

Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 *Appellant*

v.

Irving Pulp & Paper, Limited *Respondent*

and

**Construction Owners Association of Alberta,
Construction Labour Relations —
an Alberta Association, Enform,
Canadian National Railway Company,
Canadian Pacific Railway Company,
Via Rail Canada Inc.,
Alberta Federation of Labour,
Communications, Energy and Paperworkers
Union of Canada, Local 707,
Canadian Civil Liberties Association,
Alliance of Manufacturers & Exporters
of Canada, carrying on business as
Canadian Manufacturers & Exporters,
Canadian Mining Association,
Mining Association of British Columbia,
Mining Association of Manitoba Inc.,
Québec Mining Association,
Ontario Mining Association,
Saskatchewan Mining Association
and Power Workers' Union** *Intervenors*

**INDEXED AS: COMMUNICATIONS, ENERGY AND
PAPERWORKERS UNION OF CANADA, LOCAL 30 *v.*
IRVING PULP & PAPER, LTD.**

2013 SCC 34

File No.: 34473.

2012: December 7; 2013: June 14.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

**Syndicat canadien des communications,
de l'énergie et du papier,
section locale 30** *Appellant*

c.

Pâtes & Papier Irving, Limitée *Intimée*

et

**Construction Owners Association of Alberta,
Construction Labour Relations —
an Alberta Association, Enform,
Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada,
Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée,
Via Rail Canada Inc.,
Alberta Federation of Labour,
Syndicat canadien des communications,
de l'énergie et du papier, section locale 707,
Association canadienne des libertés civiles,
Alliance des Manufacturiers et Exportateurs
du Canada, faisant affaire sous le nom de
Manufacturiers et Exportateurs du Canada,
Association minière du Canada,
Mining Association of British Columbia,
Mining Association of Manitoba Inc.,
Association minière du Québec,
Ontario Mining Association,
Saskatchewan Mining Association et
Power Workers' Union** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT CANADIEN DES
COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER,
SECTION LOCALE 30 c. PÂTES & PAPIER IRVING, LTÉE**

2013 CSC 34

N° du greffe : 34473.

2012 : 7 décembre; 2013 : 14 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Labour relations — Arbitration — Collective agreements — Management rights — Privacy — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees — Whether unilaterally implementing random testing policy a valid exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether employer could unilaterally implement policy absent reasonable cause or evidence of workplace alcohol abuse.

Administrative law — Judicial review — Standard of review of labour arbitration board's decision — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees holding safety-sensitive positions — Whether arbitration board's decision that harm to employees' privacy outweighed policy's benefits to employer was reasonable.

The Union brought a grievance challenging the mandatory random alcohol testing aspect of a policy on alcohol and drug use that the employer, Irving, unilaterally implemented at a paper mill. Under the policy, 10% of employees in safety sensitive positions were to be randomly selected for unannounced breathalyzer testing over the course of a year. A positive test for alcohol attracted significant disciplinary action, including dismissal.

The arbitration board allowed the grievance. Weighing the employer's interest in random alcohol testing as a workplace safety measure against the harm to the privacy interests of the employees, a majority of the board concluded that the random testing policy was unjustified because of the absence of evidence of an existing problem with alcohol use in the workplace. On judicial review, the board's award was set aside as unreasonable. The New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The legal issue at the heart of this case is the interpretation of the management rights clause of a collective agreement. The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is that any rule or policy unilaterally imposed by

Relations du travail — Arbitrage — Conventions collectives — Droits de la direction — Protection de la vie privée — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés — La mise en œuvre unilatérale d'une politique de tests aléatoires constitue-t-elle un exercice valide des droits de la direction de l'employeur prévus par une convention collective? — L'employeur peut-il mettre en œuvre unilatéralement une politique sans motif raisonnable ou preuve démontrant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision d'un conseil d'arbitrage — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés occupant un poste à risque — La décision du conseil d'arbitrage selon laquelle l'atteinte à la vie privée des employés l'emporte sur les avantages qu'offre la politique à l'employeur est-elle raisonnable?

Le Syndicat a déposé un grief pour contester le volet sur les tests obligatoires aléatoires de dépistage d'alcool d'une politique sur la consommation d'alcool et de drogues que l'employeur, Irving, avait mise en œuvre unilatéralement à son usine de papier. Suivant cette politique, au cours d'une année, 10 % des employés qui occupent un poste à risque allaient être choisis au hasard pour subir l'épreuve de l'éthylomètre sans préavis. Un résultat positif allait emporter des sanctions disciplinaires graves, dont potentiellement le congédiement.

Le conseil d'arbitrage a accueilli le grief. Après avoir mis en balance l'intérêt de l'employeur à mener des tests aléatoires de dépistage d'alcool comme mesure de sécurité en milieu de travail, d'une part, et l'atteinte à l'intérêt des employés à l'égard de leur vie privée, d'autre part, une majorité du conseil a conclu que la politique de tests aléatoires n'était pas justifiée vu l'absence d'éléments de preuve révélant l'existence d'un problème de consommation d'alcool en milieu de travail. À l'issue du contrôle judiciaire, la sentence arbitrale a été annulée après avoir été jugée déraisonnable. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La question juridique au cœur du présent litige est celle de l'interprétation de la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction. L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective veut que la règle

an employer and not subsequently agreed to by the union must be consistent with the collective agreement and be reasonable.

A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees’ privacy rights. This approach has resulted in a consistent arbitral jurisprudence whereby arbitrators have found that when a workplace is dangerous, an employer can test an individual employee if there is reasonable cause to believe that the employee was impaired while on duty, was involved in a workplace accident or incident, or was returning to work after treatment for substance abuse.

A unilaterally imposed policy of mandatory random testing for employees in a dangerous workplace has been overwhelmingly rejected by arbitrators as an unjustified affront to the dignity and privacy of employees unless there is evidence of enhanced safety risks, such as evidence of a general problem with substance abuse in the workplace. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise. It has never been found to be an automatic justification for the unilateral imposition of unfettered random testing with disciplinary consequences.

In this case, the expected safety gains to the employer were found by the board to range from uncertain to minimal, while the impact on employee privacy was severe. The board concluded that eight alcohol-related incidents at the Irving mill over a 15-year period did not reflect the requisite problem with workplace alcohol use. Consequently, the employer had not demonstrated the requisite safety concerns that would justify universal random testing. As a result, the employer exceeded the scope of its rights under the collective agreement.

ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable.

Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l’exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts » soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l’employé n’est pas susceptible d’une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l’employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d’adopter une telle règle l’emporte sur l’incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. De cette démarche a résulté une jurisprudence arbitrale constante suivant laquelle, dans un lieu de travail dangereux, l’employeur peut faire subir un test à un employé s’il a un motif raisonnable de croire que ce dernier a eu les facultés affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, a été impliqué dans un accident ou un incident de travail ou reprend du service après avoir suivi un traitement pour combattre l’alcoolisme ou la toxicomanie.

Les arbitres ont rejeté massivement l'imposition unilatérale d'une politique de tests obligatoires aléatoires s'appliquant aux employés d'un lieu de travail dangereux, estimant qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés, sauf s'il existe des indices d'un risque accru pour la sécurité, comme un problème généralisé d'alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail. La dangerosité d'un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l'analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité. Les tribunaux n'ont jamais jugé qu'elle justifie automatiquement l'imposition unilatérale d'un régime illimité de tests aléatoires susceptibles d'emporter des sanctions disciplinaires.

En l’espèce, le conseil d’arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l’employeur se situaient dans la fourchette entre incertains et minimes, tandis que l’atteinte à la vie privée des employés était grave. Selon le conseil d’arbitrage, huit incidents liés à la consommation d’alcool et survenus à l’usine Irving sur une période de 15 ans ne révélaient pas le degré jugé suffisant de problème de consommation d’alcool en milieu de travail. Par conséquent, l’employeur n’avait pas démontré, comme il le devait, l’existence de préoccupations en ce qui a trait à la sécurité qui justifierait l’application universelle de tests aléatoires. Par conséquent, l’employeur a outrepassé les droits de la direction que lui confère la convention collective.

The applicable standard for reviewing the decision of the labour arbitrator is reasonableness. The board's decision must be approached as an organic whole, not as a line-by-line treasure hunt for error. In this case, based on the findings of fact and the relevant jurisprudence, the decision was a reasonable one.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the standard of review is reasonableness. However, there is disagreement as to the application of that standard. In striking down the policy, the board departed from an arbitral consensus that has attempted to strike a balance between competing interests in privacy and safety in the workplace. In so doing, it came to an unreasonable decision.

This case asks whether management's exercise of its unilateral rule-making power can be justified under a collective agreement. That question is one the New Brunswick legislature has delegated to labour arbitrators. Their decisions are entitled to a protected zone of deference in which the courts should not willingly enter as competing arbiters of labour policy. Reasonable people may well differ about the wisdom of the legislative choice to entrust labour arbitrators with a policy-making function that potentially carries serious repercussions for public safety. Indeed, the fact that the public interest — not merely that of employer and employee — is relevant in cases such as this one may counsel a reassessment of that choice. But that decision is one for the New Brunswick legislature, not this Court.

Nevertheless, under reasonableness review there is a difference between judicial abdication and judicial restraint. To the extent a particular arbitral award is unreasonable — as this one is — it remains liable to being set aside on judicial review.

Where arbitral consensus exists, it raises a presumption — for the parties, labour arbitrators, and the courts — that subsequent arbitral decisions will follow those precedents. Consistent rules and decisions are fundamental to the rule of law. Therefore, arbitral precedents in previous cases concerning management's unilateral adoption of a random alcohol testing policy shape the contours of what qualifies as a reasonable decision in this case.

La norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du travail est celle de la décision raisonnable. Il faut considérer la sentence arbitrale comme un tout et s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur. En l'espèce, compte tenu des conclusions de faits et de la jurisprudence pertinente, la décision du conseil arbitrale était raisonnable.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. Toutefois, il y a désaccord quant à l'application de cette norme. En annulant la politique, le conseil a fait abstraction d'un consensus auquel étaient parvenus les arbitres, qui ont tenté de trouver un équilibre entre les intérêts opposés de la vie privée et de la sécurité en milieu de travail. Ce faisant, il a rendu une décision déraisonnable.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la direction peut être justifiée, par application d'une convention collective, d'exercer un pouvoir décisionnel unilatéral. Il s'agit d'une question que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a déléguée aux arbitres en droit du travail. Ainsi, leurs décisions commandent la déférence et les tribunaux ne devraient pas intervenir avec désinvolture et agir en tant qu'arbitres d'une politique de travail. Des personnes raisonnables pourraient remettre en question le choix du législateur de confier aux arbitres la fonction d'adopter des politiques qui pourraient avoir des répercussions graves sur la sécurité publique. En effet, la reconnaissance que l'intérêt du public — et non simplement celui de l'employeur et de l'employé — est pertinent dans des cas comme celui-ci pourrait commander une réévaluation de ce choix. Cette décision revient toutefois au législateur du Nouveau-Brunswick et non à la Cour.

Quo qu'il en soit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable, il existe une différence entre la renonciation judiciaire et la retenue judiciaire. Dans la mesure où une sentence arbitrale donnée est déraisonnable — comme celle en l'espèce —, elle est susceptible d'être annulée à l'issue du contrôle judiciaire.

Lorsqu'il y a consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes se conformeront à ces précédents. L'uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. Par conséquent, la jurisprudence arbitrale antérieure portant sur l'adoption unilatérale d'une politique de dépistage aléatoire d'alcool a établi les limites de ce qui constitue une décision raisonnable en l'espèce.

The arbitral jurisprudence does not recognize an unqualified right of employers to unilaterally impose workplace rules on their employees outside of the collective bargaining process. Rather, the onus is on the employer to justify such rules based on compliance with standards established by the arbitral jurisprudence. In this case, the only standard in dispute was the reasonableness of the policy. The key question is the threshold of evidence that the employer was required to introduce in order to meet its burden to demonstrate reasonableness and thereby justify its random alcohol testing policy.

From a review of the relevant arbitral decisions, what emerges is an arbitral consensus that an employer must demonstrate evidence of an alcohol problem in the workplace in order to justify a random alcohol testing policy. That is the evidentiary threshold accepted by arbitrators who have upheld such policies and those who have struck them down. Thus, barring some explanation, whether implicit or explicit, for its basis for departing from it, that is the evidentiary threshold the board in this case should have applied. That is not, however, what the board did.

Though purporting to apply the test emerging from the arbitral consensus, the board elevated the threshold of evidence that Irving was required to lead in order to justify its random alcohol testing policy and offered no reason for doing so. The board required evidence of a “significant” or “serious” problem at the Irving mill. The standard reflected in the arbitral consensus, however, is evidence of “a” problem. The difference between the two approaches is obviously a marked one and it cannot be ignored. The board then required that the evidence of alcohol use be tied or causally linked to the accident, injury or near miss history at the plant. Again, there is no support for such a requirement in the arbitral jurisprudence. An employer does not have to wait for a serious incident of loss, damage, injury or death to occur before taking action. To require such a causal connection is not only unreasonable, it is patently absurd. It is the application of this higher evidentiary standard which dictated the board’s decision to strike down the policy. The evidence was the decisive factor.

To be clear, it was open for the board in this case to depart from the arbitral consensus in reaching its conclusion, provided it had a reasonable basis for doing so.

La jurisprudence arbitrale ne reconnaît aucun droit absolu aux employeurs d'imposer unilatéralement des règles en milieu de travail à leurs employés en dehors du processus de négociation collective. Il incombe plutôt à l'employeur de justifier de telles règles sur le fondement du respect des normes établies par cette jurisprudence. En l'espèce, la seule norme en cause était celle du caractère raisonnable de la politique. La question clé est le seuil de preuve que l'employeur était tenu de présenter afin de s'acquitter de son fardeau de démontrer la raisonnalibilité et de justifier par le fait même sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool.

Le constat qui se dégage, par conséquent, de l'examen des décisions pertinentes est qu'il existe un consensus arbitral selon lequel un employeur doit fournir des indices de consommation d'alcool en milieu de travail pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Il s'agit du seuil de preuve accepté par les arbitres qui ont confirmé de telles politiques et par ceux qui les ont annulées. Ainsi, à défaut d'avoir expliqué pourquoi il a fait abstraction de ce seuil, il s'agit de celui que le conseil aurait dû appliquer en l'espèce. Mais, ce n'est pas ce qu'il a fait.

Bien qu'il ait prétendu avoir appliqué le critère découlant du consensus arbitral, le conseil a élevé le seuil de preuve qu'Irving était tenu de présenter afin de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool, sans toutefois motiver sa décision. Le conseil a exigé la preuve d'un « problème important » ou d'un « problème grave » à l'usine Irving. La norme qui se dégage du consensus arbitral est plutôt celle de la preuve de l'existence d'« un » problème. La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée. Le conseil a ensuite exigé que l'élément de preuve démontrant l'existence d'un problème d'alcool soit lié aux accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse — survenus à l'usine ou ait un lien de causalité avec ceux-ci. Encore une fois, cette exigence n'est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. L'employeur ne doit pas attendre qu'un incident grave, comme une perte, des dommages, des blessures ou un décès, ne survienne avant de prendre des mesures. Exiger que l'employeur établisse un tel lien de causalité est non seulement déraisonnable, mais manifestement absurde. C'est l'application de cette norme plus élevée qui a dicté la conclusion du conseil en l'espèce d'annuler la politique. La preuve était le facteur déterminant.

Bref, il était loisible au conseil en l'espèce de faire abstraction du consensus arbitral pour arriver à sa conclusion, pourvu qu'il eût un motif raisonnable de le

In so departing, it was thus incumbent upon the board to provide some explanation for its reasoning. Here, the board provided no explanation whatsoever — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for the new evidentiary standard that it applied. In the absence of a reasonable explanation for its novel test, the board must be taken as having misapplied the existing test, which in the circumstances of this case rendered its decision unreasonable.

The reasonableness of the board's reasoning is further undermined by its inference that the risk at the Irving mill was not high based on the fact that only 10% of mill employees in safety-sensitive positions were tested in any given year. The inference was unreasonable because it failed to recognize that: even low testing percentages can be highly effective; testing a higher percentage of employees in order to establish the reasonableness of a workplace testing policy would perversely incentivize employers and lead to a greater intrusion into the privacy of employees; and the threshold set by Irving is not out of the mainstream for random alcohol testing.

In sum, the board departed from the legal test emerging from the arbitral consensus by elevating the threshold of evidence Irving was required to introduce in order to justify a policy of random alcohol testing. In the absence of any explanation whatsoever, it is impossible to understand why the board thought it reasonable to do what it did. In the circumstances of this case, its decision thus fell outside the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240; *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25; *Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers*,

faire. Ainsi, il incomba au conseil d'expliquer son raisonnement. En l'espèce, il n'a fourni aucune explication — implicite ou explicite, raisonnable ou déraisonnable — pour justifier la nouvelle norme de preuve qu'il a appliquée. Comme le conseil n'a pas expliqué de façon raisonnable pourquoi il a appliqué un nouveau critère, nous devons considérer qu'il a mal appliqué le critère déjà établi, ce qui, dans les circonstances de l'espèce, a rendu sa décision déraisonnable.

L'inférence tirée par le conseil voulant que le risque fût peu élevé à l'usine Irving parce que seulement 10 % des employés de l'usine occupant des postes à risque allait subir des tests au cours d'une année donnée a également miné la raisonnableté du raisonnement du conseil. L'inférence était déraisonnable parce qu'elle ne tenait pas compte du fait que : même les faibles pourcentages de dépistage peuvent être hautement efficaces; faire subir un test à un pourcentage plus élevé d'employés afin d'établir la raisonnableté d'une politique de tests de dépistage en milieu de travail inciterait abusivement les employeurs à agir ainsi et mènerait à une intrusion plus grande dans la vie privée des employés; le seuil établi par Irving n'est pas marginal en ce qui a trait aux tests aléatoires de dépistage d'alcool.

En résumé, le conseil a dérogé au critère juridique s'étant dégagé du consensus arbitral en élévant le seuil de preuve qu'Irving était tenu de présenter pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. En l'absence d'une quelconque explication, il est impossible de comprendre pourquoi le conseil pensait qu'il était raisonnable d'agir comme il l'a fait. Dans les circonstances de l'espèce, sa décision n'appartenait donc pas aux issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240; *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25; *Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers*,

Local 636 (1974), 5 L.A.C. (2d) 285; *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix; *Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69; *N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636; *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424; *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000 (unreported); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 S.C.R. 399.

By Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting)

Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614, [1994] B.C.C.A.A.A.

Local 636 (1974), 5 L.A.C. (2d) 285; *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. ix; *Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69; *N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636; *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424; *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, 27 mai 2000 (non publié); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399.

Citée par les juges Rothstein et Moldaver (dissidents)

Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614, [1994]

No. 244 (QL); *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193; *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257; *Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000 (unreported); *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991),

B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193; *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257; *Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*,

18 L.A.C. (4th) 412; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

49 C.F.R. Part 382 (2001) (U.S.).

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 32(1), 55(1), 77(1).

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).

Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012, No. 662 (N.S.W.).

Railway Safety Act 2005 (I.).

Authors Cited

Borack, Jules I. "Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs". San Diego: Navy Personnel Research and Development Center, 1998.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on National Health and Welfare*, including "Booze, Pills & Dope": Reducing Substance Abuse in Canada", No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., 1987, p. 25.

Canada. Minister of National Health and Welfare. "Government Response to the Report of the Standing Committee on 'Booze, Pills & Dope': Reducing Substance Abuse in Canada". Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.

Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer's Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. *Labour Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto: Lancaster House, 2012.

Snyder, Ronald M. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

United States. Department of Transportation. "Current Random Testing Rates" (2013) (online: <http://www.dot.gov>).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J. and Turnbull and

27 mai 2000 (non publié); *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union*, Loc. 880, Re (1991), 18 L.A.C. (4th) 412; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

49 C.F.R. Part 382 (2001) (É.-U.).

Charte canadienne des droits et libertés.

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(12)j.

Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 32(1), 55(1), 77(1).

Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012, No. 662 (N.-G.S.).

Railway Safety Act 2005 (I.).

Doctrine et autres documents cités

Borack, Jules I. « Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs ». San Diego : Navy Personnel Research and Development Center, 1998.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social*, y compris « Boisson, pilules et drogue : Comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2^e sess., 33^e lég., 1987, p. 31.

