a year at a remote site unable to access the amenities available in most communities. The employer was able to establish easily an existing alcohol and drug problem based on experience and having regard to a provincial report dealing with substance abuse and gambling in the Alberta workplace.

[47] Another decision in which evidence of an existing drug or alcohol problem in the workplace was used to support the employer's decision to impose random alcohol testing is *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of*

*Canada, Local 0004, supra*. Although the employer maintained that it had a right to impose such a policy based on the “inherently dangerous” nature of its operation, the arbitrator noted that in a number of cases other arbitrators had held that such a finding was not of itself sufficient to outweigh the privacy interests of individual employees and to support a regime of random testing. As a matter of fact, the arbitrator accepted the employer’s evidence of an existing problem in the workplace and upheld the random alcohol testing policy without offering an opinion as to whether a finding of “inherent workplace dangerousness” would displace the need to adduce evidence of an existing alcohol problem in the workplace.

[48] I could find relatively few cases in which an arbitrator upheld a grievance with respect to the employer’s decision to implement random alcohol testing in the workplace because of a failure to establish evidence of an alcohol or drug problem in the workplace. The cases of which I am aware involved the trucking industry. But the facts of each case must be examined carefully. For example, *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, RE*, involved truck drivers who transported other trucks, piggy-back style, and the imposition of a policy of mandatory (but not random) drug testing by urine analysis. The policy was found to be unreasonable because the employer had failed to establish evidence of an existing alcohol or drug problem in the workplace. A similar result was reached in *Trimac Transportation Services-Bulk Systems v. Transportation Communications Union*, [1999] 88 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 237 (Arbitrator K.M. Burkett). In that case, the arbitrator was asked to decide whether the employer’s policy requiring all truck drivers to submit to random mandatory drug testing violated the collective agreement. The policy was adopted in response to a US federal law requiring drivers be tested. The union’s grievance was upheld. At the time the policy had been adopted, there had had been no instances of impairment among drivers. Therefore, objectively speaking, there was no drug or alcohol usage problem to give rise to the reasonably held apprehension that drivers might compromise safety by reporting to work under the influence.

[49] The one recent decision which supports the union's position in this case is *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 593*, [2009] 186 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 424 (Arbitrator Kaplan). The case involved mandatory random alcohol testing. The Arbitrator determined that the policy was unreasonable because of the employer's failure to adduce evidence of an existing drug or alcohol in the workplace. In reaching that conclusion the arbitrator relied on and quoted from the decision of M. G. Picher in *Nanticoke*. Regrettably the arbitrator misquoted Arbitrator Picher. Mr. Picher did not say that "arbitrators had overwhelmingly rejected mandatory, random, and unannounced testing of all employees in a safety sensitive workplace..." What Mr. Picher said was that arbitrators had overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug testing of all employees ..." (emphasis added). And as noted, *Nanticoke* dealt with random drug testing. All of this said, the question of whether truck drivers are involved in an inherently dangerous operation remains alive and not affected by the innocent misstatement as to what was actually said in *Nanticoke*. I suspect the answer depends in part on what is being transported and the deterrent effect of the provisions of the *Criminal Code* dealing with impaired driving.

[50] Finally, I must refer to the arbitral decision in *Communications, Energy Paperworkers Union Local 777* (May 27, 2000, T.J. Christian, Chair, unreported, on reserve, New Brunswick Law Society Library, Fredericton), where the majority upheld the employer's decision to adopt a policy of random alcohol testing at its Strathcona refinery based on the dangerous nature of the operations and a survey of affected employees with respect to alcohol and drug use by employees holding safety sensitive positions at the refinery. This case would suggest that some evidence of a drug or alcohol problem in the workplace is required to support the policy's adoption. Several arbitrators who have cited and relied on the Strathcona case have failed to appreciate that some evidence of an existing drug or alcohol problem was factored into the decision to uphold the testing policy.

C. *Summary Observations on the Extant Jurisprudence*

[51] The above analysis undermines the union's position that arbitrators in Canada have overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug and alcohol testing and that sufficient evidence of a pre-existing drug or alcohol problem in the workplace is therefore a pre-condition to the enforceability of such policies, unless the workplace qualifies as ultra-dangerous. Having regard only to the arbitral jurisprudence discussed above, it is safe to conclude that, on balance, arbitrators have rejected the need to adduce such evidence in cases where the employer is able to establish that the workplace is inherently dangerous. It is true that the early jurisprudence reveals an antipathy towards drug and alcohol testing in the workplace and, in particular, to drug testing: e.g., *Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.A.A.A. No. 244, 56 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 440 (J.D. McAlpine, Chair). Random alcohol testing, however, gained early acceptance once testing was restricted to employees holding safety sensitive positions and the testing would be by breathalyser. This left for consideration the pivotal question whether the workplace in question fell within the "highly" or "inherently" dangerous category. Employers involved in the production and refining of oil products or chemicals, or in the mining and forestry sectors of the economy, have been able to persuade arbitrators and arbitration panels that such operations so qualify and usually without adducing evidence of an existing alcohol problem in the workplace. By contrast, there has been a resistance to classifying trucking operations as inherently dangerous.

[52] As matter of policy, this Court must decide whether an employer is under an obligation to demonstrate sufficient evidence of an alcohol problem in the workplace before adopting a policy requiring mandatory random alcohol testing. In my view, the balancing of interests approach which has developed in the arbitral jurisprudence and which is being applied in the context of mandatory random alcohol testing warrants approbation. Evidence of an existing alcohol problem in the workplace is unnecessary once the employer's work environment is classified as inherently dangerous. Not only is the object and effect of such a testing policy to protect the safety interests of those

workers whose performance may be impaired by alcohol, but also the safety interests of their co-workers and the greater public. Potential damage to the employer's property and that of the public and the environment adds yet a further dimension to the problem and the justification for random testing. As is evident, the true question is whether the employer's workplace falls within the category of inherently dangerous. It is to that issue I now turn.

D. *Is Irving's kraft mill an inherently dangerous operation?*

[53] It has been argued that the arbitration board made a palpable and overriding error in concluding that the kraft mill did not fall within the classification of ultra-dangerous operation. The reality is that in law there is no such classification. Hence, the question we must address is whether the mill operations can be classified as inherently dangerous. In my view, the arbitration board's finding that the kraft paper mill presented itself as a "dangerous work environment" satisfies the test of inherently dangerous and, therefore, Irving did not have to adduce evidence of an existing alcohol problem in the workplace, let alone sufficient evidence of a "significant problem" in the workplace.

[54] For greater certainty, I want to focus briefly on the reality that chemical plants and railway operations have been classified as inherently dangerous work environments, thereby dispensing with the need to adduce evidence of an existing alcohol problem in the workplace in order to justify the adoption of a random alcohol testing policy. Yet, as noted earlier, the arbitration board held that Irving's kraft mill could not be equated with a railway operation or a chemical plant. In my respectful view this finding is unreasonable. Let me explain.

[55] To the extent that a railway company, which transports goods throughout the country, is entitled to adopt a random alcohol testing policy without evidence of an existing alcohol problem in the workplace, one would think that a kraft paper mill would provide an equally dangerous workplace. If a railway company which transports

hazardous materials to various workplaces is entitled to adopt a policy with respect to random alcohol testing then it should follow that a company which uses those materials in its operations is equally entitled to do so. Indeed, the Irving kraft mill uses hazardous materials such as chlorine dioxide, sulphuric acid, hydrogen peroxide, liquid and gaseous oxygen and methanol. Moreover, Irving's employees are responsible for loading and unloading chemicals from rail cars and other types of vehicles. In short, it makes no sense that a railway operation is entitled to adopt a policy of random alcohol testing, but the customer who uses the toxic chemicals in its manufacturing process is not. When the facts are so viewed, the evidence of Irving's witness, Mr. Moorehouse, to the effect that a kraft mill is as close to a chemical plant as one can get makes eminent good sense and, as we know, refineries and chemical plants are treated in the arbitral jurisprudence as inherently dangerous work sites.

[56] The facts of the present case also reveal a kraft mill with a \$350 million pressure boiler which has a "high potential" for explosion. The potential impact on the environment of a major catastrophe, such as a chemical spill, has never been challenged. The intra-city location of the kraft mill and its proximity to the St. John River and Bay of Fundy would cause concern for any environmentalist. Indeed, at one point the board accepts that incorrect configuration of plant control systems by certain employees is noted as having a potential for "catastrophic failures". As stated at the outset, some might argue that at its core this appeal is of importance to the public at large.

[57] In summary, it is not difficult to support the contention that Irving's kraft paper mill qualifies as an inherently dangerous workplace as would a chemical plant. This is why evidence of an existing alcohol problem in the workplace was not required to support its policy of random alcohol testing. This is why the arbitration board's decision cannot stand and the application judge was correct in determining that its decision should be set aside and the grievance dismissed. In the circumstances, it is unnecessary to delve into issues dealing with the board's perception that evidence of near disasters is required to justify the imposition of alcohol or drug testing policies.

V. Disposition

[58]                   The appeal should be dismissed. As the hearing was spread over two days, the respondent is entitled to costs of \$5,000.

LE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[1] L'intimée, Les Pâtes et Papier Irving, Limitée, exploite une usine de papier Kraft sur les rives de la rivière St-Jean, à l'endroit où la rivière se jette dans la baie de Fundy. L'usine est également contiguë aux Chutes réversibles, « célèbres dans le monde entier », et chevauche la ligne qui sépare la partie ouest de la ville de Saint John de son extrémité nord. En 2006, Irving a unilatéralement adopté une politique applicable en milieu de travail qui obligeait notamment les employés occupant un poste critique pour la sécurité à se soumettre à des tests aléatoires de dépistage d'alcool administrés au moyen d'un alcootest. Le caractère aléatoire des tests est assuré par le fait que c'est un ordinateur situé à l'extérieur de l'usine qui dresse la liste des trois cent trente-quatre personnes susceptibles de le subir. Au cours d'une période de douze mois, l'ordinateur choisit 10 % des noms figurant sur la liste. Les parties s'entendent pour reconnaître que l'employeur a le droit d'adopter des politiques se rapportant à la sécurité au travail à la condition qu'elles ne soient pas incompatibles avec la convention collective. Corrélativement, le syndicat a le droit de contester ces politiques pour le motif qu'elles ne satisfont pas au critère dit du caractère raisonnable qui est imposé en vertu de ce que les avocats spécialisés en droit du travail ont appelé les règles *KVP*.

[2] En l'espèce, un employé d'Irving et membre du syndicat appelant qui occupait un poste critique pour la sécurité a aléatoirement été soumis à un test. Le test a révélé une alcoolémie de zéro. Néanmoins, un grief de principe a été déposé aux fins de contester l'aspect [TRADUCTION] « sans motif valable » de la politique. Le conseil d'arbitrage a procédé à une mise en balance des intérêts en cause et a jugé à la majorité qu'Irving n'avait pas établi que la politique en question était nécessaire, savoir qu'elle n'avait pas démontré que les activités de l'usine comportaient un risque de préjudice suffisant qui l'emportait sur le droit de l'employé au respect de sa vie privée.



Plus précisément, la majorité a conclu qu'Irving n'avait pas produit d'éléments de preuve suffisants aux fins d'établir l'existence d'incidents antérieurs au cours desquels l'exécution des tâches avait été compromise par l'alcool et de justifier l'adoption de la politique en question. En même temps, elle a reconnu que l'employeur engagé dans une entreprise [TRADUCTION] « ultra-dangereuse » portait un [TRADUCTION] « fardeau de justification plus léger ». D'après les faits, toutefois, la majorité a conclu que bien que l'usine ait constitué [TRADUCTION] « un milieu de travail dangereux », elle n'appartenait pas à la catégorie des activités ultra-dangereuses comme l'exploitation d'une centrale nucléaire, d'une ligne aérienne, d'un chemin de fer, d'une usine de produits chimiques ou d'entreprises industrielles semblables. Cela explique pourquoi les membres majoritaires du conseil ont ensuite examiné la preuve concernant la consommation d'alcool sur les lieux de travail. D'après la preuve produite, ils ont conclu qu'on n'avait pas produit d'éléments de preuve suffisants pour établir un [TRADUCTION] « accroissement important de risque qui l'aurait emporté sur le droit des employés au respect de la vie privée ». Le membre du conseil qui était dissident a qualifié le milieu de travail de [TRADUCTION] « très dangereux » et a par conséquent estimé que la preuve d'un problème d'alcool dans le lieu de travail n'était pas une condition préalable à l'établissement du caractère raisonnable de la politique. Subsidiairement, le membre dissident a jugé qu'Irving avait produit des éléments de preuve suffisants établissant l'existence d'un problème de cette nature.

- [3] La requête en révision a été accueillie et la décision rendue à la majorité a été évoquée à la Cour du Banc de la Reine et annulée. La décision rendue dans le cadre de la révision est maintenant publiée sous la référence 2010 NBBR 294 et à 367 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 234. Le juge saisi de la requête a dit de la divergence entre l'opinion de la majorité et l'opinion dissidente qu'elle tenait à la distinction entre un lieu de travail qui est dangereux et un lieu de travail qui est ultra-dangereux (par exemple une installation nucléaire). Selon l'interprétation qu'a retenue le juge saisi de la requête, la majorité a conclu que si le lieu de travail appartient à la catégorie des lieux ultra-dangereux, la preuve d'incidents imputables à l'alcool sur le lieu de travail n'est pas nécessaire. Toutefois, si le lieu de travail appartient à la catégorie des lieux dangereux, comme c'est

le cas de l'usine Irving, l'employeur doit apporter la preuve suffisante d'un problème d'alcool préexistant. Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'était pas raisonnable d'exiger des éléments de preuve établissant des antécédents de cette nature dès lors que la majorité avait décidé que l'usine de papier Kraft constituait un lieu de travail dangereux où [TRADUCTION] « une catastrophe peut survenir ». Il a appliqué la norme du caractère raisonnable énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et a jugé que la décision du conseil était déraisonnable parce qu'elle n'appartenait pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (par. 47 de *Dunsmuir*).

[4] Bien que les parties s'entendent pour reconnaître que le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en adoptant la norme de la raisonnable, on ne m'a pas convaincu que c'est là la norme applicable. Certes, on serait en droit de penser que la décision d'un arbitre concernant le caractère raisonnable d'une politique de l'employeur relative à la sécurité au travail est une question de fait, ou une question mixte de droit et de fait, au titre de laquelle la déférence judiciaire est de mise conformément aux principes de la doctrine de la déférence énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir*. Toutefois, cette interprétation doit être remise en question dès lors que l'on reconnaît que la raisonnable de la politique dépend d'une question fondamentale : dans quelles circonstances un employeur doit-il produire des preuves d'un problème d'abus d'alcool ou de drogue dans un lieu de travail afin de justifier l'adoption de la politique? En l'espèce, cette question peut être ainsi reformulée : la décision d'un employeur d'adopter une politique prévoyant des tests aléatoires et obligatoires de dépistage d'alcool dans le cas des employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité doit-elle être appuyée par des preuves suffisantes établissant l'existence d'incidents imputables à l'alcool sur le lieu de travail? En fait, le conseil d'arbitrage est allé plus loin et a dit que la question consistait à exiger une preuve étayant l'existence [TRADUCTION] d'« un problème important d'exécution de tâches compromise par l'alcool à l'usine ».

[5] À mon avis, la réponse à cette question est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte et ce, pour deux raisons. Premièrement, la question posée

soulevait une pure question de droit, question qui cherche à réaliser un équilibre raisonnable entre l'intérêt légitime et l'obligation de l'employeur de fournir un lieu de travail sûr et le droit à la vie privée et à la dignité des employés ou encore, dans certains cas, leur droit à la protection contre la discrimination. De ce fait, l'affaire soulève une question d'importance générale en droit à l'égard de laquelle le conseil d'arbitrage ne peut revendiquer une expertise relative supérieure à celle des tribunaux. D'ailleurs, on pourrait prétendre que, fondamentalement, le présent appel est important pour le public dans son ensemble étant donné l'emplacement de l'usine de papier Kraft. Deuxièmement, la jurisprudence arbitrale n'est pas toujours conciliable ou facile à concilier. Il arrive souvent que la même instance soit citée à l'appui de propositions opposées. De plus, la distinction que fait le conseil d'arbitrage entre le lieu de travail dangereux et le lieu de travail ultra-dangereux ne fait tout simplement pas partie du cadre arbitral dans lequel s'inscrit la validité des politiques prévoyant des tests de dépistage d'alcool et de drogue. La même chose est vraie en ce qui concerne la condition qui veut que l'employeur produise la preuve d'un problème important d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail. Il incombe donc à notre Cour de garantir la certitude en ce qui concerne le droit du Nouveau-Brunswick. En même temps, je ne veux pas donner l'impression que la jurisprudence arbitrale n'est pas pertinente pour les fins de l'analyse qui nous occupe en l'espèce. Je m'explique.

[6] La position du syndicat trouve son expression dans deux propositions connexes : (1) les arbitres, au Canada, ont rejeté en masse les tests de dépistage d'alcool et de drogue obligatoires, aléatoires et sans préavis; (2) une preuve suffisante d'un problème de drogue ou d'alcool préexistant dans le lieu de travail est une condition préalable à l'applicabilité des politiques de cette nature, à moins que le lieu de travail ne soit ultra-dangereux. Le syndicat soutient donc que le juge saisi de la requête a commis une erreur en annulant la décision du conseil d'arbitrage.

[7] L'examen de la jurisprudence arbitrale pertinente m'amène à conclure que les arbitres et les conseils d'arbitrage n'ont pas rejeté en masse les tests de dépistage d'alcool obligatoires, aléatoires et sans préavis dans les lieux de travail. Il faut

reconnaître que l'acceptation de politiques prévoyant des tests de dépistage de drogue au travail a fait l'objet d'une plus grande résistance que l'acceptation des politiques visant le dépistage de l'alcool au moyen d'un alcootest. Je conclus également que le conseil d'arbitrage a commis une erreur de droit en statuant qu'un employeur doit produire une preuve suffisante établissant l'existence d'un problème d'alcool dans le lieu de travail, sauf si le lieu de travail est déclaré relever de la catégorie des lieux ultra-dangereux. Je tiens compte de la jurisprudence arbitrale et je suis les décisions plus récentes où il a été décidé qu'une fois qu'un lieu de travail est déclaré [TRADUCTION] « dangereux par nature », l'employeur n'a pas à établir l'existence d'un problème d'alcool dans le lieu de travail. Je reconnais que les décisions plus anciennes (rendues au cours des années 1990) traduisent une certaine hésitation à souscrire aux tests de dépistage d'alcool et de drogue dans le lieu de travail. Cela est particulièrement vrai dans le cas des tests de dépistage de drogue, mais moins dans celui des tests aléatoires de dépistage d'alcool en raison de l'atteinte minimale portée par ces derniers et à condition que les tests soient limités aux employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité.

[8] À mon avis, le droit reposerait sur des bases plus solides s'il reconnaissait que les tests de dépistage d'alcool obligatoires et aléatoires dans le lieu de travail sont justifiés dès lors que l'employeur établit que les activités qui s'y déroulent sont dangereuses par nature, ce qui éliminerait la nécessité de produire la preuve d'un problème d'alcool dans le lieu de travail. L'adoption de la politique prévoyant des tests de dépistage d'alcool étant justifiée, son caractère raisonnable sera confirmé, à condition que les tests de dépistage soient administrés au moyen d'un alcootest et seulement aux employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité. C'est à ce moment-là qu'un équilibre raisonnable sera atteint entre les droits de l'employeur et ceux des employés.

## II. Le contexte – Les décisions contestées

[9] Le 1<sup>er</sup> février 2006, Irving a adopté une politique qui obligeait les employés occupant des [TRADUCTION] « postes critiques pour la sécurité », selon la définition qu'en donnait la politique, à se soumettre à des tests de dépistage de drogue et

d'alcool. Cette définition est en partie rédigée ainsi : [TRADUCTION] « Le poste critique pour la sécurité est un poste dont la compagnie estime qu'étant donné le rôle qu'il joue dans les activités, une exécution de tâches compromise par l'alcool ou la drogue pourrait entraîner un incident important portant atteinte à la santé et à la sécurité des employés, des clients, des employés des clients et du public ou encore, aux biens ou à l'environnement ». La partie V (iii)(c) de la politique prescrit l'administration de tests de dépistage d'alcool obligatoires, sans préavis et aléatoires (sans motif valable). Le caractère aléatoire du test est assuré par le fait que c'est un ordinateur situé à l'extérieur de l'usine qui dresse la liste des employés susceptibles de le subir (au nombre de trois cent trente-quatre). Au cours d'une période de douze mois, l'ordinateur choisit 10 % des noms figurant sur la liste des employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité. Une fois qu'ils ont été choisis, les noms ne sont pas rayés de la liste – de crainte que la politique perde son effet dissuasif pour le reste de l'année. Il est donc possible que le même nom soit choisi plus d'une fois pendant la période de douze mois. Le test de dépistage est administré au moyen d'un alcootest. Un résultat positif (savoir une alcoolémie supérieure à 0,04 %) constitue une violation de la politique et donne lieu à l'application d'une mesure disciplinaire pouvant aller jusqu'au congédiement de l'employé. La mesure disciplinaire à prendre est une question qui se tranche au cas par cas. Le 13 mars 2006, quelqu'un est allé voir un employé qui occupait un poste critique pour la sécurité, Percy Day, et lui a demandé de subir un alcootest. M. Day, qui ne boit aucune boisson alcoolisée pour des motifs religieux, a accepté de subir le test en raison des mesures disciplinaires prescrites par la politique. Comme on pouvait s'y attendre, les résultats du test ont été négatifs (0,0 %). Un grief de principe a été déposé et a été entendu par un conseil d'arbitrage constitué en vertu de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4.