Canada. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. « Réponse du gouvernement au rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue : Comment diminuer leur consommation au Canada ». Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1988.

États-Unis. Department of Transportation. « Current Random Testing Rates » (2013) (online : <http://www.dot.gov>).

Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace : An Employer's Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. *Labour Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto : Lancaster House, 2012.

Snyder, Ronald M. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les

Robertson JJ.A.), 2011 NBCA 58, 375 N.B.R. (2d) 92, 348 D.L.R. (4th) 105, 30 Admin. L.R. (5th) 269, 216 L.A.C. (4th) 418, 969 A.P.R. 92, [2011] N.B.J. No. 230 (QL), 2011 CarswellNB 356, affirming a decision of Grant J., 2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234, 199 L.A.C. (4th) 321, 946 A.P.R. 234, [2010] N.B.J. No. 331 (QL), 2010 CarswellNB 494, setting aside an award of an arbitration board, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. dissenting.

Daniel Leger, David Mombourquette and Joël Michaud, for the appellant.

Neil Finkelstein, Steven Mason, Brandon Kain, Byron Shaw and William Goss, Q.C., for the respondent.

Barbara B. Johnston and April Kosten, for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association and Enform.

Robert Dupont, Simon-Pierre Paquette and Johanne Cavé, for the interveners the Canadian National Railway Company, the Canadian Pacific Railway Company and Via Rail Canada Inc.

Written submissions only by *Ritu Khullar* and *John Carpenter*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

Ritu Khullar, for the intervener the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 707.

Joshua S. Phillips and *Karen Ensslen*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Norman A. Keith, Ailsa Jane Wiggins and *Anna Abbott*, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters.

juges Turnbull et Robertson), 2011 NBCA 58, 375 R.N.-B. (2^e) 92, 348 D.L.R. (4th) 105, 30 Admin. L.R. (5th) 269, 216 L.A.C. (4th) 418, 969 A.P.R. 92, [2011] A.N.-B. n° 230 (QL), 2011 CarswellNB 357, qui a confirmé une décision du juge Grant, 2010 NBBR 294, 367 R.N.-B. (2^e) 234, 199 L.A.C. (4th) 321, 946 A.P.R. 234, [2010] A.N.-B. n° 331 (QL), 2010 CarswellNB 494, qui a infirmé une sentence d'un conseil d'arbitrage, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents.

Daniel Leger, David Mombourquette et Joël Michaud, pour l'appellant.

Neil Finkelstein, Steven Mason, Brandon Kain, Byron Shaw et William Goss, c.r., pour l'intimée.

Barbara B. Johnston et April Kosten, pour les intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association et Enform.

Robert Dupont, Simon-Pierre Paquette et Johanne Cavé, pour les intervenantes la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée et Via Rail Canada Inc.

Argumentation écrite seulement par *Ritu Khullar* et *John Carpenter*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Ritu Khullar, pour l'intervenant le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707.

Joshua S. Phillips et Karen Ensslen, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Norman A. Keith, Ailsa Jane Wiggins et *Anna Abbott*, pour l'intervenante l'Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada.

Peter A. Gall, Q.C., Andrea Zwack and Melanie Vipond, for the interveners the Canadian Mining Association, the Mining Association of British Columbia, the Mining Association of Manitoba Inc., the Québec Mining Association, the Ontario Mining Association and the Saskatchewan Mining Association.

Andrew K. Lokan, Emily Lawrence and Christopher M. Dassios, for the intervener the Power Workers' Union.

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Privacy and safety are highly sensitive and significant workplace interests. They are also occasionally in conflict. This is particularly the case when the workplace is a dangerous one.

[2] In a unionized workplace, these issues are usually dealt with in the course of collective bargaining. If an employer, however, decides not to negotiate safety measures before implementing them, and if those measures have disciplinary consequences for employees, the employer must bring itself within the scope of the management rights clause of the collective agreement.

[3] The legal issue at the heart of this case is the interpretation of the management rights clause of a collective agreement. This is a labour law issue with clear precedents and a history of respectful recognition of the ability of collective bargaining to responsibly address the safety concerns of the workplace — and the public.

[4] A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context, resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the

Peter A. Gall, c.r., Andrea Zwack et Melanie Vipond, pour les intervenantes l’Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., l’Association minière du Québec, Ontario Mining Association et Saskatchewan Mining Association.

Andrew K. Lokan, Emily Lawrence et Christopher M. Dassios, pour l’intervenant Power Workers’ Union.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La vie privée et la sécurité sont des intérêts liés au milieu de travail à la fois très importants et très délicats. Ils entrent aussi parfois en conflit, tout particulièrement lorsque le lieu de travail est dangereux.

[2] Dans un milieu de travail syndiqué, ces questions sont habituellement traitées dans le cadre de la négociation collective. Toutefois, si un employeur choisit de mettre en place des mesures de sécurité sans les négocier au préalable et si ces mesures emportent des sanctions disciplinaires pour les employés, il doit s’assurer qu’elles relèvent de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction.

[3] La question juridique au cœur du présent litige est celle de l’interprétation de la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction. C’est une question relevant du droit du travail qui a fait l’objet de précédents clairs et d’un historique de reconnaissance respectueuse que les négociations collectives peuvent traiter de manière responsable des enjeux de sécurité en milieu de travail — ainsi que de ceux relatifs à la sécurité du public.

[4] Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l’exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts »

hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees' privacy rights. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise.

[5] This approach has resulted in a consistent arbitral jurisprudence whereby arbitrators have found that when a workplace is dangerous, an employer can test an individual employee if there is reasonable cause to believe that the employee was impaired while on duty, was involved in a workplace accident or incident, or was returning to work after treatment for substance abuse. In the latter circumstance, the employee may be subject to a random drug or alcohol testing regime on terms negotiated with the union.

[6] But a unilaterally imposed policy of mandatory, random and unannounced testing for *all* employees in a dangerous workplace has been overwhelmingly rejected by arbitrators as an unjustified affront to the dignity and privacy of employees unless there is reasonable cause, such as a general problem of substance abuse in the workplace. This body of arbitral jurisprudence is of course not binding on this Court, but it is nevertheless a valuable benchmark against which to assess the arbitration board's decision in this case.

[7] It cannot be seriously challenged, particularly since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that the applicable standard for reviewing the decision of a labour arbitrator is reasonableness (*Dunsmuir*, at para. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paras. 31 and 42; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*

soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l'employé n'est pas possible d'une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l'employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d'adopter une telle règle l'emporte sur l'incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. La dangerosité d'un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l'analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité.

[5] De cette démarche a résulté une jurisprudence arbitrale constante suivant laquelle, dans un lieu de travail dangereux, l'employeur peut faire subir un test à un employé s'il a un motif raisonnable de croire que ce dernier a eu les facultés affaiblies dans l'exercice de ses fonctions, a été impliqué dans un accident ou un incident de travail ou reprend du service après avoir suivi un traitement pour combattre l'alcoolisme ou la toxicomanie. Dans ce dernier cas, l'employé peut être assujetti à un régime de tests aléatoires de dépistage de drogue et d'alcool dont le syndicat aura négocié les modalités.

[6] Toutefois, les arbitres ont rejeté massivement l'imposition unilatérale d'une politique de tests obligatoires, aléatoires et sans préavis s'appliquant à *tous* les employés d'un lieu de travail dangereux, estimant qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés, sauf si cette politique repose sur un motif raisonnable, comme un problème généralisé d'alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail. Cette jurisprudence arbitrale ne lie certes pas la Cour. Elle constitue néanmoins une référence utile pour évaluer la décision du conseil d'arbitrage en l'espèce.

[7] On ne peut plus sérieusement contester, tout particulièrement depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, que la norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du travail est celle de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 31 et 42; *Newfoundland*

v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708).

[8] In a thoughtful and meticulous decision of almost 80 pages, a majority of the arbitration board in this case, applying the arbitral consensus, concluded that the employer, Irving Pulp & Paper, Limited, exceeded the scope of its management rights under a collective agreement by imposing random alcohol testing in the absence of evidence of a workplace problem with alcohol use. In my view, based on the board's findings of fact and its reliance on the arbitral consensus for determining the scope of the employer's rights under the collective agreement in such circumstances, the decision was a reasonable one.

Background

[9] Irving operates a kraft paper mill in Saint John, New Brunswick. Between 1991 and 2006, Irving had no formal policy with respect to alcohol and drug use at the mill. In 2006, it unilaterally adopted a "Policy on Alcohol and Other Drug Use" under the management rights clause of the collective agreement without any negotiations with the union. The policy imposed drug or alcohol testing for employees holding positions designated by Irving as "safety sensitive".

[10] The policy contained a universal random alcohol testing component, whereby 10% of the employees in safety sensitive positions were to be randomly selected for unannounced breathalyzer testing over the course of a year. A positive test for alcohol, that is, one showing a blood alcohol concentration greater than 0.04%, attracted significant disciplinary action, including dismissal. Failure to submit to testing was grounds for immediate dismissal.

and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708).

[8] Dans des motifs de décision réfléchis et rédigés méticuleusement de presque 80 pages, la majorité du conseil d'arbitrage qui s'est prononcé en l'espèce a conclu, en appliquant le consensus qui se dégage de la jurisprudence arbitrale, que l'employeur, Pâtes & Papier Irving, Limité, avait outrepassé les droits de la direction que lui confère la convention collective en imposant des tests aléatoires de dépistage d'alcool en l'absence d'indices révélant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail. À mon avis, vu les conclusions de fait du conseil d'arbitrage et son application du critère qui fait consensus parmi les arbitres pour déterminer la portée des droits de l'employeur prévus dans la convention collective dans de telles circonstances, la décision était raisonnable.

Contexte

[9] Irving exploite une usine de papier kraft à Saint John, au Nouveau-Brunswick. De 1991 à 2006, l'entreprise n'avait pas de politique officielle traitant de la consommation d'alcool et de drogue à l'usine. En 2006, elle a adopté unilatéralement, sans négocier avec le syndicat, la [TRADUCTION] « Politique sur la consommation d'alcool et d'autres drogues » en vertu de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction. Suivant cette politique, les employés qui occupaient un poste à risque, selon Irving, étaient tenus de subir un test de dépistage d'alcool ou de drogues.

[10] Un des volets de la politique prévoyait l'application universelle de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Ainsi, au cours d'une année, 10 % de tous les employés qui occupaient un poste à risque allaient être choisis au hasard pour subir l'épreuve de l'éthylomètre sans préavis. Un résultat positif — c'est-à-dire une alcoolémie supérieure à 0,04 % — emporterait des sanctions disciplinaires graves, dont potentiellement le congédiement. Le refus de se soumettre au test justifierait le congédiement immédiat.

[11] Among the employees randomly tested under this aspect of the policy was Perley Day, a member of the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30. Mr. Day was a teetotaller who had not had a drink since 1979. His breathalyzer test revealed a blood alcohol level of zero. The Union filed a grievance on his behalf challenging only the random alcohol testing aspect of the policy.

[12] The rest of the testing policy was not challenged. Under it, employees were subject to mandatory testing if there was reasonable cause to suspect the employee of alcohol or other drug use in the workplace, after direct involvement in a work-related accident or incident, or as part of a monitoring program for any employee returning to work following voluntary treatment for substance abuse.

[13] Mr. Day's inclusion in the class of employees occupying safety sensitive positions was undisputed, as was the fact that the workplace represented a dangerous work environment. However there were only eight documented incidents of alcohol consumption or impairment at the workplace over a period of 15 years from April 1991 to January 2006. Nor were there any accidents, injuries or near misses connected to alcohol use. By December 2008, when the arbitration was heard, the testing policy had been in effect for 22 months, during which not a single employee had tested positive on either a random test or a test for reasonable cause.

[14] The absence of evidence of any real risk related to alcohol led a majority of the board to conclude that there was little benefit to the employer in maintaining the random testing policy. Weighing the employer's interest in random alcohol testing as a workplace safety measure against the harm to the privacy interests of employees, the board therefore allowed the

[11] Perley Day, un membre du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 a été parmi les employés choisis au hasard pour subir le test en vertu de ce volet de la politique. M. Day pratiquait l'abstinence et, partant, n'avait pas consommé une goutte d'alcool depuis 1979. L'éthylomètre a révélé dans son cas une alcoolémie nulle. Le syndicat a déposé un grief en son nom, pour contester uniquement le volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool.

[12] Les autres volets de la politique n'ont pas été contestés. Conformément aux autres dispositions en question, un test de dépistage obligatoire serait mené s'il y avait un motif raisonnable de soupçonner qu'un employé avait consommé de l'alcool ou d'autres drogues sur le lieu de travail, après un accident ou un incident de travail dans lequel il avait été directement impliqué ou dans le cadre d'un programme de suivi mis en place pour les employés qui reprenaient du service après un traitement volontaire pour l'alcoolisme ou la toxicomanie.

[13] Il n'est pas contesté que M. Day occupe un poste à risque, ni que le lieu de travail est dangereux. Cela étant dit, au cours de la période de 15 ans s'étendant d'avril 1991 à janvier 2006, seuls huit incidents découlant de la consommation d'alcool ou d'employés aux facultés affaiblies en milieu de travail ont été consignés. De plus, il n'y a eu aucun accident — réel ou évité de justesse — ni blessure causées par la consommation d'alcool. En décembre 2008, soit l'époque où s'est tenue l'audience d'arbitrage, la politique était en vigueur depuis 22 mois, et aucun employé n'avait obtenu de résultat positif, ni par suite d'un test aléatoire, ni par suite d'un test réalisé pour un motif raisonnable.

[14] L'absence de quelque élément de preuve que ce soit révélant un risque réel lié à la consommation d'alcool a mené les arbitres majoritaires à conclure qu'il n'était guère avantageux pour l'employeur de maintenir sa politique de tests de dépistage aléatoires. Après avoir mis en balance l'intérêt de ce dernier à mener de tels tests comme mesure de sécurité en milieu de travail et l'atteinte à l'intérêt

grievance and concluded that the random testing policy was unjustified:

The question is now one of proportionality. 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. If the random alcohol testing policy is to be justified, these must be in proportion. Here the employer's scheme gets into heavier weather.

In a word, on the evidence I heard, I do not conclude that any significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use has been demonstrated to exist in this workplace. Taken with the low testing percentages, I believe it is likely that the employer's policy will seldom, if ever, identify any employee with a blood alcohol concentration over the 0.04% Policy cut-off limit. I therefore see little or no concrete advantage to the employer to be gained through the random alcohol testing policy.

On the other side of the balance scale, I have to consider the employee's right to privacy. Rights to privacy and to the related right of security of the person are important and prized incidents of Canadian citizenship. Reactions to invasions of them tend to be prompt, visceral, instinctive and uniformly negative. When the testing is random — that is, without articulable cause — as it is here, an already high bar is raised even higher. This considerably increases the burden of justification on the employer.

The invasion of that privacy by the random alcohol testing policy is not a trifle. It effects a significant inroad. Specifically, it involves a bodily intrusion and the surrender of bodily substances. It involves coercion and restriction on movement. Upon pain of significant punishment, the employee must go promptly to the breathalyzer station and must co-operate in the provision of breath samples. As we saw with Mr. Day, there can be an element of public embarrassment. Taking its results together, the scheme effects a loss of liberty and personal autonomy. These are at the heart of the right to privacy.

des employés à l'égard de leur vie privée, le conseil d'arbitrage a accueilli le grief et conclu que le volet relatif aux tests aléatoires n'était pas justifié :

[TRADUCTION] La question concerne maintenant la proportionnalité. Ce qu'il faut évaluer, ce sont les avantages que procure à l'employeur l'application de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool par rapport à l'atteinte au droit à la vie privée de l'employé visé. Pour que la politique se justifie, il faut que ces éléments soient proportionnés. C'est là où, pour le régime adopté par l'employeur, le bât blesse.

En un mot, au vu de la preuve qui m'a été présentée, je ne peux conclure que l'existence dans ce lieu de travail d'un degré significatif d'augmentation du risque pour la sécurité attribuable à la consommation d'alcool par les employés a été démontrée. Compte tenu du faible pourcentage d'employés testés, j'estime que l'application de la politique permettra probablement rarement, voire jamais, de signaler un employé dont l'alcoolémie serait supérieure au seuil de 0,04 % prévu dans la politique. Par conséquent, j'estime que la politique relative aux tests aléatoires de dépistage d'alcool présente peu d'avantage concret pour l'employeur, voire aucun.

Dans l'autre plateau de la balance se trouve le droit de l'employé au respect de la vie privée, que je dois également soupeser. Le droit à la vie privée et le droit à la sécurité de sa personne, qui y est connexe, constituent des attributs importants et prisés de la citoyenneté canadienne. Les réactions que provoque l'atteinte à ces droits ont tendance à être immédiates, viscérales, instinctives et uniformément négatives. Si le test est aléatoire — c'est-à-dire qu'il ne résulte pas d'un motif précis — comme en l'espèce, le critère, déjà exigeant, est alors davantage resserré. Le fardeau de justification qui incombe à l'employeur s'en trouve considérablement accru.

L'atteinte à la vie privée que cause la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool n'est pas bénigne. Il s'agit d'un empiétement considérable. Plus précisément, elle implique une atteinte à l'intégrité physique et la production de substances corporelles. Elle implique la contrainte ainsi que la restriction de mouvements. Sous peine de sanction grave, l'employé est tenu de se rendre sans délai au poste muni de l'éthylomètre et doit coopérer en fournissant un échantillon d'haleine. Comme dans le cas de M. Day, la procédure peut causer un certain embarras public. Si on considère l'ensemble des résultats, le régime emporte une perte de liberté et d'autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.

On the evidence, the gains likely to result to the employer from random alcohol testing rule[s] run from uncertain to exist at all to minimal at best. The inroads into employee privacy are significant and out of proportion to any benefit, actual or reasonably to be expected to be had by the employer and disclosed by the evidence. The employer has not been able to tilt the balance in its favour and therefore justify the imposition of random alcohol testing as a proportionate response to a demonstrated incremental risk caused by the attendance of employees at work with alcohol in their bodies. I therefore find that the random alcohol testing provisions of the *Policy* do not meet the *KVP* reasonableness test, and for that reason are unenforceable. That portion of the *Policy* therefore must be, and hereby is set aside. [Emphasis added; A.R., vol. IV, at pp. 71-73.]

[15] On judicial review, the board's award was set aside as unreasonable because of the dangerousness of the workplace. The New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal. The court applied a bifurcated standard of review. It applied a correctness standard to the board's analytical framework for determining the validity of the employer's random alcohol testing policy and a reasonableness standard to the board's factual findings. Using this segmented approach, the Court of Appeal substituted its own legal framework and concluded that no balancing of interests was required in a dangerous workplace, whether or not it was unionized. As a result, it held that employers can unilaterally impose random alcohol testing in any dangerous workplace, unionized or non-unionized, without having to show reasonable cause, such as evidence of an existing problem with alcohol use. It also found the board's findings regarding the degree of dangerousness at the workplace to be unreasonable.

[16] In my respectful view, the Court of Appeal erred in disregarding this Court's direction that decisions of labour arbitrators be reviewed for reasonableness and that deference be paid to their

Au vu de la preuve, les avantages susceptibles de découler, pour l'employeur, de la règle imposant des tests aléatoires de dépistage d'alcool se situent dans la fourchette entre incertains et minimes, au mieux. L'empiétement sur la vie privée de l'employé est considérable et disproportionné par rapport à l'avantage — véritable ou vraisemblable — qu'il procurera à l'employeur selon la preuve. L'employeur n'a pas réussi à faire pencher la balance en sa faveur et, de ce fait, à justifier une telle règle comme s'il s'agissait d'une réponse proportionnée à une augmentation démontrée du risque qu'entraînerait la présence sur le lieu de travail d'employés ayant consommé de l'alcool. Par conséquent, j'estime que les clauses relatives aux tests aléatoires de dépistage d'alcool prévues dans la *Politique* ne sont pas conformes au critère du caractère raisonnable énoncé dans *KVP* et qu'elles sont de ce fait inapplicables. Ainsi, cette partie de la *Politique* est écartée, comme il se doit. [Italiques ajoutés; d.a., vol. IV, p. 71-73.]

[15] À l'issue du contrôle judiciaire, la sentence arbitrale a été annulée après avoir été jugée déraisonnable vu la dangerosité du lieu de travail. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel. Elle a appliqué une norme de contrôle en deux volets. Elle a d'abord appliqué la norme de la décision correcte au cadre d'analyse utilisé par le conseil d'arbitrage pour évaluer la validité de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Puis, elle a appliquée la norme de la décision raisonnable aux conclusions de fait du conseil d'arbitrage. Suivant cette démarche segmentée, la Cour d'appel a substitué son propre cadre juridique à celui du conseil d'arbitrage et déterminé que la mise en balance des intérêts n'était pas nécessaire dans le cas d'un lieu de travail dangereux, que les employés y soient syndiqués ou pas. Par conséquent, elle a reconnu à l'employeur le droit d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool dans tout lieu de travail dangereux, que les employés y soient syndiqués ou non, sans qu'il ait à démontrer qu'un motif raisonnable, par exemple des indices d'un problème généralisé d'alcoolisme, le justifie. La Cour d'appel a également jugé déraisonnables les conclusions du conseil d'arbitrage sur la dangerosité du lieu de travail.

[16] À mon avis, la Cour d'appel a fait fi à tort de la directive donnée par la Cour selon laquelle c'est la norme de la décision raisonnable qu'il faut appliquer au contrôle judiciaire de la décision d'un

legal and factual findings when they are interpreting collective agreements. This misapplication of the standard of review led the Court of Appeal away from its required task of determining whether the board's decision fell within a range of reasonable outcomes, and towards a substitution of its own views as to the proper legal framework and factual findings. It also led the court essentially to disregard the remarkably consistent arbitral jurisprudence for balancing safety and privacy in a dangerous workplace, and to impose instead a novel, unfettered and automatic remedy outside the existing consensus and expectations in the labour relations community about how these issues are to be approached under a collective agreement.

Analysis

[17] At the outset, it is important to note that since we are dealing with a workplace governed by a collective agreement, that means that the analytical framework for determining whether an employer can unilaterally impose random testing is determined by the arbitral jurisprudence. Cases dealing with random alcohol or drug testing in *non-unionized* workplaces under human rights statutes are, as a result, of little conceptual assistance (*Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.)).

[18] It may be tempting to suggest that dangerous unionized workplaces should be beyond the reach of the collective bargaining regime, freeing an employer both from the duty to negotiate with the union and from the terms of the collective agreement. This suggests, Cassandra-like and evidence-free, that collective bargaining is the altar on which public and workplace safety is sacrificed and that only employers have the capacity to address these concerns.

arbitre en droit du travail et selon laquelle les conclusions de droit et de fait tirées par ce dernier dans l'interprétation d'une convention collective appellent la déférence. En se trompant dans l'application de la norme de contrôle, la Cour d'appel a omis de déterminer, comme elle le devait, si la décision du conseil d'arbitrage faisait partie des issues raisonnables et elle a plutôt substitué à la sentence son propre avis sur le bon cadre juridique ainsi que ses conclusions de fait. En outre, cette erreur a essentiellement mené la Cour d'appel à faire fi de la jurisprudence arbitrale remarquablement constante sur la mise en balance de la sécurité d'une part et de la vie privée d'autre part dans un lieu de travail dangereux et à imposer une solution de droit nouvelle et d'application illimitée et automatique qui ne tient pas compte du consensus et des attentes du secteur des relations du travail sur la façon d'aborder ces questions sous le régime d'une convention collective.

Analyse

[17] D'entrée de jeu, il importe de signaler que puisqu'il est question ici d'un milieu de travail régi par une convention collective, le cadre d'analyse permettant de déterminer si l'employeur peut imposer unilatéralement des tests aléatoires est issu de la jurisprudence arbitrale. Partant, les affaires portant sur le droit de procéder à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue en milieu de travail *non syndiqué* tranchées sur le fondement de lois sur les droits de la personne ne sont guère utiles sur le plan conceptuel (*Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.)).

[18] D'aucuns pourraient être tentés de suggérer que le milieu de travail syndiqué soit soustrait au régime de négociation collective s'il est dangereux, ce qui libérerait l'employeur de l'obligation de négocier avec le syndicat ainsi que des dispositions de la convention collective. Cela laisse sous-entendre que, comme Cassandra et sans preuve, la négociation collective est l'autel sur lequel sont sacrifiées la sécurité du public et celle du milieu de travail et que seuls les employeurs ont la capacité de répondre à ces préoccupations.

[19] But the reality is that the task of negotiating workplace conditions, both on the part of unions and management, as well as the arbitrators who interpret the resulting collective agreement, has historically — and successfully — included the delicate, case-by-case balancing required to preserve public safety concerns while protecting privacy. Far from leaving the public at risk, protecting employees — who are on the front line of any danger — necessarily also protects the surrounding public. To suggest otherwise is a counter-intuitive dichotomy.

[20] And this without any evidence that dangerous workplaces that are unionized have experienced *any*, let alone a disproportionate number of, accidents resulting from collectively bargaining safety measures. It also assumes that no balancing is required at all once a finding is made that a workplace is dangerous. This not only negates any recognition of the significant privacy interests at play, it wrongly assumes that when there is no collective agreement, an employer is free to exercise its own discretion about worker safety. All provinces have legislation protecting worker safety, thereby restricting an employer's wishes. And, as we saw in *Entrop*, even in a non-unionized workplace, an employer must justify the intrusion on privacy resulting from random testing by reference to the particular risks in a particular workplace. There are different analytic steps involved, but both essentially require attentive consideration and balancing of the safety and privacy interests.

[21] As the board recognized, the only possible source of the employer's asserted right to impose random alcohol testing unilaterally was the management rights clause in the collective agreement:

[19] Or, en réalité, la tâche de négocier les conditions de travail, tant pour les syndicats que pour les dirigeants, de même que pour les arbitres chargés d'interpréter les conventions collectives qui en découlent, a historiquement — et avec succès — compris l'exercice délicat de mise en balance, au cas par cas, que requiert la sauvegarde de la sécurité publique et la protection de la vie privée. Loin de mettre le public en danger, la protection des employés — qui sont aux premières loges devant le danger — prémunit aussi nécessairement le public environnant. Suggérer qu'il en est autrement ne revient qu'à exprimer une dichotomie contre-intuitive.

[20] Cette suggestion a par ailleurs été formulée sans aucune preuve que la négociation collective des mesures de sécurité s'est traduite, dans les lieux de travail dangereux où les employés sont syndiqués, par *un seul accident* — encore moins par un nombre disproportionné d'accidents. En outre, suivant cette thèse, aucune mise en balance ne serait nécessaire dès lors qu'il a été conclu que le lieu de travail est dangereux. Non seulement ce serait faire fi des intérêts importants en jeu liés à la vie privée, mais ce serait aussi présumer, à tort, qu'en l'absence de convention collective, l'employeur peut faire à sa guise en matière de sécurité du personnel. Or, toutes les provinces ont adopté des lois pour assurer la protection des employés, limitant de ce fait la volonté de l'employeur. Et, comme le dit *Entrop*, même dans un milieu non syndiqué, l'employeur est tenu de justifier l'atteinte à la vie privée qui découle de l'imposition de tests aléatoires en précisant les risques qui surviennent dans le lieu de travail donné. L'analyse comporte différentes étapes, mais toutes deux exigent essentiellement un examen attentif et la mise en balance des intérêts liés à la sécurité d'une part et à la vie privée d'autre part.

[21] Comme l'a reconnu le conseil d'arbitrage, la seule source possible dont peut émaner le droit revendiqué par l'employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool est la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction.

[TRADUCTION]

4.01. The Union recognizes and acknowledges that it is the right of the Company to operate and manage its business subject to the terms and provisions of this agreement.

The legal issue, as a result, is whether implementing a random alcohol testing policy was a valid exercise of the employer's management rights under the collective agreement.

[22] When employers in a unionized workplace unilaterally enact workplace rules and policies, they are not permitted to "promulgate unreasonable rules and then punish employees who infringe them" (*Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240 (Laskin), at p. 247; see also *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25 (Cross)).

[23] This constraint arises because an employer may only discharge or discipline an employee for "just cause" or "reasonable cause" — a central protection for employees. As a result, rules enacted by an employer as a vehicle for discipline must meet the requirement of reasonable cause (*Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636* (1974), 5 L.A.C. (2d) 285 (Rayner), at pp. 288-89; see also *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688 (Laskin), at p. 690; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402 (Burkett), at paras. 9-10; Ronald M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4th ed. 2009), at paras. 10.1 and 10.96).

[24] The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is persuasively set out in *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The heart of the "KVP test", which

4.01. Le syndicat reconnaît que la société a le droit d'exploiter et de diriger ses affaires, sous réserve des modalités de la présente entente.

Ainsi, la question juridique est celle de savoir si l'adoption d'une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool constituait un exercice valide des droits de la direction que la convention collective confère à l'employeur.

[22] En milieu de travail syndiqué, l'employeur qui impose unilatéralement des règles et des politiques ne peut pas [TRADUCTION] « adopter des règles déraisonnables pour ensuite punir les employés qui les violent » (*Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240 (Laskin), p. 247; voir également *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25 (Cross)).

[23] Cette contrainte découle du fait qu'un employeur ne peut congédier un employé ni lui imposer de sanctions disciplinaires que pour un « motif valable » ou un « motif raisonnable » — une protection essentielle pour les employés. Partant, les règles adoptées par l'employeur en matière disciplinaire sont assujetties à l'exigence du motif raisonnable (*Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636* (1974), 5 L.A.C. (2d) 285 (Rayner), p. 288-289; voir également *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688 (Laskin), p. 690; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402 (Burkett), par. 9-10; Ronald M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4^e éd. 2009), par. 10.1 et 10.96).

[24] L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective est expliquée de manière convaincante dans l'affaire *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965),

is generally applied by arbitrators, is that any rule or policy unilaterally imposed by an employer and not subsequently agreed to by the union, must be consistent with the collective agreement and be reasonable (Donald J. M. Brown and David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at topic 4:1520).

[25] The *KVP* test has also been applied by the courts. Tarnopolsky J.A. launched the judicial endorsement of *KVP* in *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239 (C.A.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix, concluding that the “weight of authority and common sense” supported the principle that “*all* company rules with disciplinary consequences must be reasonable” (pp. 257-58 (emphasis in original)). In other words:

The Employer cannot, by exercising its management functions, issue unreasonable rules and then discipline employees for failure to follow them. Such discipline would simply be without reasonable cause. To permit such action would be to invite subversion of the reasonable cause clause. [p. 257]

[26] Subsequent appellate decisions have accepted that rules unilaterally made in the exercise of management discretion under a collective agreement must not only be consistent with the agreement, but must also be reasonable if the breach of the rule results in disciplinary action (*Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69 (P.E.I.S.C. (App. Div.)), at para. 17; see also *N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146, at para. 34; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636, at paras. 19-28).

16 L.A.C. 73 (Robinson). L’élément central du « critère énoncé dans *KVP* », que les arbitres appliquent traditionnellement, veut que la règle ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable (Donald J. M. Brown et David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520).

[25] Le critère énoncé dans *KVP* a également été appliqué par les tribunaux judiciaires. En appel, le juge Tarnopolsky a été le premier à l’adopter, *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix. Dans cette affaire, il a conclu que [TRADUCTION] « le poids de cette jurisprudence arbitrale et du bon sens » étaient le principe selon lequel « *toutes* les règles d’une société emportant des sanctions disciplinaires doivent être raisonnables » (p. 257-258 (en italique dans l’original)). Autrement dit :

[TRADUCTION] L’employeur ne peut, dans l’exercice de ses fonctions de direction, adopter des règles déraisonnables et imposer ensuite des sanctions disciplinaires aux employés qui ne les respectent pas. De telles mesures disciplinaires ne découleraient tout simplement pas d’un motif raisonnable. Permettre pareil procédé équivaudrait à pervertir la clause du motif raisonnable. [p. 257]

[26] Par la suite, d’autres cours d’appel ont souscrit à la notion que les règles adoptées unilatéralement par la direction dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle jouit au titre de la convention collective doivent être non seulement conformes à cette dernière, mais également raisonnables dès lors que le manquement emporte une sanction disciplinaire (*Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.S.I.-P.-É. (Div. app.)), par. 17; voir également *N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146, par. 34; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636, par. 19-28).

[27] In assessing *KVP* reasonableness in the case of unilaterally imposed employer rules or policies affecting employee privacy, arbitrators have used a “balancing of interests” approach. As the intervenor the Alberta Federation of Labour noted:

Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer’s policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer’s policy can include assessing such things as the nature of the employer’s interests, any less intrusive means available to address the employer’s concerns, and the policy’s impact on employees. [I.F., at para. 4]

[28] In the earliest privacy cases using a balancing of interests approach, arbitrators generally found that employers could only exercise a unilateral management right to search an individual employee’s personal effects if there was a reasonable suspicion that the employee had committed theft. Universal random searches — that is, random searches of the entire workforce — were rejected as unreasonable unless there was a workplace problem with theft and the employer had exhausted less intrusive alternative measures for addressing the problem (Morton Mitchnick and Brian Etherington, *Labour Arbitration in Canada* (2nd ed. 2012), at pp. 308-9; Brown and Beatty, at topic 7:3625).

[29] The balancing of interests approach was subsequently applied in assessing the reasonableness of unilaterally imposed employer policies calling for universal random drug or alcohol testing of all employees performing safety sensitive work. Universal random testing refers to the testing of individual employees randomly selected from all or some portion of the workforce. As in the search cases, arbitrators rejected unilaterally imposed universal random testing policies as unreasonable unless there had been a workplace problem with

[27] Pour évaluer le caractère raisonnable — au sens où ce terme était entendu dans la sentence arbitrale *KVP* — d’une règle ou d’une politique imposée unilatéralement par l’employeur et ayant une incidence sur la vie privée de l’employé, les arbitres ont adopté une démarche axée sur la « mise en balance des intérêts ». Comme le fait remarquer l’Alberta Federation of Labour, intervenante en l’espèce :

[TRADUCTION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l’employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l’employeur, de l’existence de tout autre moyen moins attentatoire de répondre aux préoccupations de l’employeur ainsi que de l’incidence de la politique sur les employés. [m.i., par. 4]

[28] Dans les premières affaires mettant en cause le droit à la vie privée et auxquelles on a appliqué la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, les arbitres ont en général conclu que l’employeur n’était autorisé à exercer unilatéralement son droit de fouiller les effets personnels d’un employé que s’il avait un motif raisonnable de soupçonner ce dernier de vol. Les fouilles aléatoires universelles — c’est-à-dire les fouilles pratiquées au hasard sur l’ensemble du personnel — ont été jugées déraisonnables et rejetées, à moins qu’un problème de vol en milieu de travail ne sevisse et que l’employeur n’ait épuisé les autres moyens moins attentatoires de régler le problème (Morton Mitchnick et Brian Etherington, *Labour Arbitration in Canada* (2^e éd. 2012), p. 308-309; Brown et Beatty, sujet 7:3625).

[29] Par la suite, la démarche axée sur la mise en balance des intérêts a servi à évaluer le caractère raisonnable de politiques imposées unilatéralement par l’employeur et prévoyant l’imposition universelle de tests aléatoires de dépistage de drogue ou d’alcool aux employés occupant un poste à risque. On entend par imposition universelle de tests aléatoires le fait de faire subir des tests de dépistage à des employés choisis au hasard parmi la totalité ou une partie de la main-d’œuvre. Comme dans le cas des fouilles, les arbitres ont tenu pour déraisonnables les politiques imposées

substance abuse and the employer had exhausted alternative means for dealing with the abuse.

[30] In a workplace that is dangerous, employers are generally entitled to test individual employees who occupy safety sensitive positions without having to show that alternative measures have been exhausted if there is “reasonable cause” to believe that the employee is impaired while on duty, where the employee has been directly involved in a workplace accident or significant incident, or where the employee is returning to work after treatment for substance abuse. (See *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440 (McAlpine); *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher), at pp. 377-78; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor), at p. 109; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144 (Newman), at pp. 170 and 177; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves), at para. 37(b)-(d).)

[31] But the dangerousness of a workplace — whether described as dangerous, inherently dangerous, or highly safety sensitive — is, while clearly and highly relevant, only the beginning of the inquiry. It has never been found to be an automatic justification for the unilateral imposition of unfettered random testing with disciplinary consequences. What has been additionally required is evidence of enhanced safety risks, such as evidence of a general problem with substance abuse in the workplace.

[32] The blueprint for dealing with dangerous workplaces is found in *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (“Nanticoke”), a case involving a grievance of the employer’s random drug testing policy at an oil refinery, which the parties acknowledged was

unilatéralement et prévoyant l’imposition universelle de tests aléatoires et les ont rejetées, à moins qu’un problème d’alcoolisme ou de toxicomanie n’ait sévi le milieu de travail et que l’employeur n’ait épuisé les autres moyens de le régler.

[30] Dans un lieu de travail dangereux, l’employeur est généralement autorisé à faire subir un test de dépistage à un employé occupant un poste à risque sans qu’il soit nécessaire de démontrer qu’il a épuisé les autres moyens s’il a un « motif raisonnable » de croire que l’employé a les facultés affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, a été impliqué directement dans un accident de travail ou un incident grave ou s’il reprend du service après avoir suivi un traitement pour l’alcoolisme ou la toxicomanie. (Voir *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440 (McAlpine); *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher), p. 377-378; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor), p. 109; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144 (Newman), p. 170 et 177; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves), par. 37(b)-(d).)

[31] Cela étant dit, la dangerosité d’un lieu de travail — que ce dernier soit décrit comme dangereux, intrinsèquement dangereux ou à grand risque —, bien que manifestement fort pertinente, ne constitue que la première étape de l’examen. Les tribunaux n’ont jamais jugé qu’elle justifie automatiquement l’imposition unilatérale d’un régime illimité de tests aléatoires susceptibles d’emporter des sanctions disciplinaires. Ils ont plutôt requis que l’employeur prouve l’existence de risques accrus pour la sécurité, comme des indices d’un problème généralisé d’alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail.

[32] Le modèle applicable aux lieux de travail dangereux a été établi dans *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (“Nanticoke”), une affaire découlant d’un grief à l’encontre de la politique adoptée par l’employeur et prévoyant l’imposition de tests aléatoires de

highly safety sensitive. Arbitrator Michel Picher summarized the principles emerging from 20 years of arbitral jurisprudence under the *KVP* test for both drug *and* alcohol testing:

- *No employee can be subjected to random, unannounced alcohol or drug testing, save as part of an agreed rehabilitative program.*
- *An employer may require alcohol or drug testing of an individual where the facts give the employer reasonable cause to do so.*
- It is within the prerogatives of management's rights under a collective agreement to also require alcohol or drug testing following a significant incident, accident or near miss, where it may be important to identify the root cause of what occurred.
- Drug and alcohol testing is a legitimate part of continuing contracts of employment for individuals found to have a problem of alcohol or drug use. *As part of an employee's program of rehabilitation, such agreements or policies requiring such agreements may properly involve random, unannounced alcohol or drug testing generally for a limited period of time, most commonly two years.* In a unionized workplace the Union must be involved in the agreement which establishes the terms of a recovering employee's ongoing employment, including random, unannounced testing. *This is the only exceptional circumstance in which the otherwise protected employee interest in privacy and dignity of the person must yield to the interests of safety and rehabilitation, to allow for random and unannounced alcohol or drug testing.* [Emphasis added; para. 100.]