[10] Dès le départ, les parties se sont entendues pour reconnaître qu'un employeur a le droit unilatéral d'adopter des règles régissant le lieu de travail à la condition qu'elles s'inscrivent dans le cadre analytique énoncé dans la décision de principe rendue dans l'affaire *KVP Co. c. Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537 (Veronneau Grievance)*, [1965] O.L.A.A. No. 2 (QL). Le tribunal a conclu, dans

cette décision, que pour être exécutoires, les règles régissant le lieu de travail doivent répondre aux critères suivants : (1) la règle ne doit pas aller à l'encontre de la convention collective; (2) elle doit être raisonnable; (3) elle doit être claire et sans équivoque; (4) elle doit être portée à la connaissance des employés visés avant que la compagnie puisse la mettre à exécution; (5) l'employé fautif doit avoir été avisé qu'un manquement à cette règle pouvait amener son congédiement, si la règle sert de fondement à un congédiement; (6) la règle doit avoir été appliquée uniformément par la compagnie depuis son introduction. Dans les milieux du droit du travail, ces six règles sont universellement désignées sous le nom de règles énoncées dans la décision *KVP* ou règles *KVP*. En l'espèce, le conseil d'arbitrage n'a eu qu'à examiner la deuxième règle, c'est-à-dire à se demander si la partie de la politique relative aux tests aléatoires de dépistage d'alcool était raisonnable.

[11] Les membres majoritaires du conseil d'arbitrage (ci-après appelé le conseil d'arbitrage ou le conseil) ont examiné la question du caractère raisonnable, en premier lieu à la lumière de ce qui a été dit dans l'arrêt *Dunsmuir*, en second lieu en se reportant à ce que les distingués auteurs Brown and Beatty ont dit dans leur ouvrage qui fait autorité, *Canadian Labour Arbitration*, 4<sup>e</sup> éd., feuillets mobiles (Aurora (Ont.) : Thomson Reuters Canada Limited, 2011) et en troisième lieu, en se reportant à quatre décisions, dont deux sont des décisions judiciaires : *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 900*, [2006] O.L.A.A. No. 721 (QL), conf. à [2008] O.J. No. 489 (QL) et à 2009 ONCA 420, [2009] O.J. No. 2037 (QL) (ci-après *Naticoke*), et *Entrop c. Imperial Oil Ltd.*, [2000] O.J. No. 2689 (C.A.) (QL) (ci-après *Entrop*) et les deux autres, des décisions arbitrales : *Re: Communications Energy and Paperworkers Union, Local 770 and Imperial Oil Ltd.* (inédate, le 27 mai 2000, présidence de T.J. Christian) et *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL).

[12] S'appuyant sur la jurisprudence susmentionnée, le conseil d'arbitrage a conclu que pour établir la raisonnable de sa politique de dépistage d'alcool, l'employeur devait [TRADUCTION] « montrer, par la preuve, que le risque dont il a

conscience et auquel il répond par sa *Politique* est suffisant pour justifier les moyens choisis pour y répondre ». La majorité a dit que le mot risque pouvait désigner au moins trois situations différentes : (1) le risque propre aux fonctions d'un poste donné ou d'une catégorie de postes donnée; (2) le risque lié à une entreprise, en soi; (3) le risque associé à l'entreprise en tant que représentative d'un genre de poste où la sécurité est hautement critique. Le conseil a également reconnu l'existence de la jurisprudence qui appuie le principe voulant qu'un employeur doive produire la preuve d'un problème existant imputable à l'alcool dans le lieu de travail pour avoir gain de cause. Toutefois, le conseil s'est dit d'avis que ce principe avait une [TRADUCTION] « portée trop générale ». Il a ensuite tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

La preuve du risque peut provenir de la nature de l'industrie en tant que telle. La jurisprudence reconnaît que l'employeur engagé dans une entreprise ultra-dangereuse porte un fardeau de justification plus léger.

[13] À l'appui de cette conclusion, le conseil d'arbitrage a invoqué la décision de principe rendue dans l'affaire *Canadian National Railway Co. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada)*, [2000] C.L.A.D. No. 465 (QL) (présidence de M.G. Picher) (ci-après *CN Rail*), la décision *Weyerhaeuser Co. c. Industrial Wood and Allied Workers of Canada*, [2004] B.C.C.A.A.A. No. 71 (QL) (ci-après appelée *Weyerhaeuser I*) et la décision *DuPont Canada Inc. c. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 28-0 (Drug and Alcohol Policy Grievance)*, [2002] C.L.A.D. No. 146 (QL) (ci-après *DuPont Canada*) (présidence de P.C. Picher). En somme, le conseil a conclu que pour établir la validité et le caractère exécutoire de la politique de dépistage contestée, Irving devait établir que cette politique était nécessaire en raison de l'existence d'un risque de préjudice suffisant. En ce qui concerne la charge de présentation imposée à Irving, la majorité a reconnu que plus le risque est critique dans l'entreprise, plus il serait facile à l'employeur de justifier sa politique de dépistage d'alcool en invoquant des cas attestés d'incidents imputables à l'alcool dans le lieu de travail. Lorsqu'il s'agit d'industries

ultra-dangereuses, comme l'exploitation d'une ligne aérienne ou d'un réacteur nucléaire, elle a reconnu que la preuve d'un problème d'alcool préexistant ne serait pas nécessaire.

[14] Après un examen approfondi de la preuve de l'employeur, le conseil d'arbitrage a conclu que [TRADUCTION] « l'exploitation de l'usine, en temps normal, s'accompagne du risque que certaines défaillances puissent avoir des répercussions sur beaucoup plus que la sécurité de l'auteur de l'incident ». Cela l'a amené à conclure que [TRADUCTION] « l'usine, dans son fonctionnement normal, est un milieu de travail dangereux ». Pour en arriver à cette conclusion, la majorité s'est notamment appuyée sur le témoignage d'un des employés retraités d'Irving, M. Moorehouse, qui a fait la description suivante de l'usine : [TRADUCTION] « Il s'agit d'industrie lourde. C'est une usine de pâte Kraft. C'est probablement ce qui se rapproche le plus d'une usine de produits chimiques. Les produits chimiques y sont nombreux. » Toutefois, le conseil d'arbitrage n'était pas disposé à accepter le fait que l'usine de pâte Kraft d'Irving pouvait être considérée comme une entreprise ultra-dangereuse. Il a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « La preuve présentée n'est pas suffisante pour établir que l'exploitation de cette usine de pâte Kraft entre dans la même catégorie de risque que l'exploitation d'une centrale nucléaire, d'une ligne aérienne, d'un chemin de fer, d'une usine de produits chimiques ou d'entreprises industrielles semblables. » À la lumière de cette preuve, le conseil a ensuite examiné la preuve établissant un problème d'alcool préexistant dans le lieu de travail ou, pour reprendre l'expression de la majorité, la preuve d'un risque accru lié à la consommation d'alcool. Au nom d'Irving, M. Moorehouse a fait état de huit incidents précis liés à la consommation d'alcool dont cinq où un employé s'était présenté au travail sous l'effet de l'alcool. Les cinq incidents s'étaient produits sur une période de quinze ans : entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006. À la suite de l'adoption de la politique en question, aucun employé n'avait obtenu de résultat positif aux tests aléatoires et aucun résultat positif n'avait non plus été obtenu en ce qui concernait les tests administrés pour un motif raisonnable.

[15] Le conseil d'arbitrage a conclu qu'on ne saurait dire que la preuve [TRADUCTION] « montre qu'il existe un problème important d'exécution de tâches



compromise par l'alcool à l'usine » (c'est moi qui souligne). Le conseil a ensuite jugé qu'il existait des éléments de preuve indirects qui permettaient d'inférer que la direction d'Irving [TRADUCTION] « ne juge pas élevé, chez les titulaires de postes critiques pour la sécurité, l'accroissement du risque amené par l'alcool dans cette usine ». Cette inférence a été tirée à partir du fait que la politique prévoyant des tests de dépistage était limitée à 10 % des trois cent trente-quatre personnes dont les noms figuraient sur la liste des employés qui occupaient des postes critiques pour la sécurité. La majorité a estimé que si Irving avait véritablement été préoccupée par la question du risque, elle aurait choisit un pourcentage plus élevé comme l'ont fait d'autres employeurs selon ce que révèle la jurisprudence.

[16] Le conseil d'arbitrage a ensuite examiné le fait qu'à compter de la date de l'entrée en vigueur de la politique, soit le 1<sup>er</sup> février 2001, jusqu'à la date de l'audience, le 16 décembre 2008, trente-trois mois s'étaient écoulés au total. Pourtant, aucun test aléatoire de dépistage d'alcool n'avait donné de résultat positif à l'usine et aucun résultat positif n'avait non plus été obtenu en ce qui concernait les tests administrés pour un motif raisonnable. Pendant cette période, environ cent quatorze tests aléatoires de dépistage avaient été administrés. De ce nombre, seuls dix-sept avaient été administrés à des membres du syndicat appelant. M. Moorehouse a attribué l'absence de résultats positifs à l'effet dissuasif de la politique. Le conseil a conclu qu'aucune inférence favorable à Irving n'était justifiée : [TRADUCTION] « Cela est sans doute exact, mais d'après le témoignage qu'il a lui-même rendu en l'espèce, l'inverse pourrait aussi bien être vrai, mais il n'y a rien d'autre qu'une corrélation. Aucune inférence fortuite favorable à l'employeur ne se dégage de ce témoignage. »

[17] En ce qui concerne la preuve d'un [TRADUCTION] « accroissement de risque imputable à l'alcool », le conseil d'arbitrage a conclu son analyse en adoptant le raisonnement suivant :

[TRADUCTION]

Cet élément de preuve autorise à penser que l'employeur, dans l'échelle de présence d'un risque accru pour la

sécurité lié à la consommation d'alcool, se situe aux échelons inférieurs. Je conclus que la preuve, dans l'ensemble, est indicative d'un accroissement minime du risque de problèmes de sécurité liés à une exécution de tâches compromise par l'alcool à l'usine.

[18] Ensuite, le conseil d'arbitrage a examiné la question des moyens choisis pour détecter la présence d'alcool. Il a reconnu qu'il fallait établir une distinction entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d'alcool et que ces derniers avaient été envisagés différemment et avec plus de bienveillance dès lors qu'il était établi qu'ils étaient administrés au moyen d'un alcootest. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada précise que l'atteinte portée par l'alcootest est « minimale » : voir par exemple l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, [1997] A.C.S. n° 34 (QL).

[19] La dernière partie de l'analyse qu'a effectuée le conseil d'arbitrage en ce qui concerne la validité de la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool est axée sur la mise en balance des intérêts de l'employeur et des employés. Comme l'a dit le conseil : [TRADUCTION] « Ce qu'il faut évaluer, ce sont les avantages que retirera l'employeur de l'application de la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool comparativement à l'atteinte au droit au respect de la vie privée des employés qui en résultera. » Pour reprendre les propos de la majorité : [TRADUCTION] « Si la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool doit être justifiée, elle doit être proportionnée au droit au respect de la vie privée de l'employé. » Le conseil a ensuite conclu qu'à son avis, l'employeur ne retirait que peu d'avantages ou aucun avantage de l'adoption d'une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool puisque Irving n'avait pas établi [TRADUCTION] qu'« un accroissement de risque important pouvait être attribué à la consommation d'alcool par les employés » dans l'usine dans le passé. Considérée conjointement avec le faible taux d'administration des tests, soit 10 %, le conseil a conclu que la politique ne permettrait que rarement, si tant est qu'elle le permette, de découvrir un employé ayant une alcoolémie supérieure à 0,04 % et que l'employeur n'avait donc aucun avantage réel à retirer de la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool. Par ailleurs, le conseil a conclu que puisque les tests de dépistage d'alcool étaient aléatoires par nature (administrés sans

motif précis), le droit des employés au respect de la vie privée devenait plus important. Le conseil a également jugé que l'atteinte n'était pas insignifiante et a conclu que la balance penchait en faveur du syndicat et de l'employé.

[20] Dans le cadre de la requête en révision, la décision du conseil d'arbitrage a été annulée et le grief rejeté. Selon l'interprétation qu'a retenue le juge saisi de la requête, la décision du conseil exigeait, pour la justification de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool, des antécédents d'accidents dans un lieu de travail dangereux et cette exigence n'était pas raisonnable parce qu'elle signifiait en fait que l'employeur devait attendre qu'une catastrophe se soit produite pour prendre des mesures susceptibles d'empêcher qu'elle ne se reproduise. Le juge saisi de la requête a conclu que la distinction que le conseil avait établie entre un lieu de travail dangereux et un lieu de travail ultra-dangereux était déraisonnable. Il s'est dit d'avis qu'il ne restait au conseil qu'une question à examiner après avoir conclu que l'usine était un lieu de travail dangereux : celle de savoir si la politique de l'employeur était une réponse proportionnée au danger éventuel. Compte tenu de l'atteinte minimale portée par l'alcootest et le fait que la politique ne s'applique qu'aux employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité, le juge saisi de la requête a conclu que le grief aurait dû être rejeté.

### III. La norme de contrôle

[21] Notre Cour n'est nullement tenue de souscrire à la décision du juge saisi de la requête d'accepter la prétention partagée des parties voulant que la raisonnable soit la norme de contrôle applicable. De plus, puisque nous avons soulevé la question auprès des avocats lors de l'audition de l'appel, nous ne sommes pas obligés de décider si le juge saisi de la requête a convenablement appliqué cette norme à la décision du conseil d'arbitrage. Comme nous l'avons dit au début, le présent appel soulève une question de droit. Devons-nous tenir pour acquis que les arbitres du travail ont, partout au pays, une prérogative qui les autorise à déterminer le cadre analytique sur lequel s'appuyer pour décider si une politique prévoyant des tests de dépistage de drogue et d'alcool est raisonnable, malgré le fait que certaines des décisions clefs en la matière émanent des

tribunaux judiciaires? Devons-nous tenir pour acquis que les arbitres du travail appelés à se pencher sur des politiques prévoyant des tests de dépistage d'alcool et de drogue peuvent prétendre posséder une expertise relative que ne possèdent pas les tribunaux judiciaires? Je réponds à ces deux questions par la négative et j'en soulève une troisième : de quelle façon le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire doit-il composer avec le fait que la jurisprudence arbitrale révèle ce qui a été décrit comme des cadres analytiques ou des critères contradictoires? J'estime qu'il arrive parfois que l'objectif qui consiste à garantir la certitude du droit doive éclipser les principes de la doctrine de la déférence. Il s'agit ici d'un de ces cas.

[22] En règle générale, notre Cour a fait preuve de déférence envers les décisions de la Commission du travail et de l'emploi, des arbitres du travail et des comités, conseils ou tribunaux d'arbitrage se rapportant à des questions de droit découlant de l'interprétation d'une convention collective ou des lois habilitantes. Rien de ce qui a été décidé dans l'arrêt *Dunsmuir*, excepté la notion de question de compétence, ne porte atteinte à la jurisprudence antérieure de notre Cour. Il m'incombe donc de justifier la décision d'appliquer la norme de contrôle de la décision correcte à la décision du conseil d'arbitrage. Mon raisonnement n'est pas compliqué. Les questions fondamentales soulevées dans le présent appel obligent le décideur à réaliser un juste équilibre entre le droit de l'employeur d'adopter des politiques qui favorisent la sécurité dans le lieu de travail et le droit de l'employé au respect de sa vie privée ou à la protection contre la discrimination dans les cas où la contestation est déposée en vertu d'une loi sur les droits de la personne. Si l'on aborde la question sous ces angles prescriptifs, il est tout naturel de se demander si les arbitres possèdent une expertise relative de nature à appuyer la conclusion que le législateur a voulu que l'on fasse preuve de déférence envers les sentences arbitrales se rapportant à des tests de dépistage de drogue et d'alcool.

[23] Certes, la Cour suprême n'a pas encore, à ce jour, fait preuve de déférence envers un tribunal administratif relativement à des questions de droit intimement liées à des questions ressortissant aux droits de la personne : voir l'ouvrage de Jones et de

Villars, intitulé *Principles of Administrative Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 2009) à la p. 553. De même, la Cour suprême a jugé que les différents commissaires à la protection de la vie privée ne possèdent pas une plus grande expertise quant au sens de certains concepts énoncés dans leurs lois respectives qui limitent ou définissent leurs pouvoirs : voir l'ouvrage de Jones et de Villars, à la page 553, note 223. Si l'on reconnaît qu'aucune analogie n'est parfaite, je ne vois pas pourquoi notre Cour devrait s'écarter de ces précédents. En effet, si l'on examine la jurisprudence arbitrale, on est frappé par le recours qui y est fait aux opinions judiciaires qui abordent la question soulevée. Ce chevauchement montre l'importance générale de ces questions en droit et la nécessité de favoriser la cohérence et, donc, la certitude dans la jurisprudence. Finalement, je suis frappé par le fait qu'il vient un moment où les décideurs administratifs sont incapables d'en arriver à un consensus sur un point de droit précis, alors que les parties recherchent une solution qui favorise la certitude du droit, débarrassée des principes de la doctrine de la déférence. En l'espèce, il est évident que la jurisprudence arbitrale n'est pas cohérente lorsqu'il s'agit d'apporter une réponse à la question fondamentale soulevée dans le cadre du présent appel. Il incombe donc à notre Cour de donner une réponse définitive pour ce qui concerne le Nouveau-Brunswick. C'est pourquoi je suis disposé à appliquer la norme de contrôle de la décision correcte. Toutefois, il ne s'ensuit pas pour autant que je sois sur le point de faire fi de la jurisprudence arbitrale qui s'est développée au cours des deux dernières décennies. Je m'explique.

[24] En jugeant que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable en ce qui concerne la question de droit posée, je ne veux pas donner l'impression que la jurisprudence arbitrale se rapportant à des tests aléatoires de dépistage d'alcool perd tout à coup toute pertinence et que le tribunal qui effectue le contrôle judiciaire devrait se lancer dans une nouvelle analyse, sans égard aux principes et aux cadres analytiques qui sont appliqués par les tribunaux administratifs. Au contraire, la jurisprudence arbitrale de la dernière décennie a largement contribué à définir ce que signifie la raisonnable aux fins d'évaluer le caractère exécutoire d'une politique prévoyant des tests de dépistage d'alcool et de drogue dans un lieu de travail. En particulier, il faut reconnaître la contribution importante d'arbitres comme

Michel G. Picher. C'est lui qui était l'arbitre et qui a rédigé la décision de principe rendue dans l'affaire *CN Rail* que j'ai mentionnée plus tôt et qui a régulièrement été citée et appliquée par les arbitres partout au pays. L'arbitre Picher était également le président du conseil d'arbitrage et l'auteur de deux décisions rendues dans deux affaires qui ont circulé au sein des tribunaux judiciaires ontariens : les décisions *Nanticoke* et *Entrop*, également susmentionnées.

[25] Comme il fallait s'y attendre, l'arbitre Picher est également l'auteur d'une décision portant sur un grief déposé par le syndicat relativement à deux scieries du Nouveau-Brunswick qui appartenaient à une autre compagnie Irving. Le grief concernait la politique de dépistage aléatoire d'alcool de la compagnie : *J.D. Irving Ltd. c. Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 104 and 1309 (Drug and Alcohol Policy Grievance)*, [2002] N.B.L.A.A. No. 7 (QL). Plus récemment, la décision de l'arbitre Margo R. Newman dans l'affaire *Navistar Canada, Inc. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW-Canada), Local 504 (Substance Abuse Grievance)*, [2010] O.L.A.A. No. 227 (QL) contient une analyse pénétrante et exhaustive de la jurisprudence pertinente en ce qui concerne les questions qui nous occupent en l'espèce. Je mentionne expressément ces décisions, non pas parce la déférence leur est due de plein droit, mais parce que la déférence se gagne par la production de motifs qui vont au-delà de l'exigence de rationalité et d'intelligibilité posée dans l'arrêt *Dunsmuir* pour entrer dans le domaine de la simple force persuasive.

[26] Bien que j'aie adopté la norme de la décision correcte en ce qui concerne la question de droit énoncée ci-dessus, il y a un aspect de la décision du conseil d'arbitrage auquel la norme de contrôle dite de la raisonnable s'applique. Le conseil a conclu que la preuve présentée par Irving n'était pas [TRADUCTION] « suffisante » pour établir que son usine de pâte Kraft pouvait entrer dans la même catégorie de risque ultra-dangereux que l'exploitation [TRADUCTION] « d'une centrale nucléaire, d'une ligne aérienne, d'un chemin de fer [ou] d'une usine de produits chimiques ». À mon avis, la conclusion selon laquelle une usine de pâte Kraft n'appartient pas à la catégorie des

entreprises dangereuses au même titre qu'un chemin de fer ou une usine de produits chimiques est tout simplement « déraisonnable ».