[33] There can, in other words, be testing of an individual employee who has an alcohol or drug problem. *Universal*, random testing, however, is far from automatic. The reason is explained by Arbitrator Picher in *Nanticoke* as follows:

dépistage de drogue au sein d'une raffinerie de pétrole, un lieu de travail à grand risque comme le reconnaissaient les parties. L'arbitre, Michel Picher, a résumé en ces termes les principes issus de 20 ans de jurisprudence arbitrale ayant appliqué le critère énoncé dans *KVP* pour les tests de dépistage de drogues *et* d'alcool :

[TRADUCTION]

- *Aucun employé ne peut être assujetti sans préavis à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue sauf dans le cadre d'un programme de réadaptation concerté.*
- *L'employeur peut exiger qu'une personne subisse un test de dépistage d'alcool ou de drogue si les faits révèlent l'existence d'un motif raisonnable le justifiant.*
- Le pouvoir d'imposer également des tests de dépistage d'alcool ou de drogue à la suite d'un incident grave ou d'un accident, réel ou évité de justesse, dont il pourrait importer de connaître la cause, relève également des droits de la direction prévus par la convention collective.
- Le contrat d'emploi continu d'une personne alcoolique ou toxicomane peut légitimement prévoir une clause portant sur le dépistage de drogue et d'alcool. *Dans le cadre du programme de réadaptation de l'employé, l'entente ou la politique exigeant la conclusion d'une telle entente peut à juste titre prévoir l'application sans préavis de tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, en général pendant une période limitée, soit deux ans dans la plupart des cas.* En milieu de travail syndiqué, le syndicat doit participer à la conclusion de l'entente qui régit l'emploi continu de l'employé qui se rétablit après un traitement, et qui prévoit notamment l'imposition sans préavis de tests aléatoires. *Il s'agit là des seules circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'intérêt de l'employé à l'égard de sa vie privée et de la dignité de sa personne, par ailleurs protégé, doit céder le pas à la sécurité et à la réadaptation de manière à permettre l'imposition sans préavis de tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue.* [Italiques ajoutés; par. 100.]

[33] Autrement dit, il est possible de faire subir un test à un employé alcoolique ou toxicomane. Par contre, l'application *universelle* de tests aléatoires est loin d'aller de soi. Dans la sentence arbitrale *Nanticoke*, l'arbitre Picher explique pourquoi en ces termes :

. . . 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. *Arbitrators have concluded that to subject employees to an alcohol or drug test when there is no reasonable cause to do so, or in the absence of an accident or near miss and outside the context of a rehabilitation plan for an employee with an acknowledged problem is an unjustified affront to the dignity and privacy of employees which falls beyond the balancing of any legitimate employer interest, including deterrence and the enforcement of safe practices. In a unionized workplace, such an extraordinary incursion into the rights of employees must be expressly and clearly negotiated.* It is not to be inferred solely from general language describing management rights or from language in a collective agreement which enshrines safety and safe practices. [Emphasis added; para. 101.]

[34] Significantly, Arbitrator Picher acknowledged that the application of the balancing of interests approach could permit general random testing “in some extreme circumstances”:

It may well be that the balancing of interests approach . . . would allow for general random, unannounced drug testing in some extreme circumstances. If, for example, an employer could marshal evidence which compellingly demonstrates an out-of-control drug culture taking hold in a safety sensitive workplace, such a measure might well be shown to be necessary for a time to ensure workplace safety. That might well constitute a form of “for cause” justification.

(*Nanticoke*, at para. 127)

[35] In the case before him, however, since there was no evidence of a substance abuse problem at the oil refinery, the random drug testing component of the policy was found to be unjustified (*Nanticoke*, at para. 127). His decision was upheld as reasonable by the Ontario Court of Appeal (*Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union*

[TRADUCTION] . . . selon une des principales caractéristiques de la jurisprudence en matière de dépistage d’alcool et de drogue au Canada, les arbitres rejettent massivement la thèse selon laquelle l’application obligatoire et sans préavis de tests aléatoires à l’ensemble des employés d’un lieu de travail à risque relève d’un droit de la direction prévu implicitement par une convention collective. *Les arbitres ont conclu que l’imposition de tests de dépistage d’alcool ou de drogue sans motif raisonnable le justifiant ou sans que soit survenu un accident — réel ou évité de justesse — et en dehors d’un programme de réadaptation adopté à l’égard d’un employé souffrant d’un problème reconnu de dépendance constitue une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés qui va au-delà de la mise en balance de l’intérêt légitime de l’employeur, notamment en ce qui concerne la dissuasion et l’application de pratiques sécuritaires. En milieu de travail syndiqué, tel empiétement extraordinaire sur les droits des employés doit clairement et expressément faire l’objet de négociations.* Il ne saurait s’inférer uniquement des termes généraux décrivant les droits de la direction ou du libellé des dispositions de la convention collective relatives à la sécurité et aux pratiques sécuritaires. [Italiques ajoutés; par. 101.]

[34] Fait notable, l’arbitre Picher a reconnu que, suivant la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, l’application généralisée de tests aléatoires pourrait être permise [TRADUCTION] « dans certaines circonstances extrêmes » :

Il se peut très bien que la démarche axée sur la mise en balance des intérêts [. . .] permettrait l’application généralisée et sans préavis de tests aléatoires de dépistage de drogue dans certaines circonstances extrêmes. Par exemple, si l’employeur peut démontrer de manière convaincante qu’une culture de toxicomanie débridée est en train d’envahir un lieu de travail à risque, pareille mesure pourrait bien se révéler nécessaire pour un certain temps afin d’assurer la sécurité en milieu de travail. Cette situation est susceptible de compter parmi les « causes raisonnables ».

(*Nanticoke*, par. 127)

[35] Toutefois, dans le cas dont il était saisi, comme rien ne démontrait l’existence d’un problème de toxicomanie au sein du personnel de la raffinerie de pétrole, il a conclu que le volet de la politique prévoyant l’application de tests aléatoires de dépistage de drogue n’était pas justifié (*Nanticoke*, par. 127). Sa décision a été jugée raisonnable

of Canada, Local 900, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668).

[36] The balancing of interests approach has not kept employers from enacting comprehensive drug and alcohol policies, which can include rules about drugs and alcohol in the workplace, discipline for employees who break those rules, education and awareness training for employees and supervisors, access to treatment for substance dependence, and after-care programs for employees returning to work following treatment.

[37] But I have been unable to find any cases, either before or since *Nanticoke*, in which an arbitrator has concluded that an employer could unilaterally implement random alcohol or drug testing, even in a highly dangerous workplace, absent a demonstrated workplace problem (*Esso Petroleum*, at pp. 447-48; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A.*, Loc. 5296 (*Drug and Alcohol testing*) (Re) (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U.* (Re) (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Canadian National*, at pp. 385 and 394; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A. No. 9 (QL), at para. 30; *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL), at para. 77; *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424 (Kaplan), at pp. 434-37; *Rio Tinto*, at para. 37(a) and (d)).

[38] In the only two arbitration decisions that have upheld random alcohol testing, the employers were

et confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (*Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668).

[36] La démarche axée sur la mise en balance des intérêts n'a pas empêché certains employeurs d'adopter des politiques détaillées relatives aux drogues et à l'alcool dont certaines dispositions peuvent notamment régir la consommation ou la possession de drogue et d'alcool dans le lieu de travail, prévoir des sanctions disciplinaires applicables aux employés qui contreviennent aux règles ainsi que des programmes de formation et de sensibilisation à l'intention des employés et des superviseurs, tout comme le renvoi à des traitements pour l'alcoolisme ou la toxicomanie et à des programmes de suivi pour les employés qui reprennent du service après un traitement.

[37] Pourtant, je n'ai trouvé aucune affaire, ni avant *Nanticoke*, ni depuis, dans laquelle un arbitre aurait conclu au droit d'un employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, même dans un lieu de travail très dangereux, sans indices démontrant un problème à cet égard (*Esso Petroleum*, p. 447-448; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A.*, Loc. 5296 (*Drug and Alcohol testing*) (Re) (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U.* (Re) (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Canadian National*, p. 385 et 394; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A. No. 9 (QL), par. 30; *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL), par. 77; *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424 (Kaplan), p. 434-437; *Rio Tinto*, par. 37(a) et (d)).

[38] Suivant les deux seules sentences arbitrales ayant confirmé l'application de tests aléatoires de

found to be justified in implementing random alcohol testing for employees in safety sensitive positions because there was a demonstrated general problem with alcohol use in a dangerous workplace (*Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, T. J. Christian, Chair, May 27, 2000, unreported (“Strathcona”); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (“GTAA”)).

[39] In *Strathcona*, the arbitrator upheld the termination of an employee in a safety sensitive position at an oil refinery who tested positive on a random alcohol test. Imperial Oil Limited had implemented the random testing policy after surveying employees across all its facilities about alcohol-related incidents and near misses. According to the survey, the plant operations group that included the grievor’s position had a disproportionately high rate of accidents due to substance abuse, with 2.7% of employees reporting that they had personally had near misses due to substance use in the previous 12 months. The arbitrator accepted the survey results as a “rational and sufficient foundation for the random testing Policy” (p. 73). He concluded that “there is evidence of a problem with alcohol use by employees at the Strathcona Refinery” (p. 60). On that basis, he upheld the reasonableness of the random testing policy and the consequential discipline.

[40] In *GTAA*, the employer had a random alcohol and drug testing policy for individuals occupying safety sensitive positions at Pearson International Airport in Toronto. The arbitrator acknowledged that “the safety-sensitive nature of a particular industry [is] not, in itself, sufficient to outweigh the privacy interests of individual employees and to support a regime of random testing” (para. 251) and that

dépistage d’alcool, l’employeur pouvait à bon droit, de l’avis des arbitres, faire subir de tels tests aux employés occupant des postes à risque, en raison d’indices révélant un problème généralisé de consommation d’alcool dans un lieu de travail dangereux (*Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, T. J. Christian, président, 27 mai 2000, décision non publiée (« Strathcona »); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (« GTAA »)).

[39] Dans l’affaire *Strathcona*, l’arbitre a confirmé le congédiement d’un employé qui occupait un poste à risque au sein d’une raffinerie de pétrole parce qu’il avait obtenu un résultat positif à un test aléatoire de dépistage d’alcool. Imperial Oil Limited avait adopté la politique de tests aléatoires après avoir effectué un sondage auprès de ses employés, tous lieux de travail confondus, à propos d’incidents — réels ou évités de justesse — attribuables à la consommation d’alcool. Le sondage avait révélé un taux disproportionnellement élevé d’accidents causés par l’alcoolisme ou la toxicomanie au sein du groupe chargé de l’exploitation des usines dont l’auteur du grief faisait partie. En effet, 2,7 % des employés avaient dit avoir eux-mêmes frôlé l’accident au cours des 12 mois précédent le sondage, en raison de la consommation de drogue ou d’alcool. Selon l’arbitre, les résultats du sondage constituaient un [TRADUCTION] « fondement rationnel suffisant pour justifier la politique de tests aléatoires » (p. 73). Il a conclu que « des indices démontrent l’existence d’un problème de consommation d’alcool par les employés à la raffinerie Strathcona » (p. 60). Par conséquent, il a déclaré la politique et les sanctions disciplinaires infligées raisonnables et les a confirmées.

[40] Dans l’affaire *GTAA*, l’employeur avait adopté une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool et de drogue applicable aux employés occupant des postes à risque à l’aéroport international Pearson, à Toronto. L’arbitre a reconnu que [TRADUCTION] « le risque inhérent à un certain secteur ne l’emporte pas, à lui seul, sur l’intérêt qu’a l’employé à la protection de sa vie privée et ne suffit

“[a]rbitrators have required evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace which cannot be addressed by less invasive means” (para. 254).

[41] The evidence showed a “pervasive problem” with alcohol (*GTAA*, at para. 262). Both employer and union witnesses testified about numerous occasions when they had seen employees drinking on the job or storing alcohol at work, smelled alcohol on other employees’ breath, or found empty liquor containers on site. There were also concerns that alcohol abuse at work often went unreported. Based on this evidence, the arbitrator concluded that random alcohol testing was a reasonable employer policy. Because there was little evidence of on-the-job *drug* use, however, the random drug testing aspect of the policy was found not to be justified.

[42] This arbitral consensus, which was carefully applied by the board, helps inform why its decision was reasonable on the facts of this case.

[43] The board framed the question using the accepted *KVP* balancing of interests approach: Was the benefit to the employer from the random alcohol testing policy in this dangerous workplace proportional to the harm to employee privacy?

[44] To assess the employer’s side of the balance, the board canvassed the risks that the employer intended to address by random alcohol testing. It examined both the risk associated with the particular grievor’s position as a millwright and the risk associated with the particular workplace. After reviewing the employer’s risk assessments of

pas pour justifier un régime de tests aléatoires » (par. 251). Il a aussi reconnu que les « arbitres exigent des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail qui ne peut être réglé de manière moins attentatoire » (par. 254).

[41] Or, selon la preuve, il existait un [TRADUCTION] « problème répandu » d’alcoolisme (*GTAA*, par. 262). Des témoins de l’employeur ainsi que du syndicat ont affirmé avoir vu à plusieurs reprises des employés qui consommaient de l’alcool pendant leurs heures de travail ou en conservaient sur les lieux, avoir senti une haleine d’alcool chez d’autres employés ou avoir trouvé des bouteilles d’alcool vides dans les locaux. En outre, il y avait aussi des soupçons que la consommation d’alcool n’était que rarement signalée. L’arbitre en a conclu au caractère raisonnable de la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool adoptée par l’employeur. Cependant, comme la preuve n’a pas établi l’existence d’un problème de consommation de *drogue* en milieu de travail, le volet portant sur le dépistage de cette substance a été déclaré injustifié.

[42] Ce consensus arbitral, soigneusement appliqué par le conseil, aide à comprendre pourquoi sa décision était raisonnable compte tenu des faits de l’espèce.

[43] Le conseil a formulé la question à trancher suivant la démarche reconnue axée sur la mise en balance des intérêts établie dans la sentence arbitrale *KVP* : l’avantage que procure à l’employeur la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool dans ce lieu de travail dangereux est-il proportionnel à l’atteinte à la vie privée des employés qui découle de son application?

[44] Dans l’analyse des éléments qui étaient la thèse de l’employeur, le conseil a évalué les risques que ce dernier cherchait à atténuer par les tests aléatoires de dépistage d’alcool. Le conseil s’est penché à la fois sur le risque découlant des fonctions de l’auteur du grief, un mécanicien-monteur, et les risques inhérents au lieu de travail en question.

different safety sensitive positions, the board found that the workplace was “one in which great care must be taken with safe work practices”. There were “risks and dangers in the operations performed both to the incumbent, and to others, as well as to the environment and to property”. The board therefore concluded that “the mill in normal operation is a dangerous work environment”. These conclusions have not been challenged.

[45] But, as previously noted, the fact that a workplace is found to be dangerous does not automatically give the employer the right to impose random testing unilaterally. The dangerousness of the workplace has only justified the testing of particular employees in certain circumstances: where there are reasonable grounds to believe that the employee was impaired while on duty, where the employee was directly involved in a workplace accident or significant incident, or where the employee returns to work after treatment for substance abuse. It has never, to my knowledge, been held to justify random testing, even in the case of “highly safety sensitive” or “inherently dangerous” workplaces like railways (*Canadian National*) and chemical plants (*DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399), or even in workplaces that pose a risk of explosion (*ADM Agri-Industries*), in the absence of a demonstrated problem with alcohol use in that workplace. That is not to say that it is beyond the realm of possibility in extreme circumstances, but we need not decide that in this case.

[46] This obliged the board to consider whether there was evidence of an alcohol-related problem in the workplace. There were eight documented alcohol-related incidents at the mill from April 29, 1991, to January 11, 2006. Only one witness, a former employee, gave any evidence about alcohol use in

Après avoir pris connaissance de l’évaluation des risques effectuée par l’employeur à l’égard de divers postes à risque, le conseil d’arbitrage a conclu que ce lieu de travail [TRADUCTION] « exigeait des pratiques de travail sécuritaires ». Les fonctions accomplies présentaient des « risques et des dangers pour le titulaire du poste, autrui, l’environnement et les biens ». Le conseil d’arbitrage a donc conclu que « l’usine constitue en temps normal un environnement de travail dangereux ». Ces conclusions n’ont pas été contestées.

[45] Or, comme je l’ai signalé précédemment, la conclusion selon laquelle le lieu de travail est dangereux ne se traduit pas automatiquement par le droit, pour l’employeur, d’imposer unilatéralement des tests aléatoires. La dangerosité d’un lieu de travail ne justifie de faire subir des tests qu’à certains employés, dans certaines circonstances, à savoir lorsqu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’un employé a eu les capacités affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, lorsque ce dernier a été impliqué directement dans un accident de travail ou un incident grave ou lorsqu’il reprend du service après avoir subi un traitement pour l’alcoolisme ou la toxicomanie. À ma connaissance, jamais n’a-t-il été conclu que la dangerosité du lieu de travail justifiait l’application de tests aléatoires, même dans le cas d’un emplacement « à grand risque » ou « intrinsèquement dangereux » comme une société de chemins de fer (*Canadian National*) ou une usine de produits chimiques (*DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399), voire un emplacement qui présente un risque d’explosion (*ADM Agri-Industries*), en l’absence d’un problème démontré de consommation d’alcool en milieu de travail. Je n’entends pas par là que ce soit inconcevable dans des circonstances extrêmes, mais nous n’avons pas à trancher cette question en l’espèce.

[46] Par conséquent, le conseil d’arbitrage devait déterminer si des indices révélaient un problème de consommation d’alcool sévissant en milieu de travail. Selon la preuve, entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006, huit incidents attribuables à cette substance sont survenus à l’usine. Seul un témoin,

the workplace, but the board found his evidence to be “dated” and “not persuasive”.

[47] The board concluded that these eight incidents over a 15-year period did not reflect a significant problem with workplace alcohol use. As a result, the board concluded that there was a “very low incremental risk of safety concerns based on alcohol-related impaired performance of job tasks at the site”.

[48] While the employer had argued that deterrence was a major benefit of random alcohol testing, the board was not satisfied that there was any evidence of a deterrent effect at the mill. The only evidence supporting the employer’s view was that of its expert witness, who described deterrence as the main theoretical goal of random alcohol testing policies, but had no information about this particular workplace. In the board’s view, the lack of any positive test results in almost two years of random alcohol testing was equally consistent with the opposite conclusion: that there was no workplace alcohol abuse to deter.

[49] On the other side of the balance was the employee right to privacy. The board accepted that breathalyzer testing “effects a significant inroad” on privacy, involving

coercion and restriction on movement. Upon pain of significant punishment, the employee must go promptly to the breathalyzer station and must co-operate in the provision of breath samples. . . . Taking its results together, the scheme effects a loss of liberty and personal autonomy. These are at the heart of the right to privacy.

un ancien employé, a parlé de consommation de boissons alcoolisées en milieu de travail, mais le conseil d’arbitrage a jugé que ses déclarations étaient [TRADUCTION] « dépassées » et « non convaincantes ».

[47] Selon le conseil d’arbitrage, ces huit incidents sur une période de 15 ans ne révélaient pas un problème grave de consommation d’alcool en milieu de travail. Il a donc conclu à une [TRADUCTION] « très faible augmentation du risque pour la sécurité découlant de la possibilité qu’un employé ait les capacités affaiblies par l’alcool dans l’exercice de ses fonctions à ce lieu de travail ».

[48] Si l’employeur a fait valoir que la dissuasion constituait un des principaux avantages des tests aléatoires de dépistage d’alcool, le conseil d’arbitrage n’a pas été convaincu de l’effet dissuasif de cette politique à l’usine en cause en l’espèce. La seule preuve présentée à l’appui de la thèse de l’employeur provenait de son témoin expert, selon qui la dissuasion constituait le principal objectif, en théorie, d’une politique relative aux tests aléatoires de dépistage d’alcool. Cependant, le témoin expert ne disposait d’aucun renseignement sur le lieu de travail en question. De l’avis du conseil d’arbitrage, le fait que l’application de cette politique ne s’était traduite par aucun résultat positif en près de deux ans pouvait mener tout autant à la conclusion opposée, à savoir qu’il ne sévissait aucun problème d’alcoolisme en milieu de travail nécessitant de tels moyens dissuasifs.

[49] Dans l’autre plateau de la balance se trouve le droit de l’employé à sa vie privée. Le conseil d’arbitrage a reconnu que l’épreuve de l’éthylomètre constitue un [TRADUCTION] « empiétement considérable » sur le droit à la vie privée qui implique

la contrainte ainsi que la restriction de mouvements. Sous peine de sanction grave, l’employé est tenu de se rendre sans délai au poste muni de l’éthylomètre et doit coopérer en fournissant un échantillon d’haleine. [.] Si on considère l’ensemble des résultats, le régime emporte une perte de liberté et d’autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.

[50] That conclusion is unassailable. Early in the life of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Court recognized that “the use of a person’s body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity” (*R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32). And in *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399, it notably drew no distinction between drug and alcohol testing by urine, blood or breath sample, concluding that the “seizure of bodily samples is highly intrusive and, as this Court has often reaffirmed, it is subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements” (para. 23).