[27] Finalement, pour le cas où je ferais erreur et où nous serions tenus à la déférence envers la décision du conseil d'arbitrage concernant l'obligation faite à Irving de produire la preuve d'un problème d'alcool ou de drogue existant dans le lieu de travail afin de justifier sa décision d'adopter la politique de dépistage aléatoire, je me réfugie dans l'analyse qu'a faite le juge saisi de la requête de la norme de contrôle de la « raisonabilité » et dans la façon dont il l'a appliquée ainsi que dans ses motifs où il explique pourquoi il a décidé d'annuler la décision du conseil. Plus précisément, je mettrais en évidence l'analyse du juge se rapportant aux inférences que le conseil a tirées à partir de la preuve et qui ne sont pas examinées dans les présents motifs en raison de l'application de la norme de la décision correcte.

#### IV. Les questions à trancher – Analyse

##### A. *Introduction*

[28] Les questions juridiques qui se posent dans le contexte de l'adoption unilatérale, par un employeur, d'une politique de dépistage de drogue et d'alcool ont, certes, une portée étendue. Non seulement il faut établir une distinction entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d'alcool, mais il faut aussi reconnaître que les tests de dépistage peuvent être nécessaires pour un motif raisonnable (avant qu'un accident ou un incident ne se produise) ou pour un motif découlant d'un incident (à la suite d'un accident du travail). Des questions se posent quant à savoir qui subira les tests et si l'on peut faire des tests une condition préalable à l'accès au lieu de travail d'un employeur. Il y a des cas où l'employeur exige que les employés d'un sous-traitant subissent des tests de dépistage, ce qui amène le sous-traitant à adopter sa propre politique prévoyant des tests de dépistage afin de garantir la conformité avec la politique de l'entrepreneur principal. Il y a aussi des situations où la politique peut être contestée pour cause de discrimination dans le cas où les lois pertinentes considèrent la

toxicomanie et l'alcoolisme comme une invalidité, ce qui soulève la question de l'étendue de l'obligation de l'employeur d'adapter sa politique aux personnes ayant une incapacité. De nombreuses autres questions sont aussi soulevées.

[29] C'est à dessein que j'ai restreint l'objet des présents motifs à l'examen du seul aspect de la politique d'Irving prévoyant des tests de dépistage de drogue et d'alcool qui a été contesté devant le conseil d'arbitrage : la validité de l'obligation qui a été imposée aux employés occupant un poste critique pour la sécurité de se soumettre à des tests aléatoires de dépistage d'alcool. On s'attendrait, en toute logique, à ce que le raisonnement juridique applicable aux tests aléatoires de dépistage d'alcool s'applique également aux tests aléatoires de dépistage de drogue. Toutefois, je reconnais que la jurisprudence relative aux tests de dépistage de drogue s'est révélée poser un plus grand problème que celle traitant des tests aléatoires de dépistage d'alcool. Bien qu'il soit vrai que les tests de dépistage de ces deux substances aient un effet dissuasif, les tests de dépistage de drogue ne peuvent mesurer le degré actuel d'affaiblissement des capacités. Un résultat positif signifie simplement que l'employé a consommé de la drogue dans le passé. Par contraste, le test de dépistage d'alcool peut déceler l'affaiblissement des capacités au travail et réduire au minimum le risque que l'exécution des tâches soit compromise par l'alcool. De plus, le test de dépistage d'alcool administré au moyen d'un alcootest a toujours été considéré comme portant une atteinte minimale lorsqu'il s'agit du droit d'un employé au respect de la vie privée et à la protection contre les fouilles abusives. Étant donné ces différences, je me suis intéressé avant tout aux décisions se rapportant à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ainsi qu'aux remarques incidentes concernant les tests de dépistage d'alcool qui ont pu être formulées dans un contexte ressortissant à la validité d'une politique prévoyant des tests de dépistage de drogue ou d'un de ses aspects.

B. *L'argumentation et la jurisprudence*

[30] Comme je l'ai dit au début, la position du syndicat trouve son expression dans deux propositions connexes : (1) les arbitres, au Canada, ont rejeté en masse les tests



de dépistage d'alcool et de drogue obligatoires, aléatoires et sans préavis; (2) une preuve suffisante d'un problème de drogue ou d'alcool préexistant dans le lieu de travail est une condition préalable à l'applicabilité des politiques de cette nature, à moins qu'il ne s'agisse d'un lieu de travail ultra-dangereux. Le syndicat soutient donc que le juge saisi de la requête a commis une erreur en annulant la décision du conseil d'arbitrage sur la base de la norme de contrôle de la raisonnable.

[31] La prétention du syndicat selon laquelle les arbitres ont rejeté en masse les tests de dépistage d'alcool et de drogue obligatoires et aléatoires est fondée, en partie, sur la décision *Nanticoke*, dans laquelle l'arbitre M.G. Picher a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Comme nous l'avons vu, une des caractéristiques principales de la jurisprudence relative aux tests de dépistage d'alcool ou de drogue au Canada est que les arbitres ont rejeté en masse la notion voulant que la direction ait, en vertu des dispositions d'une convention collective, le droit implicite de faire subir des tests de dépistage de drogue obligatoires, aléatoires et sans préavis à tous les employés travaillant dans un lieu où la sécurité est critique » (par. 101) (c'est moi qui souligne). Le syndicat reconnaît qu'il n'est question, dans cette citation, que des tests aléatoires de dépistage de drogue mais insiste néanmoins pour soutenir que la citation vaut également pour les tests aléatoires de dépistage d'alcool. En toute déférence, je ne souscris pas à cette prétention et voici pourquoi.

[32] Dans l'affaire *Nanticoke*, le conseil d'arbitrage (présidé par M.G. Picher) était saisi d'un grief concernant le bien-fondé de la politique de l'employeur (Imperial Oil) prévoyant des tests aléatoires de dépistage de drogue administrés par écouvillonnage oral afin de dépister la consommation de cannabis, y compris l'affaiblissement réel des capacités, à sa raffinerie de pétrole. La politique s'appliquait à tous les employés, pas seulement à ceux qui occupaient des postes critiques pour la sécurité. Au bout du compte, le conseil a, à la majorité, fait droit au grief et annulé cet aspect de la politique. En rendant cette décision, la majorité a écarté toute analogie entre les tests administrés au moyen d'un alcootest et les tests de dépistage de drogue administrés par écouvillonnage buccal. Dans une décision préliminaire, le conseil avait conclu que la validité de la partie

de la politique qui traitait des tests aléatoires de dépistage d'alcool n'était pas susceptible d'arbitrage parce qu'aucune contestation n'avait été engagée au cours des treize années pendant lesquelles elle avait été en vigueur (acquiescement). La Cour divisionnaire de l'Ontario, suivant la norme de contrôle dite du caractère manifestement déraisonnable qui était applicable avant l'arrêt *Dunsmuir*, a rejeté la requête en révision et cette décision a ensuite été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario.

[33] En résumé, la décision *Nanticoke* n'étaye pas la proposition générale du syndicat voulant que les arbitres au Canada aient rejeté en masse la politique de dépistage aléatoire d'alcool au moyen d'un alcootest. Ma conclusion trouve appui dans une autre décision ontarienne rendue après que la politique de dépistage d'alcool et de drogue d'un employeur eut été contestée en vertu du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19. L'arrêt *Entrop* concernait, notamment, la politique d'un employeur prévoyant l'administration de tests aléatoires de dépistage d'alcool aux employés occupant des postes critiques pour la sécurité à deux de ses raffineries de pétrole. La politique a été jugée discriminatoire à première vue en raison d'un handicap réel ou présumé consistant la consommation excessive d'alcool. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la norme de la décision correcte à la décision de la commission d'enquête, a rejeté la conclusion de la commission et a jugé que la politique de dépistage pouvait être considérée comme une exigence professionnelle réelle à condition que la sanction infligée à l'employé qui obtient un résultat positif soit adaptée à la situation de cet employé. En ce qui concerne la question de savoir si la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool était raisonnablement nécessaire, la Cour a dit ceci :

[TRADUCTION]

Imperial Oil peut, en toute légitimité, prendre des mesures dans le but de détecter et de décourager le travail avec capacités affaiblies par l'alcool parmi ses employés occupant des postes critiques pour la sécurité. Les tests de dépistage d'alcool permettent d'atteindre cet objectif. Dans le cas des employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité, au titre desquels la supervision est limitée, les tests de dépistage d'alcool constituent une exigence raisonnable [par. 110].

[34] Ni la décision *Nanticoke* ni l'arrêt *Entrop* ne nous fournissent un cadre analytique ou un critère permettant de déterminer les circonstances dans lesquelles un employeur est tenu de produire la preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail pour ce qui concerne les employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité. Tout ce qu'on peut affirmer sans crainte de se tromper c'est que l'administration de tests aléatoires de dépistage d'alcool aux employés qui occupent des postes critiques pour la sécurité dans le secteur du raffinage de pétrole a été jugée bien fondée à condition que la politique de dépistage prévoie des sanctions adaptées à la situation de l'employé qui obtient un résultat positif au test.

[35] La seule sentence arbitrale rendue au Nouveau-Brunswick qui traite des tests aléatoires de dépistage d'alcool dans le lieu de travail concerne une autre compagnie Irving qui exploite des scieries à Chipman et à Sussex, au Nouveau-Brunswick : *J.D. Irving Ltd. c. Communications, Energy and Paperworkers' Union, Local 104 and 1309*. Dans cette affaire, toutefois, il n'y avait pas eu contestation directe du bien-fondé de la décision de mettre la politique en œuvre. La contestation visait plutôt différents aspects de la politique. Parmi les questions en litige dans cette affaire, aucune, sauf une, n'est pertinente en l'espèce. Les parties ne s'entendaient pas sur la définition de ce qui constituait un poste critique pour la sécurité aux fins de la politique. Le syndicat prétendait non seulement que l'employeur devait établir que les fonctions en question, si elles étaient exécutées pendant que les capacités de l'employé étaient affaiblies par l'alcool ou la drogue, étaient susceptibles de provoquer un [TRADUCTION] « incident catastrophique » néfaste pour la santé et la sécurité des employés et d'autres personnes, ou pour l'environnement, mais aussi qu'il devait s'agir d'un poste qui nécessitait peu ou pas de supervision directe.

[36] M.G. Picher, qui présidait le conseil d'arbitrage et qui rendait sa décision unanime, a estimé que la possibilité d'une supervision régulière ou continue des employés ne devait pas être considérée comme déterminante aux fins de savoir si le travail qu'ils effectuent est critique pour la sécurité. Il a ensuite conclu que pour les fins des tests de dépistage de drogue et d'alcool, l'identification des postes critiques pour la

sécurité est plus utilement effectuée si l'on pose la question de savoir quelles sont les conséquences auxquelles on s'expose si la personne qui accomplit un travail en particulier l'accomplit pendant que ses capacités sont affaiblies par la drogue ou par l'alcool. Il en découle que les employés de bureau n'occupent pas un poste critique pour la sécurité. Les personnes qui exécutent des tâches pendant que leurs capacités sont affaiblies par la drogue ou l'alcool et qui, de ce fait, constituent un risque pour leur propre sécurité, pour la sécurité d'autrui, pour les biens ou pour l'équipement relèvent de la catégorie des personnes qui occupent des postes critiques pour la sécurité.

[37] Je ne puis que supputer les raisons pour lesquelles le syndicat, dans l'affaire *J.D. Irving Ltd.*, qui est le même syndicat que dans le présent appel, n'a pas contesté la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool en invoquant les mêmes moyens que ceux qu'il invoque aujourd'hui. Peut-être y avait-il des preuves d'un problème d'alcool préexistant dans les deux scieries. Il se peut également que le syndicat ait pris en considération la jurisprudence arbitrale qui a confirmé le bien-fondé des tests aléatoires de dépistage d'alcool dans l'industrie forestière. La décision de principe en la matière semble être la décision *Weyerhaeuser I*. On ne saurait passer outre à la valeur de précédent de cette instance. Voir aussi la décision *Weyerhaeuser Co. c. Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 447 (Roberto Grievance)*, [2006] A.G.A.A. No. 48 (QL) (*Weyerhaeuser II*), qui se rapporte à une politique prévoyant notamment l'administration de tests de dépistage de drogue après un incident, laquelle politique avait été adoptée par suite d'un nombre élevé d'accidents du travail.

[38] Si je m'inspire librement du sommaire, les faits et les conclusions de la décision *Weyerhaeuser I* sont les suivants. L'employeur, une société forestière, avait adopté une politique applicable à l'ensemble de la compagnie qui traitait de questions liées aux capacités affaiblies par la drogue ou l'alcool dans le lieu de travail. Le syndicat a déposé un grief de principe et a prétendu que la politique violait la convention collective parce qu'elle était discriminatoire et déraisonnable. À l'audience, l'employeur a sollicité une décision sur la prétention du syndicat selon laquelle l'employeur était tenu de démontrer qu'un problème d'abus d'alcool ou de drogue existait dans le lieu de travail

afin de justifier l'adoption de la politique. L'employeur a prétendu qu'il avait le droit de mettre la politique en vigueur en l'absence d'un problème prouvé d'abus d'alcool ou de drogue parce qu'il était engagé dans une entreprise où, vu sa nature même, la sécurité est critique. L'arbitre C. Taylor a conclu que l'employeur n'avait pas à prouver qu'un problème d'abus de drogue ou d'alcool existait avant l'adoption de la politique parce que la compagnie exerçait ses activités dans une industrie où la sécurité était critique. Les opérations forestières étaient dangereuses, elles se déroulaient dans des conditions difficiles et dans un milieu isolé et les accidents de travail graves ainsi que les accidents mortels étaient relativement nombreux comparativement à d'autres industries. Par conséquent, les activités de l'employeur s'exerçaient dans une industrie où, vu sa nature même, la sécurité était critique. Cette réalité justifiait une très grande prudence de la part de l'employeur et celui-ci n'était pas tenu de produire d'abord de longs antécédents de problèmes attestés d'abus d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail. La prétention de l'employeur a été accueillie.

[39] L'importance de la décision *Weyerhaeuser I* tient aussi au fait qu'on y trouve un exposé de la jurisprudence arbitrale pertinente jusqu'à la date de la décision (2004). Plus précisément, trois décisions arbitrales y sont attentivement examinées : *CN Rail*, précitée, *DuPont Canada* et *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL). La décision invariablement citée dans les instances se rapportant à des tests de dépistage de drogue et d'alcool est *CN Rail*. Toutefois, il n'était pas question, dans cette affaire, de la validité d'une politique imposant des tests aléatoires de dépistage de drogue et d'alcool mais plutôt de la validité d'une politique prévoyant des tests obligatoires dans des circonstances où il existait des motifs raisonnables de croire qu'un employé avait les capacités affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une drogue (tests administrés pour un motif valable). Le syndicat avait prétendu que la politique ne satisfaisait pas au critère du caractère raisonnable parce que le CN n'avait pas établi qu'il s'agissait d'une politique dont la nécessité pouvait se démontrer et n'avait pas établi qu'il ne disposait d'aucune autre mesure lui permettant de combattre le problème. L'arbitre Picher a dit n'avoir aucune difficulté à conclure que l'industrie en question dans cette affaire était, de par sa nature même, une industrie où la

sécurité était critique et qu'il n'était donc pas nécessaire de démontrer l'existence de problèmes de consommation excessive de drogue ou d'alcool au travail. Il n'a pas, toutefois, exprimé de désaccord avec des précédents antérieurs où il avait été jugé que pour satisfaire aux règles *KVP*, il pourrait incomber à l'employeur d'établir la nécessité d'une politique prévoyant des tests de dépistage de drogue et d'alcool et notamment de démontrer si d'autres mesures lui permettraient de régler le problème. Toutefois, M. Picher a fait une mise en garde relativement à ces exigences lorsqu'il s'agit d'industries où la sécurité est une considération prédominante. Le passage crucial de la décision *CN Rail* est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

Il faut examiner un autre concept théorique avant d'en arriver plus précisément à la politique de dépistage de drogue et d'alcool que le CN a adoptée dans cette affaire. Comme le montrent un certain nombre de sentences arbitrales, on reconnaît généralement que pour les fins de l'analyse du caractère raisonnable d'une politique prévoyant des tests de dépistage de drogue et d'alcool au regard des normes énoncées dans la décision *KVP*, il peut incomber à l'employeur de tout d'abord démontrer la nécessité de la politique en question, ce qui consiste notamment à examiner si les autres moyens qui auraient permis de venir à bout de l'abus d'alcool ou de drogue au travail ont été épuisés. Bien que je ne m'inscrive pas en faux contre ces principes, je crois qu'une certaine mise en garde s'impose, tout particulièrement en ce qui concerne cette exigence.

Il semble à l'arbitre qu'il existe des industries où, vu leur nature même, la sécurité est à ce point critique qu'une prudence élevée est justifiée de la part de l'employeur sans qu'il lui faille de longs antécédents de problèmes attestés d'abus d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail. Il serait absurde d'affirmer que l'exploitant d'une centrale nucléaire doit attendre d'avoir évité de justesse la fusion d'un réacteur, ou d'affirmer qu'une ligne aérienne doit avoir produit les attestations d'un nombre suffisant de cas d'ivresse de pilotes aux commandes d'un gros-porteur, pour pouvoir prendre des mesures fermes et vigoureuses qui garantiront par divers moyens, dont d'éventuels tests de dépistage d'alcool et de drogue légitimés par des motifs raisonnables, un lieu de travail où ne sont consommés ni

alcool ni drogue. Plus le risque est critique dans l'entreprise, plus l'employeur est fondé, à mon sens, à agir au lieu de réagir afin de prévenir les difficultés. S'il est juste d'imposer des seuils plus élevés au recours au dépistage dans les milieux de travail où la sécurité n'est pas critique, par exemple chez les employés de banque ou de bureau, il y aura lieu néanmoins, pour les conseils d'arbitrage, d'hésiter avant d'exiger l'attestation de désastres évités de peu pour condition préalable de l'adoption d'une politique vigilante et équilibrée de détection de l'alcool et des drogues dans une entreprise dont les opérations normales présentent un risque substantiel pour la sécurité des employés et du public [par. 195].

[40] S'appuyant sur le passage susmentionné, le conseil d'arbitrage a estimé, en l'espèce, qu'un employeur devait produire une preuve suffisante de l'existence d'un problème d'alcool dans le lieu de travail pour justifier la politique de dépistage, à moins que l'industrie en question n'appartienne à la catégorie des entreprises [TRADUCTION] « ultra-dangereuses », comme ce serait le cas d'une centrale nucléaire ou d'un transporteur aérien. En toute déférence, cette interprétation du passage susmentionné n'est pas conforme avec ce que l'arbitre Picher a en fait décidé. Il a conclu que compte tenu de la nature même de l'industrie ferroviaire, il n'était pas nécessaire de prouver qu'il existait un problème de consommation excessive d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail. Je conviens que l'arbitre Picher a ensuite dit qu'il était [TRADUCTION] « également convaincu » que l'employeur avait produit des éléments de preuve suffisants pour justifier l'adoption de sa politique prévoyant des mesures de lutte contre la consommation excessive de drogue ou d'alcool, y compris les tests de dépistage, et que l'employeur avait pris des mesures suffisantes pour épuiser les autres solutions moins attentatoires qui lui auraient permis de venir à bout du problème de consommation excessive d'alcool ou de drogue au travail.

[41] Dans la décision *Weyerhaeuser I*, la décision *Fording Coal* (l'arbitre Hope) a aussi été invoquée afin d'étayer la conclusion voulant que la preuve d'une consommation excessive d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail ne soit pas nécessaire dans les cas où les activités de l'employeur peuvent entrer dans la catégorie

des activités dangereuses par nature. Dans cette dernière affaire, on avait contesté la politique de l'employeur prévoyant l'administration, pour un motif raisonnable, de tests de dépistage de drogue et d'alcool. L'employeur exploitait une mine à ciel ouvert. L'arbitre Hope a conclu que les employeurs n'étaient pas tenus d'établir l'existence d'un problème d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail lorsqu'il s'agissait d'industries où, étant donné leur nature même, la sécurité était critique pourvu que la politique ne s'applique qu'aux personnes occupant des postes critiques pour la sécurité. Il a conclu que l'exploitation minière était dangereuse par nature en raison de l'utilisation d'explosifs ainsi que de matériaux et produits chimiques inflammables, caustiques et corrosifs. Pour en arriver à sa conclusion, l'arbitre Hope s'est largement appuyé sur la décision de l'arbitre M.G. Picher dans l'affaire *CN Rail*. Voir aussi la décision *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 263, dans laquelle une politique prévoyant des tests de dépistage de drogue et d'alcool a été confirmée sans que l'on eût produit la preuve d'un problème d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail, l'employeur exploitant une carrière à ciel ouvert.