[51] In the end, the expected safety gains to the employer in this case were found by the board to range “from uncertain . . . to minimal at best”, while the impact on employee privacy was found to be much more severe. Consequently, the board concluded that the employer had not demonstrated the requisite problems with dangerousness or increased safety concerns such as workplace alcohol use that would justify universal random testing. Random alcohol testing was therefore held to be an unreasonable exercise of management rights under the collective agreement. I agree.

[52] This is not to say that an employer can never impose random testing in a dangerous workplace. If it represents a proportionate response in light of both legitimate safety concerns and privacy interests, it may well be justified.

[53] Moreover, the employer is not only always free to negotiate drug and alcohol testing policies with the union, as was said in *Nanticoke*, “such an

[50] Cette conclusion est inattaquable. Peu après l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour a reconnu que « l’utilisation du corps d’une personne, sans son consentement, en vue d’obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432). En outre, signalons que, dans l’arrêt *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, la Cour n’a établi aucune distinction entre le prélèvement d’échantillons d’urine, de sang ou d’haleine en vue du dépistage d’alcool ou de drogue et a conclu : « Le prélèvement d’échantillons de substances corporelles est une mesure très envahissante et, comme notre Cour l’a souvent confirmé, il est assujetti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution » (par. 23).

[51] Somme toute, le conseil d’arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l’employeur en l’espèce se situaient dans la fourchette [TRADUCTION] « entre incertains et minimes, au mieux », tandis que, comparativement, l’atteinte à la vie privée des employés était bien plus grave. Par conséquent, le conseil d’arbitrage a conclu que l’employeur n’avait pas démontré, comme il le devait, l’existence de problèmes de dangerosité ou de préoccupations accrues en ce qui a trait à la sécurité comme la consommation d’alcool en milieu de travail qui aurait justifié l’application universelle de tests aléatoires. Partant, le conseil a conclu qu’il s’agissait d’un exercice déraisonnable des droits de la direction au titre de la convention collective. Je suis d’accord.

[52] Cela ne signifie pas que l’employeur ne puisse jamais imposer une politique de tests aléatoires dans un lieu de travail dangereux. S’il s’agit d’une réponse proportionnée, à la lumière tant des préoccupations légitimes quant à la sécurité que du droit à la vie privée, une telle politique pourrait fort bien être justifiée.

[53] Qui plus est, non seulement l’adoption par l’employeur d’une politique de dépistage de drogue et d’alcool peut-elle faire l’objet de négociations

extraordinary incursion into the rights of employees *must* be expressly and clearly negotiated” (para. 101 (emphasis added)). But where, as here, the employer proceeds unilaterally without negotiating with the union, it must comply with the time-honoured requirement of showing reasonable cause before subjecting employees to potential disciplinary consequences. Given the arbitral consensus, an employer would be justifiably pessimistic that a policy unilaterally imposing random alcohol testing in the absence of reasonable cause would survive arbitral scrutiny.

[54] The board’s decision should be approached as an organic whole, without a line-by-line treasure hunt for error (*Newfoundland Nurses*, at para. 14). In the absence of finding that the decision, based on the record, is outside the range of reasonable outcomes, the decision should not be disturbed. In this case, the board’s conclusion was reasonable and ought not to have been disturbed by the reviewing courts.

[55] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

[56] ROTHSTEIN AND MOLDAVER JJ. (dissenting) — Where labour and management fail to agree on the introduction of a new workplace policy, legislatures have delegated the task of adjudicating their dispute to labour arbitrators. In this case, a union challenged management’s proactive adoption of a random alcohol testing policy at a paper mill, which the union accepts is inherently dangerous, carrying risks that go beyond the mill’s four corners. An arbitral board struck down the policy.

avec le syndicat, mais, comme il ressort de la sentence arbitrale *Nanticoke*, [TRADUCTION] « [un] tel empiétement extraordinaire sur les droits des employés *doit* clairement et expressément faire l’objet de négociations » (par. 101 (italiques ajoutés)). Or, lorsque, comme en l’espèce, l’employeur procède plutôt unilatéralement, sans négocier avec le syndicat, il est tenu de démontrer l’existence d’un motif raisonnable — une condition établie de longue date — avant d’assujettir les employés à d’éventuelles sanctions disciplinaires. Vu le consensus qui se dégage de la jurisprudence arbitrale, l’employeur ne saurait s’attendre à ce que la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool qu’il impose unilatéralement sans motif raisonnable survive à l’examen par un arbitre.

[54] Il faudrait considérer la sentence arbitrale comme un tout et s’abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur (*Newfoundland Nurses*, par. 14). En l’absence d’une constatation que la sentence, au vu du dossier, se retrouve en dehors du champ des issues possibles raisonnables, elle ne doit pas être modifiée. En l’espèce, la conclusion du conseil d’arbitrage était raisonnable et les cours siégeant en révision n’auraient pas dû intervenir.

[55] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver rendus par

[56] LES JUGES ROTHSTEIN ET MOLDAVER (dissidents) — Lorsque des travailleurs et leur employeur ne s’entendent pas sur l’introduction d’une nouvelle politique en milieu de travail, les législatures ont délégué aux arbitres la tâche de trancher leur conflit. En l’espèce, le syndicat a contesté l’adoption proactive par la direction d’une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool dans une usine de papier qui, le syndicat en convient, est intrinsèquement dangereuse et comporte des risques qui vont au-delà des limites de l’usine. Le conseil d’arbitrage a annulé la politique.

[57] In striking down the policy, we conclude that the board departed from an arbitral consensus that has attempted to strike a balance between competing interests in privacy and safety in the workplace. The board put its thumb on the scales and upset the careful balance established in the arbitral jurisprudence. In so doing, it came to an unreasonable decision. Accordingly, we respectfully dissent from the majority opinion upholding the board's decision.

I. Overview

[58] Irving Pulp & Paper, Limited ("Irving") operates a paper mill in Saint John, New Brunswick. The mill is located along the banks of the Saint John River, near the point where the river empties into the Bay of Fundy. The mill's operations involve hazardous chemicals and gases, heavy machinery and equipment, high-pressure boilers and steam lines, and high-voltage electric lines. It is uncontroversial that the mill, in normal operation, is a dangerous environment that presents risks not only to the employees of the mill, but also to the public, to property, and to the environment. The evidence discloses that malfunctions at the mill carry "a potential for 'catastrophic failures'" (board's reasons, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL), at para. 101).

[59] On February 1, 2006, Irving adopted a comprehensive policy concerning employee drug and alcohol use at the mill. The company was not unique in this regard. After the Exxon Valdez ran aground in Prince William Sound in 1989, spilling hundreds of thousands of barrels of crude oil into the ocean, Imperial Oil Ltd., the Canadian subsidiary of Exxon Mobil Corporation, began implementing similar policies at its Canadian oil refineries (*Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A. No. 244 (QL) (McAlpine), at para. 5; *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.), at para. 5). The operators of dangerous facilities in a variety of other industries have taken

[57] Selon nous, en annulant ainsi la politique, le conseil a fait abstraction d'un consensus auquel étaient parvenus les arbitres, qui ont tenté de trouver un équilibre entre les intérêts opposés de la vie privée et de la sécurité en milieu de travail. Le conseil a fait pencher la balance et a rompu le juste équilibre établi dans la jurisprudence arbitrale. Ce faisant, il a rendu une décision déraisonnable. Par conséquent, avec égards, nous nous dissocions de l'opinion des juges majoritaires qui maintiennent la décision du conseil.

I. Aperçu

[58] Pâtes & Papier Irving, Limitée (« Irving ») exploite une usine de papier à Saint John, au Nouveau-Brunswick. L'usine est située le long des rives de la rivière Saint-Jean, près de l'endroit où celle-ci se vide dans la baie de Fundy. Les activités de l'usine impliquent l'utilisation de produits chimiques et de gaz dangereux, de machinerie et d'équipement lourds, de chaudières et de conduites de vapeur à haute pression ainsi que de lignes électriques haute tension. L'usine, dans ses activités normales, est un milieu dangereux qui présente des risques non seulement pour les employés de l'usine, mais aussi pour le public, les biens et l'environnement. Cela n'est pas contesté. La preuve démontre que le mauvais fonctionnement de l'usine [TRADUCTION] « risquerait de provoquer des "manquements catastrophiques" » (motifs du conseil, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL), par. 101).

[59] Le 1^{er} février 2006, Irving a adopté une politique exhaustive concernant la consommation de drogue et d'alcool par les employés à l'usine. La société n'est pas la seule à avoir adopté une telle politique. Après le déversement de l'Exxon Valdez dans la baie du Prince William en 1989 qui a entraîné le déversement de centaines de milliers de tonneaux de pétrole brut dans l'océan, Imperial Oil Ltd., la filiale canadienne de l'Exxon Mobil Corporation, a commencé à mettre en œuvre des politiques semblables dans ses raffineries de pétrole canadiennes (*Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A. No. 244 (QL) (McAlpine), par. 5; *Entrop c. Imperial Oil*

similar steps. See, e.g., *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher) (“C.N.R.”) (rail operations); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (“GTAA”) (airport ground operations); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves) (aluminum smelter).

[60] In explaining its decision to employees, Irving said that “the implementation of this policy is one more component of our overall safety program, which minimizes the risks associated with our operations in order to ensure a safe, healthy and productive workplace” (A.R., vol. II, at p. 70). The policy included both proactive and reactive components and addressed various issues from voluntary assessment and rehabilitation to drug and alcohol testing in defined circumstances. One aspect — the one that gave rise to this case — required that employees in designated “Safety Sensitive Positions . . . be subjected to unannounced random tests for alcohol” using a breathalyser (A.R., vol. II, at p. 76 (emphasis added)). A positive test showing a blood alcohol concentration greater than 0.04 percent would lead to disciplinary action, determined on a case-by-case basis. The policy did not provide for random drug testing. It did require testing of employees in safety-sensitive positions for drug or alcohol use after an accident in the workplace (“post-incident” testing) and where there was a reasonable basis to suspect alcohol or drug use or possession (“reasonable cause” testing).

[61] On March 13, 2006, Perley Day, who worked in the mill’s maintenance department in a safety-sensitive position, was informed by his supervisor that he had been randomly selected for a

Ltd. (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.), par. 5). Les exploitants d’établissements dangereux dans divers autres secteurs ont pris des mesures similaires. Voir, p. ex., *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher) (« C.N.R. ») (service ferroviaire); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (« GTAA ») (opérations au sol); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves) (aluminerie).

[60] En expliquant sa décision aux employés, Irving a affirmé que [TRADUCTION] « la mise en œuvre de cette politique est un volet supplémentaire de notre programme de sécurité global qui réduit les risques associés à nos activités afin d’assurer un milieu de travail sûr, sain et productif » (d.a., vol. II, p. 70). La politique comportait des volets tant proactifs que réactifs et portait sur diverses questions, comme l’évaluation volontaire, la réhabilitation et les tests de dépistage d’alcool et de drogue dans des circonstances précises. Un aspect — celui à l’origine du présent pourvoi — exigeait que les employés occupant un [TRADUCTION] « poste à risque [doivent] subir sans préavis des tests aléatoires de dépistage d’alcool » au moyen d’un éthylomètre (d.a., vol. II, p. 76 (nous soulignons)). Un résultat positif démontrant une alcoolémie supérieure à 0,04 pour 100 emportait des sanctions disciplinaires, déterminées au cas par cas. La politique ne prévoyait pas de tests aléatoires de dépistage de drogue. Elle exigeait par ailleurs de faire subir des tests de dépistage de drogue ou d’alcool aux employés occupant un poste à risque après un accident sur le lieu de travail (tests « post-incident ») et lorsqu’il existait un motif raisonnable de soupçonner qu’un employé a consommé de l’alcool ou des drogues ou est en possession de telles substances (tests réalisés pour un « motif raisonnable »).

[61] Le 13 mars 2006, Perley Day — qui travaillait au service d’entretien de l’usine et occupait un poste à risque — a été informé par son superviseur qu’il avait été choisi au hasard pour subir l’épreuve

breathalyser by a computer program managed off-site by an independent third party. This upset Mr. Day, who has been a teetotaler since 1979. He nonetheless went along with the test, because failing to do so could have led to disciplinary action. He tested negative. On April 12, Mr. Day's union, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 ("Union"), filed a grievance with Irving on his behalf. Mr. Day grieved that "there was no reasonable grounds to test or a significant accident or incident which would justify such a measure" (A.R., vol. II, at p. 62). At bottom, Mr. Day objected to the random alcohol testing component of the policy; he had no quibble with those aspects concerned with so-called reasonable cause or post-incident testing.

[62] Mr. Day's grievance ultimately went before a labour arbitration board, where a majority of the board set aside the random alcohol testing portion of the company's policy. The board applied what it understood to be the existing test in the arbitral jurisprudence for review of employer rules concerning drug and alcohol testing and concluded that "[t]he inroads into employee privacy are significant and out of proportion to any benefit, actual or reasonably to be expected to be had by the employer and disclosed by the evidence" (para. 123). On judicial review, the court did not take issue with the board's articulation of the legal test, but it quashed the board's decision because it was "unreasonable in that it is not an outcome which is defensible in the context of their earlier findings regarding the dangerous nature of the workplace and the minimally intrusive nature of the testing" (2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234, at para. 70). On appeal, the New Brunswick Court of Appeal applied a standard of correctness to the board's decision and concluded that the test in the arbitral jurisprudence was flawed because "[e]vidence of an existing alcohol problem in the workplace is unnecessary once the employer's work environment is classified as inherently dangerous" (2011 NBCA 58, 375 N.B.R. (2d) 92, at para. 52). On the strength of its

de l'éthylomètre par un programme informatique géré à l'extérieur de l'usine par un tiers indépendant. Cela a contrarié M. Day qui pratique l'abstinence depuis 1979. Il a néanmoins subi le test, car le défaut de s'y soumettre aurait pu entraîner des sanctions disciplinaires. Le test s'est révélé négatif. Le 12 avril, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 (« syndicat ») qui représente M. Day a déposé un grief en son nom. M. Day a affirmé que [TRADUCTION] « l'employeur n'avait aucun motif raisonnable lui permettant de procéder au test, et aucun accident ni incident importants n'est survenu pour justifier une telle mesure » (d.a., vol. II, p. 62). Au fond, M. Day s'opposait au volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool; il ne contestait pas les aspects concernant les tests réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident.

[62] Le grief de M. Day s'est ultimement rendu devant un conseil d'arbitrage, dont la majorité a annulé le volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool. Le conseil a appliqué ce qu'il croyait être le critère applicable selon la jurisprudence arbitrale pour examiner les règles de l'employeur en matière de tests de dépistage de drogue et d'alcool et a conclu que [TRADUCTION] « [I]l'empêtement sur la vie privée de l'employé est considérable et disproportionné par rapport à l'avantage — véritable ou vraisemblable — qu'il procurera à l'employeur selon la preuve » (par. 123). Dans le cadre du contrôle judiciaire, le tribunal n'a pas contesté la formulation, par le conseil, du critère juridique, mais a annulé sa décision parce qu'elle était « déraisonnable [. . .] en ce sens qu'elle n'est pas une issue qui peut se justifier dans le contexte de ses conclusions antérieures sur le danger que présente le lieu de travail et sur l'atteinte minimale portée par les tests de dépistage » (2010 NBBR 294, 367 R.N.-B. (2^e) 234, par. 70). En appel, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a appliqué la norme de la décision correcte à la sentence du conseil et a conclu que le critère énoncé dans la jurisprudence arbitrale était mal fondé parce que « [I]l a preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail est inutile dès lors que le

new test, the Court of Appeal found the board's decision incorrect and thus dismissed the appeal.

[63] We would affirm the decisions of the two courts below quashing the board's decision, but do so for different reasons. We agree with the majority that the appropriate standard of review is reasonableness. In our view, however, the board made two findings that are fatal to the reasonableness of its decision. First, though purporting to apply the test emerging from the arbitral consensus, the board misstated an element of the test that was essential to its ultimate decision. More specifically, the board elevated the threshold of evidence that Irving was required to lead in order to justify its random alcohol testing policy, but it offered no reason for doing so. Second, in applying the evidentiary element of the test, the board supported its conclusion by making an unreasonable inference from the factual record. Because these findings rendered the board's decision unreasonable, we would dismiss the appeal and affirm the order of the court below quashing the board's decision.

II. Analysis

[64] At the heart of the dispute between Irving and the Union is the quantum of evidence that the operator of a dangerous workplace is required to introduce before it can exercise its management rights under the parties' collective agreement to adopt a proactive (that is, random) as opposed to a reactive (that is, a reasonable cause or post-incident) alcohol testing policy. In our view, the consensus reflected in the arbitral jurisprudence provides an answer to that question. Before turning to that jurisprudence and the board's departure from it, we begin our analysis with the standard of review, which occupied much attention at the Court of Appeal and before this Court.

milieu de travail de l'employeur est classé dans la catégorie des milieux dangereux par nature » (2011 NBCA 58, 375 R.N.-B. (2^e) 92, par. 52). Sur la foi de ce nouveau critère, la Cour d'appel a conclu que la décision du conseil était mal fondée et a donc rejeté le pourvoi.

[63] Nous sommes d'avis de confirmer les décisions des deux tribunaux d'instance inférieure annulant la décision du conseil, mais pour des raisons différentes. Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. À notre avis toutefois, le conseil a tiré deux conclusions qui sont fatales pour le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, bien qu'il ait prétendu avoir appliqué le critère découlant du consensus arbitral, le conseil en a dénaturé un élément qui était essentiel à sa décision définitive. Plus particulièrement, le conseil a élevé le seuil de preuve qu'Irving était tenue de présenter afin de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool, sans toutefois motiver sa décision. Deuxièmement, en appliquant le volet du critère portant sur la preuve, le conseil a étayé sa conclusion en tirant une inférence déraisonnable des faits de l'espèce. Comme ces conclusions ont rendu la décision du conseil déraisonnable, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, de confirmer la décision de la cour d'instance inférieure et d'annuler la décision du conseil d'arbitrage.

II. Analyse

[64] Le conflit entre Irving et le syndicat porte essentiellement sur la quantité d'éléments de preuve que l'exploitant d'un lieu de travail dangereux est tenu de présenter avant de pouvoir exercer le droit de la direction prévu à la convention collective applicable aux parties d'adopter une politique de dépistage d'alcool proactive (c'est-à-dire aléatoire) plutôt que réactive (c'est-à-dire pour un motif raisonnable ou post-incident). À notre avis, le consensus établi par la jurisprudence arbitrale fournit la réponse à cette question. Avant de nous pencher sur cette jurisprudence et sur le défaut du conseil de s'y conformer, nous commencerons par analyser la norme de contrôle, qui a beaucoup retenu l'attention de la Cour d'appel et de la Cour.

A. *The Standard of Review for Labour Arbitration Awards Is Reasonableness*

[65] There is no question in this case about the appropriate standard of review: it is reasonableness. As Fish J. emphasized for a unanimous Court only two years ago, “[p]revailing case law clearly establishes that arbitral awards under a collective agreement are subject, as a general rule, to the reasonableness standard of review” (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 31). This case is no exception.

[66] The Court of Appeal’s conclusion that a standard of correctness is warranted in this case rests, at bottom, on its assertion that “at its core this appeal is of importance to the public at large” (para. 56). With respect, the prospect that this dispute may be of wider public concern because of the risks posed by the mill cannot, on its own, transform the legal question here into a “questio[n] of law that [is] of central importance to the legal system as a whole and that [is] outside the adjudicator’s expertise” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30, citing *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18; see also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 55 and 60). On the contrary, this case asks whether management’s exercise of its unilateral rule-making power can be justified under a collective agreement. That question is plainly part of labour arbitrators’ bread and butter. This dispute has little *legal* consequence outside the sphere of labour law and that, not its potential real-world consequences, determines the applicable standard of review.

[67] The privileged position of labour arbitrators is a product of “their distinctive role in fostering peace in industrial relations” (*Nor-Man*, at para. 47),

A. *La norme de contrôle des sentences arbitrales est celle du caractère raisonnable*

[65] La norme de contrôle applicable en l’espèce ne fait aucun doute : il s’agit de celle du caractère raisonnable. Comme l’a souligné le juge Fish au nom de la Cour unanime il y a à peine deux ans, « [l]a jurisprudence dominante établit clairement que, règle générale, les sentences arbitrales rendues en vertu d’une convention collective sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonnabilité » (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 31). L’espèce ne fait pas exception.