[42] La décision *Weyerhaeuser I* s'est aussi appuyée sur la décision *DuPont Canada* (présidence de P.C. Picher). Dans cette affaire, l'employeur exploitait plusieurs usines où l'on fabriquait des produits intermédiaires du nylon et où l'on utilisait des produits chimiques. L'arbitre a rejeté la prétention du syndicat selon laquelle la politique de dépistage de drogue et d'alcool de l'employeur était déraisonnable pour le motif que celui-ci n'avait pas établi au moyen d'une [TRADUCTION] « preuve claire et forte » qu'il existait un problème de drogue ou d'alcool dans le lieu de travail. Cela était vrai malgré le fait que le lieu de travail avait des antécédents supérieurs en matière de sécurité et qu'au cours des dix dernières années, l'entreprise avait été exploitée sans que n'y survienne aucun accident ayant entraîné un arrêt de travail; personne dans l'usine n'avait été trouvé en possession de drogue ou d'alcool et au cours de plusieurs décennies, il n'y avait eu aucun incident ou accident imputable à la consommation excessive d'alcool ou de drogue. Le conseil d'arbitrage a conclu que la preuve d'un problème préexistant de drogue ou d'alcool n'était pas nécessaire pour justifier l'adoption de la politique puisque l'usine était un lieu de travail [TRADUCTION] « dangereux par nature ».



[43] Il y a deux autres sentences arbitrales qui méritent d'être examinées. Dans l'affaire *United Assn. of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 488 c. Bantrel Constructors Co.*, [2007] A.G.A.A. No. 33 (QL), le syndicat avait contesté l'obligation des employés qui travaillaient déjà à l'installation de fabrication de pétrole de l'employeur, avant l'imposition de tests de dépistage de drogue et d'alcool, de se plier à la nouvelle politique pour pouvoir conserver leur droit d'accéder aux lieux. Le conseil d'arbitrage a rejeté le grief et a confirmé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer qu'il existait un réel problème de drogue et d'alcool au travail avant d'adopter des directives visant à améliorer la sécurité dans les cas où le lieu de travail s'inscrit dans la catégorie des lieux très dangereux. Le conseil a également fait observer que la jurisprudence révélait l'évolution de deux démarches contradictoires ; l'une provenant de l'ouest et l'autre, de l'est. D'un côté, les décisions rendues dans l'ouest du Canada avaient autorisé, pour la plupart, des programmes plus étendus de dépistage de drogue et d'alcool dans des lieux de travail où [TRADUCTION] « la sécurité était manifestement critique », soustrayant ainsi les employeurs à la charge de démontrer qu'il existait des problèmes de drogue et d'alcool avant l'imposition des tests. D'un autre côté, le conseil a conclu que la démarche plus restrictive était exposée dans des décisions ontariennes comme *Entrop*, examinée ci-dessus, et *Sarnia Cranes Ltd.*, [1999] O.L.R.D. No. 1282 (QL). La décision du conseil dans l'affaire *Bantrel* a été confirmée dans le cadre d'une requête en révision (2007 ABQB 721, [2007] A.J. No. 1330 (QL)) mais annulée en appel (2009 ABCA 84, [2009] A.J. No. 216 (QL)).

[44] Bien que je puisse vouloir ergoter sur la façon dont la décision *Entrop* a été interprétée dans la décision *Bantrel Constructors Co.*, il ne fait aucun doute que la décision *Sarnia Cranes* reflète la jurisprudence des années 1990 où l'on a jugé que pour que l'administration de [TRADUCTION] « tests universels et obligatoires » puisse être justifiée, il doit y avoir des preuves qu'il existe, sur le lieu de travail, un problème de drogue ou d'alcool qui ne peut être combattu d'une façon moins attentatoire : voir les décisions *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re,*

[1991] O.L.A.A. No. 16 (QL), et *C.H. Heist Ltd. and E.C.W.U., Loc. 848, Re*, [1991] O.L.A.A. No. 48 (QL). S'il était nécessaire d'écarter la décision *Sarnia Cranes*, on soulignerait simplement que cette affaire examinerait de manière accessoire la question des tests aléatoires de dépistage d'alcool et de drogue administrés et également que l'analyse était en grande partie axée sur la validité de la politique qui ressortissait aux tests de dépistage de drogue.

[45] L'autre décision arbitrale qui contient un examen approfondi de la jurisprudence arbitrale est la décision *Navistar*. Dans cette affaire, le syndicat contestait l'adoption par l'employeur d'une politique de prévention de la consommation excessive d'alcool et de drogue, qui comprenait des tests de dépistage de drogue et d'alcool pour un motif raisonnable, et postérieurement à tout incident, mais aucun test aléatoire. Le syndicat contestait également la décision de l'employeur de considérer que tous les associés travaillant dans l'entrepôt, savoir la totalité de l'unité de négociation, occupaient des postes critiques pour la sécurité et étaient donc assujettis aux dispositions régissant le dépistage. Les parties ont accepté de séparer les questions soulevées par le grief du syndicat et de ne faire instruire que la question préjudicielle qui consistait à savoir si l'installation de l'employeur était un lieu de travail où la sécurité était critique et où le dépistage de drogue et d'alcool était indiqué. Le lieu de travail en question était un entrepôt et centre de distribution où des pièces pour véhicules automobiles étaient entreposées et expédiées vers différents endroits. L'employeur a prétendu que l'installation en question était un milieu où la sécurité était critique en raison du travail qu'effectuaient les associés affectés à l'entrepôt, lesquels conduisaient des véhicules industriels lourds d'un poids de 6 000 à 8 000 livres. L'arbitre a conclu que les activités de l'employeur ne présentaient pas un risque aussi critique, par nature, que celui que présentaient les milieux de travail où la politique avait été mise en œuvre sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un problème antérieur de drogue ou d'alcool au travail (chemins de fer, mines, entreprises forestières), mais que l'entreprise en question occupait un rang suffisamment élevé dans le continuum des [TRADUCTION] « entreprises où la sécurité est critique » pour que l'employeur ait le droit d'être proactif. Il s'ensuivait qu'il n'était pas tenu de prouver la possibilité d'une catastrophe ou

l'existence d'un problème de consommation excessive de drogue ou d'alcool pour justifier les tests de dépistage. Étant donné que les employés utilisaient de la machinerie lourde au travail, étant donné également les obligations en matière de sécurité qui étaient imposées aux employeurs en vertu de la *Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail*, L.N.-B. 1983, ch. O-0.2, et de l'art. 217.1 du *Code criminel* (qui engagent la responsabilité criminelle des employeurs qui omettent d'assurer la sécurité des employés en prenant des mesures raisonnables pour éviter toute blessure corporelle) et à la lumière de l'engagement contractuel énoncé dans la convention collective, le syndicat n'avait pas établi que l'employeur avait agi d'une manière incompatible avec la convention collective, sans justification ou d'une façon déraisonnable lorsqu'il avait adopté sa politique de prévention de la consommation excessive d'alcool et de drogue.

[46] Il ne faudrait pas tenir pour acquis qu'il n'existe aucune instance dans laquelle l'employeur a produit des preuves concernant un problème d'alcool ou de drogue existant dans le lieu de travail dans le but de justifier l'adoption de sa politique de dépistage et être ainsi dispensé de faire valoir que le lieu de travail constitue un milieu de travail dangereux par nature. L'affaire *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 707 c. Suncor Energy Inc. (Alcohol and Drug Policy Grievance)*, [2008] A.G.A.A. No. 55 (QL) est une instance dans laquelle l'employeur était propriétaire d'une exploitation minière dans la région des sables bitumineux de l'Athabasca, à proximité de Fort McMurray. Les travaux d'exploitation des sables bitumineux en question consistent à extraire le bitume qui est ensuite valorisé par raffinage dans les installations de Suncor. Les employés travaillent par roulement vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept, toute l'année, dans un lieu éloigné où ils n'ont pas accès aux commodités offertes dans la plupart des collectivités. L'employeur a pu établir facilement qu'il existait un problème d'alcool et de drogue en s'appuyant sur son expérience et à la lumière d'un rapport provincial traitant de la consommation excessive d'alcool et de drogue et de dépendance au jeu dans les lieux de travail de l'Alberta.

[47] La décision *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, précitée, est une autre affaire dans laquelle la preuve d'un

problème existant de drogue ou d'alcool au travail a été invoquée à l'appui de la décision de l'employeur d'imposer des tests aléatoires de dépistage d'alcool. Bien que l'employeur eût prétendu qu'il avait le droit d'adopter cette politique parce que ses activités étaient [TRADUCTION] « dangereuses par nature », l'arbitre a souligné que dans un certain nombre d'instances, d'autres arbitres avaient jugé qu'une conclusion de cet ordre n'était pas en soi suffisante pour passer outre au droit au respect de la vie privée des employés et pour justifier un régime de dépistage aléatoire. En fait, l'arbitre a accepté la preuve de l'employeur établissant un problème existant dans le lieu de travail et a confirmé la politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage sans se prononcer sur la question de savoir si une conclusion voulant qu'il s'agisse d'un [TRADUCTION] « lieu de travail dangereux par nature » écarterait la nécessité de produire la preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail.

[48] Les instances que j'ai pu trouver où un arbitre a accueilli un grief relatif à la décision de l'employeur d'imposer des tests aléatoires de dépistage d'alcool dans un lieu de travail parce qu'on n'avait pas fait la preuve d'un problème d'alcool ou de drogue au travail sont relativement rares. Les instances dont j'ai pris connaissance se rapportaient à l'industrie du camionnage. Toutefois, les faits de chaque espèce doivent être examinés attentivement. Ainsi, l'affaire *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* concernait des chauffeurs de camion qui transportaient d'autres camions, par ferroutage, et l'imposition d'une politique prévoyant des tests obligatoires (mais pas aléatoires) de dépistage de drogue par analyse d'urine. La politique a été jugée déraisonnable parce que l'employeur n'avait pas établi au moyen d'une preuve qu'il existait un problème d'alcool ou de drogue dans le lieu de travail. Le résultat a été semblable dans l'affaire *Trimac Transportation Services – Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 237 (l'arbitre K.M. Burkett). Dans cette affaire, l'arbitre devait décider si la politique de l'employeur aux termes de laquelle tous les chauffeurs devaient subir des tests aléatoires et obligatoires de dépistage de drogue violait la convention collective. La politique avait été adoptée en réponse à une loi fédérale américaine prescrivant que tous les chauffeurs devaient subir des tests de dépistage. Le grief du syndicat a été accueilli. Au moment où la politique avait été adoptée, il n'y avait

eu aucun cas de capacités affaiblies parmi les chauffeurs. Par conséquent, d'un point de vue objectif, il n'y avait aucun problème de consommation de drogue ou d'alcool susceptible de susciter une crainte raisonnable que les chauffeurs puissent compromettre la sécurité en se présentant au travail sous l'effet d'une drogue ou de l'alcool.