[66] La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la norme de la décision correcte est justifiée en l’espèce repose, au fond, sur son affirmation que « fondamentalement, le présent appel est d’importance pour le grand public » (par. 56). À notre humble avis, la perspective que le présent conflit puisse être d’intérêt public général en raison des risques que présente l’usine ne peut, à elle seule, transformer la question juridique en l’espèce en une « questio[n] de droit qui revêt[t] une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui [est] étrangèr[e] au domaine d’expertise du décideur » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30, citant *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18; voir également *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 55 et 60). Au contraire, il s’agit de déterminer si la direction est justifiée, par application d’une convention collective, d’exercer un pouvoir décisionnel unilatéral. Cette question fait manifestement partie du champ d’expertise des arbitres. Le présent conflit a peu de conséquences *juridiques* en dehors du droit du travail et c’est ce qui détermine la norme de contrôle applicable, et non ses conséquences possibles dans le monde réel.

[67] La position privilégiée des arbitres résulte de « leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles » (*Nor-Man*, par. 47),

which “is important . . . to society as a whole” (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 36). Since at least *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, this Court has been unequivocal in emphasizing the respect that courts must show for the legislative choice to delegate such decisions to labour arbitration boards. As Estey J. observed:

The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations . . .

What is left is an attitude of judicial deference to the arbitration process. . . . It is based on the idea that if the courts are available to the parties as an alternative forum, violence is done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting. Arbitration . . . is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for resolution of disputes arising under collective agreements. [Emphasis added; pp. 718-21.]

[68] As a consequence of this legislative choice, labour arbitrators are entitled to a “protected zone of deference” (*Nor-Man*, at para. 43) in which the courts should not willingly enter as competing “arbiters of labour policy” (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1005, *per* La Forest J.). That is especially so because unwarranted judicial intervention risks short-circuiting negotiations between management and labour by delivering through judicial fiat what the legislature has said should be subject to collective bargaining between the parties.

[69] The Court of Appeal was of the view that “[a]s 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

paix qui « est importante pour [. . .] l’ensemble de la société » (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 36). Depuis au moins l’arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, la Cour a souligné sans équivoque le respect que les tribunaux doivent démontrer à l’égard du choix du législateur de déléguer de telles décisions à des conseils d’arbitrage. Comme l’a fait observer le juge Estey :

L’attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail . . .

Il en reste une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d’arbitrage. [. . .] Ce respect est fondé sur l’idée que si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. L’arbitrage [. . .] constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la législature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives. [Nous soulignons; p. 718-721.]

[68] En raison de ce choix législatif, les questions auxquelles répondent les arbitres « commandent la déférence » (*Nor-Man*, par. 43), et les tribunaux ne devraient pas intervenir avec désinvolture et agir en tant qu’« arbitres d’une politique de travail » (*CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1005, le juge La Forest). Cela est particulièrement vrai du fait qu’une intervention judiciaire non justifiée risque de court-circuiter les négociations entre la direction et les travailleurs puisque les tribunaux formuleraient, par décision judiciaire, ce qui, selon le législateur, devrait être le fruit de la négociation collective entre les parties.

[69] La Cour d’appel était d’avis que « [p]our 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

mandatory random alcohol testing” (para. 52 (emphasis added; emphasis in original deleted)). We respectfully disagree. That policy choice is one that the Legislative Assembly of New Brunswick has delegated to the collective bargaining process and, where disputes emerge, to labour arbitrators, whose decisions the legislature has shielded with a privative clause. See *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 32(1), 55(1) and 77(1).¹

[70] Reasonable people may well differ about the wisdom of the legislative choice to entrust labour arbitrators — or courts, for that matter — with a policy-making function that potentially carries serious repercussions for public safety and the environment. One leading arbitrator has suggested that the “sensitive treatment” of drug and alcohol testing policies by arbitral boards and human rights tribunals “has given a sufficiently fair and balanced protection to the interests of both employees and employers, so as to avoid the need for the more blunt and draconian alternative of legislative regulation” (*C.N.R.*, at p. 366 (emphasis added)). That may well be the case.

[71] But the fact that the *public interest* — not merely that of employer and employee — is relevant in cases such as this one may counsel a reassessment of the legislative choice to delegate policy-making for drug and alcohol testing to the collective bargaining process and to labour arbitrators. It is one thing for employers and employees

¹ The federal government has similarly adopted a hands-off approach. In response to the government’s announcement of a national drug strategy, Parliament undertook a comprehensive study of drug and alcohol issues in 1986-87. The report of the standing committee charged with studying the matter recommended that “employers not introduce mass or random drug [or alcohol] screening” in the workplace (Standing Committee on National Health and Welfare, “‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”, No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., October 1987, at p. 25). The government accepted that recommendation (Minister of National Health and Welfare, “Government Response to the Report of the Standing Committee on ‘Booze, Pills & Dope’” (March 1988), at p. 8) and there remains no federal legislation on drug or alcohol testing in the workplace.

politique prescrivant des tests obligatoires et aléatoires de dépistage d’alcool » (par. 52 (nous soulignons; soulignement dans l’original omis)). En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. Il s’agit d’un choix de politique que l’Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a délégué aux parties au processus de négociation collective et, lorsque des conflits surviennent, aux arbitres, dont les décisions sont protégées par une clause privative. Voir la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, par. 32(1), 55(1) et 77(1)¹.

[70] Des personnes raisonnables pourraient remettre en question le choix du législateur de confier aux arbitres — ou aux tribunaux d’ailleurs — la fonction d’adopter des politiques qui pourraient avoir des répercussions graves sur la sécurité publique et l’environnement. Un éminent arbitre a indiqué que le [TRADUCTION] « traitement habile » des politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool par les conseils d’arbitrage et les tribunaux des droits de la personne « a fourni une protection suffisamment juste et équilibrée aux intérêts tant des employés que des employeurs, afin d’éviter la nécessité de recourir à la réglementation législative, une solution plus brusque et draconienne » (*C.N.R.*, p. 366 (nous soulignons)). Cela pourrait bien être le cas.

[71] Cependant, la reconnaissance que l’*intérêt du public* — et non simplement celui de l’employeur et de l’employé — est pertinent dans des cas comme celui dont nous sommes saisis peut commander une réévaluation du choix du législateur de déléguer aux arbitres et responsables du processus de négociations collectives l’adoption de politiques de tests

¹ De même, le gouvernement fédéral a adopté une approche passive. En réponse à l’annonce du gouvernement d’une stratégie nationale antidrogue, le Parlement a réalisé une étude complète sur les problèmes de drogue et d’alcool dans les années 1986-1987. Le rapport du comité permanent chargé d’étudier la question a recommandé que « les employeurs ne soumettent pas [leurs employés] à des tests de dépistage des drogues [ou d’alcool] » dans le lieu de travail (Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social, « Boisson, pilules et drogue : comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2^e sess., 33^e lég., octobre 1987, p. 31). Le gouvernement a accepté cette recommandation (ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, « Réponse du gouvernement au premier rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue » (mars 1988), p. 8), et il ne reste plus aucune législation fédérale sur les tests de dépistage de drogue ou d’alcool en milieu de travail.

to negotiate a balance as they see fit with respect to their own privacy and safety. It is a different matter, however, to leave the public interest to the vicissitudes of the bargaining table. Of course, it would be counterintuitive to suggest that employees do not care for their own safety or, indeed, the safety of their neighbours. The point is simply that employees, employers, and the public may each strike the balance between privacy and safety differently. And where disputes between employers and employees emerge, it is not immediately apparent to us why an adjudicative body that is expert in the resolution of private labour disputes, but not in weighing broader considerations concerning the safety and environmental interests of the public at large, is best positioned to serve as the guardian of the public interest. Indeed, nothing in the relevant legislation even requires, let alone suggests, that labour arbitrators should assume this role.

[72] The New Brunswick legislature has within the scope of its legislative authority the power to take drug and alcohol testing outside the purview of the collective bargaining process, as some other legislative bodies have done in certain contexts. See, e.g., *Code of Federal Regulations*, 49 C.F.R. Part 382 (United States); *Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012*, No. 662 (New South Wales); *Railway Safety Act 2005* (Ireland). Indeed, some experts have suggested there is an “overwhelming argument” in this country for “legislative direction and definition that would add consistency, uniformity of meaning, and predictability for all workplace stakeholders” (N. Keith and A. J. Wiggins, *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse* (2008), at p. 240). That decision, however, is one for the New Brunswick legislature and not for this Court — no matter how strongly we might favour such a step.

de dépistage de drogue et d’alcool. C’est une chose que les employeurs et les employés négocient ce qu’ils estiment être un juste équilibre quant à leur vie privée et leur sécurité. C’en est une autre, cependant, que l’intérêt du public soit soumis aux aléas de la table de négociation. Bien sûr, il serait contre-intuitif de suggérer que les employés ne se préoccupent pas de leur propre bien-être ni, d’ailleurs, de la sécurité de leurs voisins. L’idée, c’est simplement que les employés, les employeurs et le public peuvent chacun mettre en balance à leur façon les questions relatives à la vie privée et celles touchant à la sécurité. Qui plus est, quand surviennent des différends entre les employeurs et les employés, il ne nous apparaît pas clairement pourquoi un organisme d’arbitrage qualifié pour régler des conflits de travail privés, mais non pour mettre en balance des considérations plus générales concernant les intérêts du public en général en matière de sécurité et d’environnement, serait mieux placé pour agir comme gardien de l’intérêt du public. En effet, rien dans la législation pertinente ne requiert, et encore moins ne suggère, que les arbitres du travail devraient assumer ce rôle.

[72] Dans l’exercice de son pouvoir législatif, le législateur du Nouveau-Brunswick a le pouvoir de soustraire les tests de dépistage de drogue et d’alcool au processus de négociation collective, comme d’autres organes législatifs l’ont fait dans certains contextes. Voir, p. ex., *Code of Federal Regulations*, 49 C.F.R. Part 382 (États-Unis); *Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012*, No. 662 (Nouvelle-Galles du Sud); *Railway Safety Act 2005* (Irlande). En effet, certains experts ont indiqué qu’il est évident dans notre pays qu’[TRADUCTION] « une directive et une définition législatives ajouteraient de la cohérence, de l’uniformité et de la prévisibilité pour tous les intervenants du milieu de travail » (N. Keith et A. J. Wiggins, *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace : An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse* (2008), p. 240). Cette décision revient toutefois au législateur du Nouveau-Brunswick et non à la Cour — aussi enclins que nous puissions être à favoriser l’adoption d’une telle mesure.

[73] Nevertheless, under reasonableness review there is a difference between judicial abdication and judicial restraint. We reiterate that “the domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless” (*Nor-Man*, at para. 52). To the extent a particular arbitral award is unreasonable — as we would hold the award here is — it remains liable to being set aside on judicial review.

B. *The Role of Arbitral Consensus in Defining the “Range of Reasonable Outcomes”*

[74] In recent years, this Court has emphasized that reasonableness is “a single standard that takes its colour from the context” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; see also *Alberta Teachers*, at para. 47). The factual and legal context in which a decision is made is critical to assessing its reasonableness for the simple reason that “[r]easonableness is not a quality that exists in isolation” (*Paccar*, at p. 1018, *per* Sopinka J.). Rather, when a reviewing court brands a decision as “reasonable” or “unreasonable”, it is necessarily making a conclusion about the relationship between the ultimate decision and the facts and law that underlie it. The context of a decision thus shapes the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47) or, more simply, the “range of reasonable outcomes” (*Khosa*, at para. 4).

[75] The context of this case is informed in no small part by the wealth of arbitral jurisprudence concerning the unilateral exercise of management rights arising under a collective agreement in the interests of workplace safety. We will say more about the “balancing of interests” test that has emerged from that jurisprudence in a moment, but for now the salient point is that arbitral precedents *in previous cases* shape the contours of what qualifies as a reasonable decision *in this case*. In that regard, we agree with our colleague, Abella J., who describes this “remarkably consistent arbitral jurisprudence” as “a valuable benchmark against which

[73] Quoi qu’il en soit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable, il existe une différence entre la renonciation judiciaire et la retenue judiciaire. Nous réitérons que « la sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n'est nullement dépourvue de limites » (*Nor-Man*, par. 52). Dans la mesure où une sentence arbitrale donnée est déraisonnable — comme c'est le cas, à notre avis, de la sentence en l'espèce —, elle est susceptible d'être annulée à l'issue du contrôle judiciaire.

B. *Le rôle du consensus arbitral dans la définition des « issues raisonnables possibles »*

[74] Au cours des dernières années, la Cour a souligné que la raisonnable « constitue une norme unique qui s'adapte au contexte » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; voir également *Alberta Teachers*, par. 47). Le contexte factuel et juridique dans lequel une décision est rendue est crucial pour évaluer sa raisonnable, pour la simple raison que « [l]e caractère raisonnable n'existe pas dans l'absolu » (*Paccar*, p. 1018, le juge Sopinka). Au contraire, lorsque le tribunal de révision qualifie une décision de « raisonnable » ou de « déraisonnable », il tire nécessairement une conclusion concernant la relation entre la décision définitive, d'une part, et les faits et le droit qui la sous-tendent, d'autre part. Le contexte d'une décision influence ainsi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47) ou, plus simplement, les « issues raisonnables possibles » (*Khosa*, par. 4).

[75] Le contexte de l'espèce repose en grande partie sur l'abondante jurisprudence arbitrale portant sur l'exercice unilatéral des droits de la direction découlant d'une convention collective dans l'intérêt de la sécurité du lieu de travail. Nous reviendrons sur le critère de la « mise en balance des intérêts » qui s'est dégagé de cette jurisprudence dans un moment, mais, pour l'instant, ce qui importe c'est que les précédents en matière d'arbitrage *dans les décisions antérieures* circonscrivent en quoi consiste une décision raisonnable *en l'espèce*. À cet égard, nous sommes d'accord avec notre collègue, la juge Abella, qui décrit cette « jurisprudence arbitrale

to assess the arbitration board's decision in this case" (paras. 16 and 6).

[76] The arbitral cases themselves stress the importance of arbitral consensus in shaping subsequent awards. For example, in *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193, Arbitrator Lynk spoke of a "common law" of the unionized workplace" and observed:

While statutes and collective agreements form the foundation for the law of the unionized workplace in Ontario today, as well as providing the source for arbitral authority, any statement on the scope of labour arbitration law would be deficient and incomplete without also including the interpretative function that arbitration awards play in building upon and adding to the law on workplace relations. When an arbitral rule or principle has emerged through industrial relations practice and become broadly accepted in a series of arbitration awards, then, even though the governing statute, the broader common law and the collective agreement may be silent on the matter, this principle at some point crystallizes and becomes part of the law of the unionized workplace. The duty of management to act fairly and reasonably, the estoppel doctrine, the *KVP* principle on company rules and the doctrine of the culminating incident, to name but only a few, have all become part of the legal regime of the workplace through the arbitral "common law". [Emphasis added; pp. 206-7.]

[77] Thus no arbitral board is an island unto itself. As it is with the common law, which matures with the benefit of experience acquired one case at a time, so it is with the arbitral jurisprudence. Indeed, in this case, the arbitral board cited multiple prior arbitral awards for the proposition that Mr. Day had a right to privacy in his workplace (para. 19, citing *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257 (Veniot), which referred to *Prestressed Systems; Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac*

remarquablement constante » comme « une référence utile pour évaluer la décision du conseil d'arbitrage en l'espèce » (par. 16 et 6).

[76] Les décisions arbitrales elles-mêmes soulignent l'importance du consensus arbitral dans la détermination des sentences subséquentes. Par exemple, dans *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193, l'arbitre Lynk a parlé d'une [TRADUCTION] « "common law" applicable au milieu de travail syndiqué » et a observé ce qui suit :

Bien que les lois et les conventions collectives servent de fondement à la loi du milieu de travail syndiqué en Ontario aujourd'hui, et soient également à l'origine des pouvoirs de l'arbitre, toute déclaration sur la portée du droit de l'arbitrage serait déficiente et incomplète si l'on ne tenait pas compte également de la fonction interpré- tative que jouent les sentences arbitrales en s'appuyant sur le droit en matière de relations de travail et en contribuant à l'élaborer. Lorsqu'une règle ou un principe arbitral se dégage de la pratique des relations industrielles et devient généralement accepté par plusieurs sentences arbitrales — même si la loi applicable, la common law et la convention collective sont muettes à cet égard — ce principe se matérialise à un certain moment et fait ensuite partie de la loi du milieu de travail syndiqué. L'obligation de la direction d'agir de façon équitable et raisonnable, la théorie de l'estoppel, le principe découlant de la sentence arbitrale *KVP* sur les règles des sociétés ainsi que la doctrine de l'incident déterminant, pour ne nommer que ceux-là, font tous désormais partie du régime juridique du milieu de travail et y ont accédé par le truchement de la « common law » en matière d'arbitrage. [Nous soulignons; p. 206-207.]

[77] Par conséquent, aucun conseil d'arbitrage n'est isolé du reste du monde. Comme dans le cas de la common law, la jurisprudence arbitrale mûrit avec l'expérience acquise, une décision à la fois. D'ailleurs, en l'espèce, le conseil d'arbitrage a cité de multiples sentences arbitrales antérieures pour affirmer que M. Day avait droit à la protection de sa vie privée dans son lieu de travail (par. 19, citant *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257 (Veniot), qui a fait référence à *Prestressed Systems; Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac*

Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re) (1999), 88 L.A.C. (4th) 237 (Burkett)).

[78] Respect for prior arbitral decisions is not simply a nicety to be observed when convenient. On the contrary, where arbitral consensus exists, it raises a presumption — for the parties, labour arbitrators, and the courts — that subsequent arbitral decisions will follow those precedents. Consistent rules and decisions are fundamental to the rule of law. As Professor Weiler, a leading authority in this area, observed in *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332:

This board is not bound by any strict rule of *stare decisis* to follow a decision of another board in a different bargaining relationship. Yet the demand of predictability, objectivity, and impersonality in arbitration require that rules which are established in earlier cases be followed unless they can be fairly distinguished or unless they appear to be unreasonable. [Emphasis added; p. 344.]

See, also D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), at topic 1:3200 (including discussion of the “Presumption Resulting From Arbitral Consensus”); R. M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4th ed. 2009), at p. 51 (identifying Professor Weiler’s view as “typical”).

[79] Thus, while arbitrators are free to depart from relevant arbitral consensus and march to a different tune, it is incumbent on them to explain their basis for doing so. As this Court has stressed, “reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” (*Dunsmuir*, at para. 47). Because judges are not mind readers, without some explanation, whether implicit or explicit, for a board’s departure from the arbitral consensus, it is difficult to see how a “reviewing court

Employees, Local 647 (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237 (Burkett)).

[78] Le respect des décisions arbitrales antérieures n’est pas simplement une politesse à observer lorsque cela nous convient. Au contraire, lorsqu’il y a consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes se conformeront à ces précédents. L’uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. Comme l’a fait observer le professeur Weiler, une référence incontournable en la matière, dans *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332 :

[TRADUCTION] Le conseil n'est pas tenu par une règle stricte du *stare decisis* de suivre la décision d'un autre conseil dans une relation de négociation différente. Cela dit, l'exigence de la prévisibilité, de l'objectivité et du caractère impersonnel dans l'arbitrage requiert que les règles établies dans des décisions antérieures soient suivies à moins, d'une part, que l'on puisse établir une distinction entre le cas qui nous occupe et ces décisions antérieures ou, d'autre part, que ces décisions semblent déraisonnables. [Nous soulignons; p. 344.]

Voir également D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), sujet 1:3200 (y compris une analyse de la [TRADUCTION] « Présomption découlant du consensus arbitral »); R. M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4^e éd. 2009), p. 51 (qui qualifie l’opinion du professeur Weiler de [TRADUCTION] « typique »).

[79] Par conséquent, bien que les arbitres soient libres de faire abstraction du consensus arbitral applicable et d’adopter une opinion différente, il leur incombe d’expliquer le fondement de leur décision. Comme l’a souligné la Cour, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir*, par. 47). Puisque les juges ne sont pas des télépathes, il est difficile de voir comment une « cour de révision [pourrait] comprendre le fondement de la décision

[could] understand why the [board] made its decision” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Reasonableness review includes the ability of courts to question for consistency where, in cases like this one, there is no apparent basis for implying a rationale for an inconsistency.

[80] In this case, as we will explain, the board departed from the legal test emerging from the arbitral consensus by elevating the threshold of evidence Irving was required to introduce in order to justify a policy of random alcohol testing. The board, however, offered no explanation — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for doing so. In the absence of any explanation whatsoever, we are unable to understand why the board thought it reasonable to do what it did. In the circumstances of this case, its decision thus fell outside the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law.

C. The Arbitral Jurisprudence Reveals a Consensus on Assessing Workplace Drug and Alcohol Policies

[81] The arbitral jurisprudence does not recognize an unqualified right of employers to unilaterally impose workplace rules on their employees outside of the collective bargaining process. Rather, the onus is on the employer to justify such rules based on compliance with standards first articulated in the seminal arbitral decision of *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The “KVP test” has six distinct elements, the primary one being that the rule must be reasonable. In this case, the only question was the reasonableness of the rule (board’s reasons, at para. 30). Before this Court, neither party challenges the applicability or reasonableness of the KVP test and we therefore accept it as establishing the guiding framework for analysis for the purposes of the present appeal.

du [conseil] » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16) sans que ce dernier explique, implicitement ou explicitement, pourquoi il a fait abstraction du consensus arbitral. Le contrôle judiciaire du caractère raisonnable comprend la capacité pour les tribunaux de se questionner sur l’opportunité de se conformer ou non au consensus lorsque, dans les cas comme celui qui nous occupe, il n’existe aucun fondement apparent pour déduire qu’il serait logique de ne pas le suivre.

[80] En l’espèce, comme nous l’expliquerons plus loin, le conseil a dérogé au critère juridique s’étant dégagé du consensus arbitral en élevant le seuil de preuve qu’Irving était tenue de présenter pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Toutefois, le conseil n’a pas expliqué — implicitement ou explicitement, de façon raisonnable ou déraisonnable — pourquoi il a agi ainsi. En l’absence d’une quelconque explication, nous ne pouvons comprendre pourquoi le conseil pensait qu’il était raisonnable d’agir comme il l’a fait. Dans les circonstances de l’espèce, sa décision n’appartenait donc pas aux issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

C. La jurisprudence arbitrale révèle un consensus sur l’évaluation des politiques en matière de drogue et d’alcool en milieu de travail

[81] La jurisprudence arbitrale ne reconnaît aucun droit absolu aux employeurs d’imposer unilatéralement des règles en milieu de travail à leurs employés en dehors du processus de négociation collective. Il incombe plutôt à l’employeur de justifier de telles règles sur le fondement du respect des normes énoncées pour la première fois dans la décision arbitrale phare *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). Le « critère énoncé dans KVP » prévoit six éléments distincts, le principal étant que la règle doit être raisonnable. En l’espèce, seule la question de la raisonnableté de la règle était soulevée (motifs du conseil, par. 30). Devant la Cour, aucune des parties n’a contesté l’applicabilité ou la raisonnableté du critère énoncé dans KVP et nous estimons, par conséquent, qu’il établit le cadre d’orientation de l’analyse aux fins du présent pourvoi.

[82] The rather abstract concept of *KVP* reasonableness has been given shape in various contexts, including drug and alcohol testing policies, by a further “balancing of interests” test (see, e.g., *Esso Petroleum*, at para. 73; *C.N.R.*, at pp. 367-69). The test recognizes that an employee’s right to privacy is “a core workplace value, albeit one that is not absolute” (*Trimac*, at p. 260). Accordingly, the test seeks to determine “the extent to which mandatory random drug [or alcohol] testing furthers the objective of a safe and productive workplace and a corresponding assessment of the extent to which it invades individual privacy” (*Trimac*, at p. 259). Again, before this Court, neither party challenges the applicability or reasonableness of the balancing of interests test. They do, however, have divergent understandings as to what it actually requires in the circumstances of this case. Accordingly, in what follows, we review the relevant jurisprudence in some detail.

(1) What Is the Appropriate Test in These Circumstances?

[83] A measure of precision is required when discussing the relevant arbitral jurisprudence in the area of drug and alcohol testing because there are different testing scenarios, with different tests applying depending on the rule an employer seeks to justify. First, one must distinguish between testing for drugs from that for alcohol. Second, one must distinguish reasonable cause or post-incident testing from random testing. Taking both distinctions together, the matrix of possible options reveals four distinct testing scenarios: reasonable cause/post-incident drug testing, reasonable cause/post-incident alcohol testing, random drug testing, and random alcohol testing.

[82] La notion plutôt abstraite de la raisonnableté énoncée dans *KVP* a été raffinée dans divers contextes, notamment dans celui de politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool, par un autre critère, celui de la « mise en balance des intérêts » (voir, p. ex., *Esso Petroleum*, par. 73; *C.N.R.*, p. 367-369). Ce critère reconnaît que le droit d’un employé à la protection de sa vie privée est [TRADUCTION] « une valeur essentielle du lieu de travail, bien qu’elle ne soit pas absolue » (*Trimac*, p. 260). Par conséquent, le critère vise à déterminer « la mesure dans laquelle les tests obligatoires et aléatoires de dépistage de drogue [ou d’alcool] favorisent l’objectif d’un lieu de travail sécuritaire et productif » ainsi que « la mesure dans laquelle les tests violent la vie privée » (*Trimac*, p. 259). Là encore, devant la Cour, aucune des parties n’a contesté l’applicabilité ou la raisonnableté du critère de la mise en balance des intérêts. Elles n’abondent toutefois pas dans le même sens en ce qui concerne les exigences du critère dans les circonstances de l’espèce. Par conséquent, dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons la jurisprudence applicable de façon assez détaillée.

(1) Quel est le critère applicable dans ces circonstances?

[83] Il faut faire preuve de précision dans l’analyse de la jurisprudence arbitrale applicable en matière de tests de dépistage de drogue et d’alcool, car il existe différents scénarios d’examens possibles, avec des critères différents qui s’appliquent selon la règle que l’employeur cherche à justifier. Premièrement, il faut établir une distinction entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d’alcool. Deuxièmement, il faut établir une distinction entre les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident et les tests aléatoires de dépistage. Compte tenu de ces deux distinctions, il existe quatre scénarios distincts d’examen : les tests de dépistage de drogue réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident, les tests de dépistage d’alcool réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident, les tests aléatoires de dépistage de drogue ainsi que les tests aléatoires de dépistage d’alcool.

[84] The Irving policy that spawned the grievance in this case addressed reasonable cause and post-incident testing for *both* drugs and alcohol, as follows:

Post-incident: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subject to post-incident tests for alcohol and drugs. After a work-related accident or other incident (an “Incident”) the decision to refer an Employee(s) for a test will be made by an on-site Supervisor investigating the Incident, in conjunction with a second person (a health professional, another Supervisor, or Company Security) wherever practicable.

Reasonable Cause: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subject to reasonable cause tests for alcohol and drugs. Where the Company determines there is reasonable cause to suspect alcohol or other drug use or possession in violation of this policy, testing will be performed. The decision to test shall be made by a Supervisor, in conjunction with a second person (e.g. another Supervisor or Company Security) wherever practicable. The decision will be based on specific, personal and documented observations resulting from, but not limited to:

- observed use or evidence of use of a substance (e.g. smell of alcohol);
- erratic or atypical behaviour of the Employee;
- changes in the physical appearance of the Employee;
- changes in behaviour of the Employee; or
- changes in the speech patterns of the Employee. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 75-76.]

[85] In contrast, the random portion of the policy was concerned *only* with alcohol testing and it is *that* portion — and only that portion — of the policy that is subject to the instant grievance:

[84] La politique d’Irving à l’origine du grief en l’espèce portait sur les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident *tant* pour les drogues que pour l’alcool :

[TRADUCTION] Post-incident : Les employés occupant un poste à risque devront subir des tests de dépistage d’alcool et de drogue post-incident. Après un accident de travail ou un autre incident (un « incident »), la décision de faire subir un test de dépistage à un employé sera prise par un superviseur sur place qui fera enquête sur l’incident, conjointement avec une deuxième personne (un professionnel de la santé, un autre superviseur ou un agent de sécurité) dans la mesure du possible.

Motif raisonnable : Les employés occupant un poste à risque devront subir des tests de dépistage d’alcool et de drogue pour un motif raisonnable. Lorsque la société détermine qu’il existe un motif raisonnable de soupçonner qu’un employé consomme de l’alcool ou de la drogue ou est en possession d’alcool ou de drogue en contravention de la présente politique, le test de dépistage sera effectué. La décision de faire subir un test à un employé est prise par un superviseur, conjointement avec une deuxième personne (p. ex. un autre superviseur ou un agent de sécurité) dans la mesure du possible. La décision sera fondée sur des observations précises, personnelles et documentées découlant, entre autres :

- de la consommation observée ou de la preuve de la consommation d’une substance (p. ex. odeur d’alcool);
- du comportement erratique ou atypique de l’employé;
- des changements dans l’apparence physique de l’employé;
- des changements dans le comportement de l’employé;
- des changements dans la façon de s’exprimer de l’employé. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 75-76.]

[85] En revanche, le volet aléatoire de la politique portait *uniquement* sur les tests de dépistage d’alcool, et c’est ce volet de la politique — et uniquement ce volet — qui fait l’objet du présent grief :

Random Testing: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subjected to unannounced random tests for alcohol. In addition, applicants to a Safety Sensitive Position must pass an alcohol and/or drug test before entry to the position or re-entry to the position where they have participated in a treatment program. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 76.]

It bears noting the language for each of these three provisions is similar to those used in other drug and alcohol testing policies.

[86] Turning to the first distinction mentioned above, between drug and alcohol testing, the cases recognize that testing for alcohol “stand[s] on a different footing” from testing for drugs (*Entrop*, at para. 106).² For example, alcohol tests are usually conducted with a breathalyser, which provides an immediate result concerning present alcohol impairment in a minimally invasive manner. Though drug testing technology has advanced, it does not provide an immediate detection of drug impairment, which may affect the determination of whether it is reasonably necessary to ensure safety in the workplace (*Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668, at para. 61).

[TRADUCTION] Tests aléatoires : Les employés occupant un poste à risque devront subir sans préavis des tests aléatoires de dépistage d’alcool. De plus, les candidats à un poste à risque devront subir un test de dépistage d’alcool et/ou de drogue avant leur entrée en fonction ou avant leur retour après avoir suivi un traitement. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 76.]

Il convient de souligner que le libellé de chacune de ces trois dispositions est semblable à celui utilisé dans d’autres politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool.

[86] S’agissant de la première distinction mentionnée précédemment — soit celle entre les tests de dépistage de drogue, d’une part, et d’alcool, d’autre part —, la jurisprudence reconnaît que les tests de dépistage d’alcool [TRADUCTION] « sont différents » des tests de dépistage de drogue (*Entrop*, par. 106)². Par exemple, les premiers sont généralement réalisés au moyen d’un éthylomètre, qui permet de savoir immédiatement, de la manière la moins attentatoire possible, si l’employé a les facultés affaiblies par l’alcool. Bien que la technologie utilisée pour faire les tests de dépistage de drogue ait progressé, elle ne permet toujours pas de détecter immédiatement si l’employé est intoxiqué par une drogue, ce qui peut influer sur la question de savoir si un tel test est raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité du lieu de travail (*Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668, par. 61).

² While *Entrop* was decided in the context of a non-unionized workplace under human rights legislation, it remains relevant to any analysis concerning the reasonableness of drug and alcohol testing policies. Indeed, the board here relied on *Entrop* in assessing the invasiveness of the breathalyser test (para. 116). Whether an arbitrator applies the test developed by this Court for the human rights context in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), or traditional labour relations law and the *KVP* test, at bottom, the inquiry in both cases is concerned with the reasonableness of the company policy. In some provinces, arbitrators may adjudicate grievances challenging these policies under both *KVP* and *Meiorin* and we have difficulty accepting that a policy would fail under one test but pass muster under the other. See, e.g., *Labour Relations Act*, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).

² Bien que l’arrêt *Entrop* ait été décidé dans le contexte d’un milieu de travail non syndiqué en vertu de la législation sur les droits de la personne, il demeure pertinent à l’analyse de la raisonnablement des politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool. En effet, le conseil en l’espèce s’est fondé sur l’arrêt *Entrop* pour évaluer le caractère attentatoire de l’éthylométrie (par. 116). Que l’arbitre applique le critère élaboré par la Cour dans le contexte des droits de la personne dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), ou les lois traditionnelles en matière de relations de travail et le critère énoncé dans la sentence arbitrale *KVP*, au fond, l’examen dans les deux cas porte sur la raisonnablement de la politique de la société. Dans certaines provinces, les arbitres peuvent arbitrer des griefs contestant ces politiques tant sur le fondement de la sentence arbitrale *KVP* que sur la décision *Meiorin*, et nous avons de la difficulté à accepter qu’une politique serait annulée en vertu d’un critère, mais jugée acceptable en vertu de l’autre. Voir, p. ex., *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, al. 48(12)(j).

[87] In light of the distinction found in the arbitral cases between drug and alcohol testing, we do not view the decision in *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (M. Picher) (“Nanticoke”), as conclusively shaping the range of reasonable outcomes in this case (board’s reasons, at paras. 30-33). *Nanticoke* decided only the issue of a random *drug* testing policy and must be seen in that context. Both the reasons of the arbitral board and the Court of Appeal for Ontario in *Nanticoke* make that abundantly clear. See *Nanticoke*, at paras. 112-13: “The Company reasons that the oral fluid drug test which it now administers is fully analogous to the breathalyser test . . . [but the board concludes that] the buccal swab [drug] test does not equate to the breathalyser” (emphasis added); *Imperial Oil*, at para. 47: “. . . both sides placed considerable reliance on . . . an established body of arbitral case law that directly concerned the subject matter of the Board hearing — random *drug* testing in the workplace” (emphasis added). Indeed, Arbitrator Picher’s comments in *Nanticoke* are properly read as being confined to random *drug* testing:

It may well be that the balancing of interests approach, which we favour, would allow for general random, unannounced *drug* testing in some extreme circumstances. If, for example, an employer could marshal evidence which compellingly demonstrates an out-of-control *drug culture* taking hold in a safety sensitive workplace, such a measure might well be shown to be necessary for a time to ensure workplace safety. [Emphasis added; para. 127.]

[88] More problematically, the *Nanticoke* arbitral reasons, as the board in this very case noted, are self-contradictory and, further still, are out of step with the more recent arbitral jurisprudence to the extent they speak to random *alcohol* testing. The board here provided a reasonable — indeed, a convincing — explanation for declining to follow *Nanticoke* to

[87] Compte tenu de la distinction établie dans la jurisprudence arbitrale entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d’alcool, nous ne croyons pas que la sentence arbitrale *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (M. Picher) (« Nanticoke »), détermine de façon concluante les issues raisonnables possibles en l’espèce (motifs du conseil, par. 30-33). *Nanticoke* ne s’est prononcé que sur la contestation d’une politique de tests aléatoires de dépistage de *drogue* et doit être interprétée dans ce contexte. Tant les motifs du conseil d’arbitrage que ceux de la Cour d’appel de l’Ontario dans cette affaire le précisent très clairement. Voir *Nanticoke*, par. 112-113 : [TRADUCTION] « La société estime que le test de dépistage de drogue par voie orale qu’elle effectue désormais est parfaitement analogue à l’éthylo-métrie [. . .] [mais le conseil conclut que] le test de dépistage [de drogue] par écouvillon n’équivaut pas à l’éthylomètre » (nous soulignons); *Imperial Oil*, par. 47 : [TRADUCTION] « . . . les deux parties se sont fondées essentiellement sur [. . .] un ensemble établi de sentences arbitrales portant directement sur la question visée à l’audience du conseil — les tests aléatoires de dépistage de *drogue* en milieu de travail » (nous soulignons). En effet, les propos de l’arbitre Picher dans *Nanticoke* sont interprétés à juste titre comme ne se rapportant qu’aux tests aléatoires de dépistage de *drogue* :

[TRADUCTION] Il se peut très bien que la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, que nous privilégions, permettrait l’application généralisée et sans préavis de tests aléatoires de dépistage de *drogue* dans certaines circonstances extrêmes. Par exemple, si l’employeur peut démontrer de manière convaincante qu’une *culture de toxicomanie* débridée est en train d’envahir le lieu de travail à risque, pareille mesure pourrait bien se révéler nécessaire pour un certain temps afin d’assurer la sécurité en milieu de travail. [Nous soulignons; par. 127.]

[88] Fait encore plus préoccupant, les motifs de l’arbitre dans *Nanticoke*, comme le conseil l’a souligné en l’espèce, sont contradictoires en soi et, qui plus est, ne sont pas conformes à la jurisprudence arbitrale plus récente dans la mesure où ils visent les tests aléatoires de dépistage d’*alcool*. En l’espèce, le conseil a expliqué de manière raisonnable — et

the extent it discussed random alcohol testing. See, e.g., board's reasons, at para. 55: "... I cannot accept [*Nanticoke*] as correct [because] I believe it to be mistaken in principle"; at para. 57: "I also have to note that *Nanticoke* itself is not thoroughgoing in following its own model"; at para. 61: "... I would question [the *Nanticoke* model's] value as an explanatory mechanism with respect to this board's issue"; and, at para. 69: "... I would not accept the first element of the [*Nanticoke*] model [that unannounced random testing is prohibited, save as part of an agreed rehabilitative program] when it comes to random alcohol tests" (emphasis added). Thus, like the board in this case, we think that *Nanticoke* is of limited utility.

convaincante — pourquoi il a refusé de se conformer aux passages de *Nanticoke* portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool. Voir, p. ex., les motifs du conseil, par. 55 : [TRADUCTION] « ... je ne saurais affirmer que [la sentence arbitrale *Nanticoke*] est bien fondée [parce que] j'estime qu'elle est erronée en principe »; par. 57 : « Je dois également souligner que cette sentence elle-même ne suit pas véritablement son propre modèle »; par. 61 : « ... je mettrais en doute la valeur [du modèle de *Nanticoke*] à titre de mécanisme explicatif à l'égard de la question à trancher en l'espèce »; et par. 69 : « ... je n'accepterais pas le premier élément du modèle [de *Nanticoke*] [selon lequel les tests sans préavis et aléatoires de dépistage sont interdits, sauf dans le cadre d'un programme de réhabilitation convenu] en ce qui concerne les tests aléatoires de dépistage d'alcool » (nous soulignons). Ainsi, comme le conseil en l'espèce, nous estimons que l'utilité de la sentence arbitrale *Nanticoke* est limitée.

[89] Turning then to the second distinction mentioned above, between reasonable cause and post-incident testing, on the one hand, and random testing, on the other, the arbitral jurisprudence recognizes "significant differences between the principles" applicable to these two types of testing (*Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A. No. 9 (QL) (Hope), at para. 36). In the context of certain safety-sensitive positions, for example, arbitrators have required some evidence of drug or alcohol use in the workplace in order to justify a random testing policy, but have *not* required such evidence where testing was based on reasonable cause or a workplace incident. See, e.g., *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263 (Freedman): "Evidence of a problem may be necessary to support a policy of random testing, but I do not think it is necessary to support a [reasonable cause] policy such as here" (p. 284); *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor): "... where safety is clearly a justifiable concern ... [an employer] does not have to prove the existence of a drug and alcohol problem as a precondition to the introduction [of a reasonable cause or post-incident testing policy]" (p. 108); *GTAA*: "While a different approach has

[89] S'agissant maintenant de la deuxième distinction mentionnée précédemment entre les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident, d'une part, et les tests aléatoires de dépistage, d'autre part, la jurisprudence arbitrale reconnaît qu'il existe [TRADUCTION] « des différences importantes entre les principes » qui s'y appliquent (*Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A. No. 9 (QL) (Hope), par. 36). Dans le contexte de certains postes à risque, par exemple, les arbitres ont exigé que les employeurs fassent la preuve d'indices de consommation de drogue ou d'alcool sur le lieu de travail afin de justifier leur politique de tests aléatoires de dépistage, mais *n'ont pas* exigé qu'ils en fassent la preuve lorsque les tests étaient réalisés pour un motif raisonnable ou après un incident de travail. Voir, p. ex., *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263 (Freedman) : [TRADUCTION] « Il peut être nécessaire de démontrer l'existence d'un problème pour justifier une politique de tests aléatoires de dépistage, mais je ne crois pas que cela soit nécessaire pour justifier une politique [fondée sur un motif raisonnable] comme en l'espèce » (p. 284); *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor) : [TRADUCTION] « ... lorsque la sécurité est manifestement une

been adopted in cases involving random testing, . . . in respect of reasonable cause and post-accident/ incident testing, . . . an employer need not demonstrate a history of substance abuse in the workplace . . . ” (para. 221).