[49] La décision récente qui appuie la position du syndicat est la décision *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) c. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 593* (2009), 186 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 424 (l'arbitre Kaplan). Dans cette affaire, il s'agissait de tests aléatoires et obligatoires de dépistage d'alcool. L'arbitre a estimé que la politique en question était déraisonnable en raison du défaut de l'employeur de produire des preuves d'un problème existant de drogue ou d'alcool dans le lieu de travail. Pour en arriver à cette conclusion, l'arbitre a invoqué, en la citant, la décision de M. G. Picher, dans l'affaire *Nanticoke*. Malheureusement, l'arbitre a mal cité l'arbitre Picher. M. Picher n'a pas dit que [TRADUCTION] « les arbitres ont rejeté en masse [l'administration de] tests de dépistage obligatoires, aléatoires et sans préavis à tous les employés travaillant dans un lieu où la sécurité est critique ». Ce que M. Picher a dit, c'est que les [TRADUCTION] « arbitres ont rejeté en masse [l'administration de] tests de dépistage de drogue obligatoires, aléatoires et sans préavis à tous les employés [...] » (c'est moi qui souligne). Et comme nous l'avons vu, l'affaire *Nanticoke* se rapportait à des tests aléatoires de dépistage de drogue. Tout cela étant dit, la question de savoir si des chauffeurs de camion sont engagés dans une activité dangereuse par nature n'est pas tranchée et n'est pas touchée par la déclaration inexacte, quoique faite innocemment, quant à ce qui a été dit réellement dans la décision *Nanticoke*. Je soupçonne que la réponse à cette question dépend en partie de ce qui est transporté et de l'effet dissuasif des dispositions du *Code criminel* régissant la conduite avec facultés affaiblies.

[50] Finalement, je dois me reporter à la décision arbitrale rendue dans l'affaire *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777* (le 27 mai 2000, présidence de T.J. Christian, inédite, à la réserve de la bibliothèque du Barreau du Nouveau-Brunswick, Fredericton), où la majorité a confirmé la décision de l'employeur

d'adopter une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool à sa raffinerie de Strathcona, étant donné le caractère dangereux de ses opérations et par suite d'un sondage mené auprès des employés touchés relativement à la consommation d'alcool et de drogue des employés occupant des postes critiques pour la sécurité à la raffinerie. Cette instance donne à penser qu'une preuve quelconque d'un problème de drogue ou d'alcool dans le lieu de travail est nécessaire pour appuyer l'adoption de la politique. Plusieurs arbitres qui ont cité et invoqué l'affaire de Strathcona n'ont pas saisi que la preuve d'un problème existant de drogue ou d'alcool est entrée en ligne de compte dans la décision de confirmer la politique de dépistage.

C. *Observations récapitulatives sur la jurisprudence applicable*

[51] L'analyse qui précède mine la prétention du syndicat voulant que les arbitres, au Canada, aient massivement rejeté les tests de dépistage d'alcool et de drogue obligatoires, aléatoires et sans préavis et qu'une preuve suffisante d'un problème de drogue ou d'alcool préexistant dans le lieu de travail soit une condition préalable à l'applicabilité des directives de cette nature, à moins que le lieu de travail ne soit ultra-dangereux. Compte tenu, uniquement, de la jurisprudence examinée ci-dessus, on peut conclure sans crainte de se tromper que, tout compte fait, les arbitres ont rejeté la nécessité de produire une preuve de cet ordre dans les cas où l'employeur est en mesure d'établir que le lieu de travail est dangereux par nature. Il est vrai que la jurisprudence plus ancienne révèle une certaine antipathie à l'égard des tests de dépistage de drogue et d'alcool dans un lieu de travail et tout particulièrement envers les tests de dépistage de drogue : voir par exemple la décision *Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A.A. No. 244, 56 L.A.C. (4<sup>th</sup>) 440 (présidence de J.D. McAlpine). Les tests aléatoires de dépistage d'alcool, toutefois, ont été rapidement acceptés dès qu'ils ont été limités aux employés occupant des postes critiques pour la sécurité et qu'ils ont été administrés au moyen d'un alcootest. Seule se posait ensuite la question fondamentale de savoir si le lieu en question relevait de la catégorie des lieux [TRADUCTION] « très » dangereux ou dangereux [TRADUCTION] « par nature ». Les employeurs engagés dans la production et le

raffinage de produits pétroliers ou de produits chimiques, ou dans les secteurs minier ou forestier de l'économie, ont réussi à convaincre les arbitres et les conseils ou comités d'arbitrage que les opérations de ce genre relèvent effectivement de cette catégorie et ce, habituellement sans produire la preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail. Par contraste, il y a eu une hésitation à considérer les activités de camionnage comme dangereuses par nature.

[52] Pour des raisons de principe, notre Cour doit décider si un employeur a l'obligation de démontrer au moyen d'une preuve suffisante l'existence d'un problème d'alcool dans le lieu de travail avant d'adopter une politique prescrivant des tests obligatoires et aléatoires de dépistage d'alcool. À mon avis, la démarche axée sur la mise en balance des intérêts qui a été adoptée dans la jurisprudence arbitrale et qui est appliquée dans le contexte des tests obligatoires et aléatoires de dépistage d'alcool mérite d'être approuvée. La preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail est inutile dès lors que le milieu de travail de l'employeur est classé dans la catégorie des milieux dangereux par nature. Ce genre de politique de dépistage a pour objet et pour effet de protéger non seulement les intérêts en matière de sécurité des travailleurs dont le travail peut être compromis par l'alcool, mais aussi les intérêts en matière de sécurité de leurs collègues et du public dans son ensemble. Les dommages susceptibles d'être causés aux biens de l'employeur ainsi qu'aux biens publics et à l'environnement ajoutent une dimension supplémentaire au problème et à la justification des tests aléatoires. Comme on peut le voir, la véritable question consiste à savoir si le lieu de travail de l'employeur appartient à la catégorie des lieux dangereux par nature. C'est cette question que j'examinerai maintenant.

D. *L'usine de pâte Kraft d'Irving est-elle une entreprise dangereuse par nature?*

[53] On a prétendu que le conseil d'arbitrage a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que l'usine de pâte Kraft n'appartenait pas à la catégorie des opérations ultra-dangereuses. Or il n'y a, en droit, aucune catégorie de ce genre. La question que nous devons examiner est donc celle de savoir si les activités de l'usine

peuvent être considérées comme dangereuses par nature. J'estime que la conclusion du conseil d'arbitrage selon laquelle l'usine de papier Kraft constituait un [TRADUCTION] « milieu de travail dangereux » satisfait au critère voulant que le lieu soit dangereux par nature et par conséquent, Irving n'était pas tenue de produire la preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail et encore moins une preuve suffisante établissant l'existence d'un [TRADUCTION] « problème important » dans le lieu de travail.

[54] Pour plus de certitude, je veux m'attarder brièvement au fait que les usines de produits chimiques et les lignes de chemin de fer ont été classées dans la catégorie des milieux de travail dangereux par nature, ce qui dispense leurs propriétaires de l'obligation de produire des preuves d'un problème existant d'alcool dans le lieu de travail afin de justifier l'adoption d'une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool. Pourtant, comme nous l'avons souligné, le conseil d'arbitrage a conclu que l'usine de papier Kraft d'Irving n'était pas assimilable à une ligne de chemin de fer ou à une usine de produits chimiques. Je suis respectueusement d'avis que cette conclusion est déraisonnable. Je m'explique.

[55] Dans la mesure où une compagnie de chemin de fer, qui transporte des marchandises dans tout le pays, a le droit d'adopter une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool sans faire la preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail, on serait en droit de penser qu'une usine de papier Kraft constitue un lieu de travail tout aussi dangereux. Si une compagnie de chemin de fer qui transporte des matières dangereuses jusqu'à différents lieux de travail a le droit d'adopter une politique relative à des test aléatoires de dépistage d'alcool, il devrait s'ensuivre qu'une compagnie qui utilise ces matières dans le cadre de ses opérations a elle aussi le droit d'adopter une politique. En effet, on utilise des matières dangereuses comme le dioxyde de chlore, l'acide sulfurique, le peroxyde d'hydrogène, l'oxygène liquide et gazeux et le méthanol à l'usine de papier Kraft d'Irving. De plus, les employés d'Irving assurent le chargement des produits chimiques à bord des wagons et d'autres genres de véhicules ainsi que leur déchargement. En résumé, il n'est pas logique qu'un exploitant ferroviaire ait le droit



d'adopter une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool, mais que son client qui utilise les produits chimiques toxiques dans le cadre de son processus de fabrication n'en ait pas le droit. Lorsque les faits sont examinés sous cet angle, le témoignage rendu par le témoin d'Irving, M. Moorehouse, selon lequel une usine de pâte Kraft est ce qui se rapproche le plus d'une usine de produits chimiques relève du plus simple bon sens et comme nous le savons, les raffineries et les usines de produits chimiques sont considérées, dans la jurisprudence arbitrale, comme des lieux de travail dangereux par nature.

[56] Les faits de la présente instance révèlent également qu'il y a dans l'usine de papier Kraft une chaudière à pression de 350 millions de dollars qui présente un risque d'explosion [TRADUCTION] « très élevé ». L'impact que pourrait avoir sur l'environnement une catastrophe majeure, comme un déversement accidentel de produits chimiques, n'a jamais été contesté. Le fait que l'usine de papier Kraft soit située dans la ville et sa proximité avec la rivière St-Jean et la baie de Fundy seraient un motif de préoccupation pour tout environnementaliste. D'ailleurs, à un certain moment, le conseil a reconnu qu'il a été souligné qu'une configuration inexacte des systèmes de commande de l'usine par certains employés serait susceptible de causer des [TRADUCTION] « défaillances catastrophiques ». Comme nous l'avons souligné au début, on pourrait prétendre que fondamentalement, le présent appel est d'importance pour le grand public.

[57] En résumé, il n'est pas difficile d'étayer la prétention voulant que l'usine de papier Kraft d'Irving constitue un lieu de travail dangereux par nature, au même titre qu'une usine de produits chimiques. C'est pourquoi Irving n'était pas tenue de présenter une preuve établissant l'existence d'un problème d'alcool dans le lieu de travail pour justifier sa politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool. C'est aussi pourquoi la décision du conseil d'arbitrage ne saurait être confirmée et c'est à bon droit que le juge saisi de la requête a conclu que cette décision devait être annulée et le grief rejeté. Dans les circonstances, il est inutile d'approfondir les questions se rapportant à l'idée qu'entretenait le conseil selon laquelle la preuve de quasi-désastres est requise pour justifier l'imposition d'une politique prévoyant des tests dépistage de drogue ou d'alcool.

V. Dispositif

[58] L'appel devrait être rejeté. Puisque l'audience s'est étendue sur deux jours, l'intimée a droit à des dépens de 5 000 \$.