[90] In sum, care must be taken to identify the appropriate test in the arbitral jurisprudence. The cases illustrate that there is a difference between how arbitral boards have assessed a random testing policy and one based on reasonable cause, and a difference between testing for drugs and testing for alcohol. We thus avoid reliance on cases not directly applicable in the context of a challenge to a random alcohol testing policy. *Fording Coal* “[did] not involve random testing” at all (para. 40), and the same is true for the decisions in *Rio Tinto and ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers’ Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL) (Springate). The grievance in *Trimac* concerned only “mandatory random drug testing”, not random alcohol testing (p. 276 (emphasis added)). These cases must be put in their proper context — and that is not the context of this case.

(2) The Arbitral Consensus on Random Alcohol Testing

[91] Having established the importance of identifying the relevant arbitral consensus, we turn now to an examination of the cases concerning the legal

préoccupation justifiable [. . .] [l’employeur] n’est pas tenu de prouver au préalable l’existence d’un problème de drogue ou d’alcool pour introduire [une politique de tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident] » (p. 108); *GTAA* : [TRADUCTION] « Bien qu’une méthode différente ait été adoptée dans les affaires portant sur des tests aléatoires de dépistage, [. . .] s’agissant des tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-accident/incident, [. . .] l’employeur n’est pas tenu de démontrer un passé de consommation de drogues ou d’alcool sur le lieu de travail . . . » (par. 221).

[90] En somme, il faut prendre soin d’identifier le critère applicable parmi ceux élaborés par la jurisprudence arbitrale. Les décisions illustrent qu’il y a une différence entre la façon dont les conseils d’arbitrage ont évalué les politiques de tests aléatoires de dépistage et celles fondées sur un motif raisonnable ainsi qu’entre les tests de dépistage de drogue, d’une part, et d’alcool, d’autre part. Par conséquent, nous éviterons de nous fonder sur des décisions qui ne s’appliquent pas directement dans le contexte de la contestation d’une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. La sentence arbitrale *Fording Coal* [TRADUCTION] « ne concernait [d’aucune manière] des tests aléatoires de dépistage » (par. 40), et il en est de même pour les décisions *Rio Tinto et ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers’ Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL) (Springate). Dans *Trimac*, le grief portait uniquement sur [TRADUCTION] « des tests obligatoires et aléatoires de dépistage de drogue », et non sur des tests aléatoires de dépistage d’alcool (p. 276 (nous soulignons)). Ces décisions doivent être replacées dans leur propre contexte — et ce n’est pas le contexte de l’espèce.

(2) Le consensus arbitral sur les tests aléatoires de dépistage d’alcool

[91] Ayant établi l’importance d’identifier le consensus arbitral applicable, nous nous penchons maintenant sur l’examen des décisions portant sur

test for random alcohol testing policies. While the general principles emerging from the broader arbitral jurisprudence may assist in situating random alcohol testing in the wider context, it is these cases that shape the contours of what is a reasonable outcome in the context of this case.

[92] We are aware of two arbitral decisions, *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000, unreported (Christian) (“Strathcona”), and GTAA, in which an arbitrator found a random alcohol testing policy to satisfy the demands of *KVP* reasonableness. In both cases, the arbitrators accepted that the policies applied to what were legitimately safety-sensitive positions. In both cases, the employer used breathalyser tests, with a 0.04 percent blood alcohol concentration level, which the arbitrators accepted as the least intrusive means of identifying present intoxication. The key question for our purposes is the threshold of evidence that the employer was required to introduce in order to meet its burden to demonstrate *KVP* reasonableness.

[93] Before reviewing the two random alcohol testing awards, however, a preliminary observation is warranted. The standard applied in both *Strathcona* and GTAA is the progeny of earlier jurisprudence in *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412 (Brent) (“Truck Transporters”), that drew a distinction between testing where there was “reason to demand a test” (which we would understand today as including reasonable cause or post-incident testing) and otherwise “mandatory universal testing” (which we would understand as including random testing) (p. 425). In *Truck Transporters*, the company sought to justify a policy of mandatory drug and alcohol tests of its drivers. The board was of the view that

le critère juridique applicable à l'examen des politiques de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Bien que les principes généraux découlant d'un plus large éventail de sentences arbitrales puissent s'avérer utiles pour situer les tests aléatoires de dépistage d'alcool dans un contexte plus général, ce sont les décisions portant sur la situation précise en cause en l'espèce qui déterminent en quoi consiste une issue raisonnable dans le contexte de l'espèce.

[92] Nous connaissons deux décisions arbitrales, *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, 27 mai 2000 (jugement non-publié) (Christian) (« *Strathcona* »), et GTAA, dans lesquelles l'arbitre a conclu que la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool répondait aux exigences énoncées dans *KVP* quant à la raisonnableté. Dans les deux décisions, les arbitres ont accepté que les politiques s'appliquent à des postes qui étaient légitimement qualifiés d'à risque. Dans les deux décisions aussi, l'employeur a utilisé l'éthylométrie, avec un taux d'alcoolémie de 0,04 pour 100, reconnue par les arbitres comme le moyen le moins attentatoire possible pour déceler les cas d'intoxication. La question clé aux fins du présent pourvoi est le seuil de preuve que l'employeur était tenu de présenter afin de s'acquitter de son fardeau de démontrer la raisonnableté au sens de *KVP*.

[93] Toutefois, avant d'examiner les deux décisions portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool, nous aimeraisons faire une remarque préliminaire. La norme appliquée dans *Strathcona* et GTAA est issue de la sentence arbitrale antérieure *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412 (Brent) (« *Truck Transporters* »). Cette sentence a établi une distinction entre les tests lorsqu'il existait une [TRADUCTION] « raison d'exiger un test » (que nous considérerions aujourd'hui comme englobant les tests réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident) et les tests qualifiés de « dépistage universel obligatoire » (que nous considérerions comme englobant les tests aléatoires de dépistage) (p. 425). Dans *Truck Transporters*, la société cherchait à justifier une politique de tests obligatoires de dépistage de drogue et d'alcool applicable à ses conducteurs. Le conseil était d'avis que

[i]f mandatory universal testing is to be justified, absent a specific term allowing it, then there should at least be evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace which cannot be combated in some less invasive way. [Emphasis added; p. 425.]

[94] The first random alcohol testing case to adopt the *Truck Transporters* standard came three years later in *Esso Petroleum*. There, Arbitrator McAlpine, borrowing the precise language of *Truck Transporters*, was of the view that the employer had to establish “evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace” as part of what was then emerging as the balancing of interests test (para. 104 (emphasis added)). On the facts presented to the board, Arbitrator McAlpine noted that “there have been no reported incidents at [the facility] involving drugs and alcohol”, “no report of employees reporting for work impaired”, “no safety violations involving drugs or alcohol”, and “no accidents where drug[s] and alcohol were suspected” (para. 151). In short, the company had provided no evidence whatsoever, and its random alcohol testing policy was thus unreasonable.

[95] Turning then to the cases where a random alcohol testing policy was upheld as reasonable, in *Strathcona*, the earlier of the two decisions, the testing policy concerned employees at an Imperial Oil refining facility, much like *Esso Petroleum*. After a thorough review of the arbitral cases, including quotation from the *Truck Transporters* language mentioned above (at p. 69), the board concluded that the appropriate evidentiary threshold was as follows:

The question is whether there is evidence upon which the Employer could rationally conclude that alcohol and drug

[TRADUCTION] [s]i le dépistage universel obligatoire doit être justifié, en l'absence d'une clause précise le permettant, il devrait au moins y avoir des indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool ou de drogue en milieu de travail qui ne peut être réglé d'une manière moins attentatoire. [Nous soulignons; p. 425.]

[94] La première décision en matière de tests aléatoires de dépistage d'alcool à adopter la norme élaborée dans *Truck Transporters* a été rendue trois ans plus tard dans *Esso Petroleum*. Dans cette affaire, l'arbitre McAlpine, empruntant les termes précis de la décision *Truck Transporters*, était d'avis que l'employeur devait fournir [TRADUCTION] « des indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool ou de drogue en milieu de travail » dans le cadre de ce qui se dégageait à l'époque comme le critère de la mise en balance des intérêts (par. 104 (nous soulignons)). Au vu des faits présentés au conseil, l'arbitre McAlpine a souligné qu'« aucun incident attribuable à la consommation de drogue ou d'alcool n'a été rapporté [dans les locaux de la société] », « aucun rapport d'employés se présentant au travail avec facultés affaiblies n'a été dressé », « aucune violation de la sécurité impliquant des drogues ou de l'alcool n'a été constatée » et « aucun accident où les employés étaient soupçonnés d'avoir consommé de la drogue ou de l'alcool n'a eu lieu » (par. 151). En somme, la société n'avait fourni aucune preuve, et sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool a donc été jugée déraisonnable.

[95] Penchons-nous maintenant sur les décisions où la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool a été jugée raisonnable. Dans *Strathcona*, la première des deux décisions, la politique de tests de dépistage visait les employés d'une raffinerie d'Imperial Oil, tout comme dans *Esso Petroleum*. Après un examen rigoureux de la jurisprudence arbitrale — qui comprenait une citation des termes mentionnés précédemment de la sentence *Truck Transporters* (p. 69) — le conseil a conclu que le seuil de preuve applicable était le suivant :

[TRADUCTION] La question est celle de savoir s'il y a des indices permettant à l'employeur de conclure

use might cause catastrophic damage at the Strathcona Refinery. [Emphasis added; p. 73.]

The board relied on two sets of evidence. First, it looked to a national employee survey conducted by an independent party on behalf of the employer. Actual workplace accidents in which an employee's own use of "alcohol, medications or street drugs" was thought to be a contributing factor were reported by 0.5 percent of employees and a further 1.7 percent reported it being a factor in "near misses", in each case in the 12 months prior to the survey (p. 56). The board inferred alcohol use at the Strathcona facility based on the representativeness of the survey (p. 59). That data, in the board's view, "provide[d] a rational and sufficient foundation" of "a problem or potential problem which justifies the Employer in implementing a [random alcohol testing] process" (p. 73). Second, the board noted that there was evidence of one worker who was at the workplace while intoxicated. The board observed that such a "real case" might even be said to "provid[e] the best evidence of a problem at the Strathcona Refinery, and the need for, and effectiveness of, the Policy" (p. 74 (emphasis added)).

rationnellement que la consommation d'alcool et de drogue pourrait causer des dommages catastrophiques à la raffinerie Strathcona. [Nous soulignons; p. 73.]

Le conseil s'est fondé sur deux ensembles de preuve. Premièrement, il s'est appuyé sur un sondage national effectué auprès des employés par un tiers indépendant au nom de l'employeur. Dans ce sondage, 0,5 pour 100 des employés ont rapporté avoir été à l'origine d'accidents de travail attribuables selon eux à leur consommation « d'alcool, de médicaments ou de drogues illicites », et un autre 1,7 pour 100 a rapporté que cette consommation avait failli entraîner des accidents « évités de justesse » (p. 56). Dans les deux cas, ces accidents — réels ou évités de justesse — sont survenus au cours des 12 mois précédant le sondage (p. 56). Sur le fondement de la représentativité du sondage, le conseil a déduit que des employés consommaient de l'alcool à la raffinerie Strathcona (p. 59). Selon le conseil, les résultats du sondage « constitu[aient] un fondement rationnel suffisant » qui démontre l'existence d'« un problème — réel ou éventuel — autorisant l'employeur à mettre en œuvre un processus [de tests aléatoires de dépistage d'alcool] » (p. 73). Deuxièmement, le conseil a souligné que, selon certains indices, un des travailleurs s'était déjà présenté sur le lieu de travail alors qu'il était intoxiqué. Pour le conseil, on pourrait même dire qu'un cas aussi « réel » « fournit les meilleurs indices révélant un problème à la raffinerie Strathcona et démontre la nécessité et l'efficacité de la politique » (p. 74 (nous soulignons)).

[96] In *GTAA*, the more recent case, the random alcohol testing policy concerned employees involved with the ground operations at Pearson International Airport in Toronto. After surveying prior arbitral decisions, including *Truck Transporters* (at para. 251) and *Esso Petroleum* (at para. 252), Arbitrator Devlin concluded that, "in cases involving random testing, Arbitrators have required evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace" (para. 254 (emphasis added)), thus echoing the precise language of the earlier decisions. He heard testimony that employees "consumed alcohol at work or during meal breaks", that management had "frequently found empty beer or

[96] Dans l'affaire *GTAA*, la décision plus récente, la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool visait des employés dirigeant les opérations au sol à l'aéroport international Pearson, à Toronto. Après avoir examiné les décisions arbitrales antérieures, dont *Truck Transporters* (par. 251) et *Esso Petroleum* (par. 252), l'arbitre Devlin a conclu que, [TRADUCTION] « dans des affaires portant sur des tests aléatoires de dépistage, les arbitres exigent des indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool ou de drogue en milieu de travail » (par. 254 (nous soulignons)), reprenant ainsi les termes précis des décisions antérieures. Un témoin a indiqué que des employés « consommaient

alcohol bottles in vehicles or in the garbage”, and that “on a few occasions, employees took beer into snow-clearing equipment” (para. 256). The arbitrator ultimately concluded the testimony of alcohol use represented evidence of “a far more pervasive problem” (para. 262).

[97] Taking these cases together, what emerges is an arbitral consensus that an employer must demonstrate *evidence of an alcohol problem in the workplace* in order to justify a random alcohol testing policy. That is the evidentiary threshold accepted by arbitrators who have upheld such policies (*Strathcona, GTAA*) and those who have struck them down (*Esso Petroleum*). Thus, barring some explanation, whether implicit or explicit, for its basis for departing from it, *that* is the evidentiary threshold the Union, management, and this Court should be able to presume the board in this case applied. But as we explain next, that is not what the board did.

D. The Arbitral Board’s Departure From the Arbitral Consensus

[98] The board in this case was well aware of the relevant arbitral jurisprudence. As we noted earlier, it reviewed the decision in *Nanticoke* and reasoned — compellingly in our view — that it was not helpful in the present case (para. 61). The board then proceeded to review both *Strathcona* and *GTAA*, including quoting from the same passages we cite above, and concluded:

[These cases] demonstrate a fact finding process centred on risk in the particular workplace and the means adopted to address it, and, balancing the interests involved, move to a conclusion. Where the evidence supports the need for such a policy and the balancing of interests warrants it, the employer’s policy prevails; where it doesn’t, the employee’s right to privacy carries the day. [Emphasis added; para. 69.]

de l’alcool au travail ou durant les périodes de repas », que la direction avait « souvent trouvé des bouteilles de bière ou d’alcool vides dans des véhicules ou dans les poubelles » et qu’« à quelques reprises, des employés ont apporté de la bière dans les véhicules de déneigement » (par. 256). L’arbitre a finalement conclu que ce témoignage démontrait un « problème beaucoup plus répandu » (par. 262).

[97] Si on tient compte de ces deux décisions, le constat qui se dégage est qu’il existe un consensus arbitral selon lequel un employeur doit fournir des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool en milieu de travail pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Il s’agit du seuil de preuve accepté par les arbitres qui ont confirmé ces politiques (*Strathcona, GTAA*) et par ceux qui les ont annulées (*Esso Petroleum*). Ainsi, comme le conseil n’a pas expliqué, implicitement ou explicitement, pourquoi il a fait abstraction de ce seuil, le syndicat, la direction et la Cour devraient pouvoir présumer que ce seuil de preuve est celui qu’il a appliqué en l’espèce. Mais, comme nous l’expliquerons, ce n’est pas ce qu’a fait le conseil.

D. La dérogation du conseil d’arbitrage au consensus arbitral

[98] En l’espèce, le conseil connaissait bien la jurisprudence arbitrale applicable. Comme nous l’avons déjà dit, il a examiné la décision *Nanticoke* et a conclu — de façon convaincante, à notre avis — qu’elle n’était pas utile en l’espèce (par. 61). Le conseil a ensuite procédé à l’analyse des décisions *Strathcona* et *GTAA*, citant les mêmes passages que nous avons cités précédemment, et a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] [Ces décisions] qui font état d’un processus de recherche des faits centré sur les risques dans le lieu de travail précis et les moyens adoptés pour les éviter, d’une part, et la mise en balance des intérêts visés, d’autre part, mènent à une conclusion. Lorsque des indices démontrent la nécessité d’une telle politique et que la mise en balance des intérêts la justifie, la politique de l’employeur prévaut; dans le cas contraire, le droit de l’employé à la protection de sa vie privée l’emporte. [Nous soulignons; par. 69.]

The board also noted, referring to the earlier cases:

There are numerous statements in the cases to the effect that an employer, to be successful, must lead evidence of a problem existing in its own workplace, but as a general statement I think this is somewhat overbroad. 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. [Emphasis added; para. 75.]

[99] As a preliminary matter, we note the board's reference to an "ultra-hazardous endeavour" comes from remarks in Arbitrator Picher's decision in *C.N.R.*, a leading case that concerned reasonable cause and post-incident testing (see *C.N.R.*, at pp. 377-78). The board here appeared willing to depart from the arbitral consensus such that the lower evidentiary requirement could be applied to random testing cases, but ultimately concluded that the Irving mill did not fit into that category of facilities recognized in *C.N.R.* (para. 103). According to the jurisprudence, Irving thus had to lead *some* evidence of an alcohol problem at the mill in order to establish the reasonableness of its policy.

[100] We would not impugn the board's finding as to the level of dangerousness of the mill and the requirement flowing from that finding that Irving had to lead evidence of alcohol use. While the respondent made much of the board's conclusion in this regard, in our view, nothing in this case turns on whether the Irving mill was "ultra-hazardous" (whatever that may mean) or not because, as we will explain, the board departed from the consensus evidentiary standard after it concluded that some evidence was required. That unreasonable finding is sufficient to decide this case.

Le conseil a également souligné ce qui suit, renvoyant aux décisions antérieures :

Dans leurs sentences, les arbitres ont indiqué à maintes reprises que l'employeur, pour avoir gain de cause, doit fournir des indices révélant l'existence d'un problème dans son propre lieu de travail, mais, en général, j'estime que cela est quelque peu excessif. Le risque peut ressortir de la nature même de l'industrie. Les décisions reconnaissent que le fardeau de justification est moins lourd pour l'employeur qui exploite une entreprise ultra-dangereuse. [Nous soulignons; par. 75.]

[99] À titre préliminaire, nous remarquons que la référence du conseil à une [TRADUCTION] « entreprise ultra-dangereuse » est inspirée de remarques formulées par l'arbitre Picher dans la sentence arbitrale *C.N.R.*, une décision de principe qui portait sur des tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident (voir *C.N.R.*, p. 377-378). En l'espèce, le conseil semblait disposé, au départ, à faire abstraction du consensus arbitral pour faire en sorte qu'une norme de preuve moins stricte puisse s'appliquer aux décisions en matière de tests aléatoires de dépistage. Or, il a conclu en définitive que l'usine Irving ne répondait pas à cette catégorie d'établissements reconnue dans *C.N.R.* (par. 103). Suivant la jurisprudence, Irving devait donc fournir *des* indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool à l'usine afin d'établir la raisonnableté de sa politique.

[100] Nous ne porterons pas de jugement sur la conclusion du conseil quant au niveau de dangerosité de l'usine et à l'exigence en découlant selon laquelle Irving devait fournir des indices démontrant que certains de ses employés consommaient de l'alcool. Bien que la défenderesse ait fait grand cas de la conclusion du conseil à cet égard, nous sommes d'avis que rien en l'espèce ne repose sur la question de savoir si l'usine Irving était « ultra-dangereuse » (quel que soit le sens de cette expression) parce que, comme nous l'expliquerons, le conseil a fait abstraction de la norme de preuve établie par les arbitres et ce, après avoir conclu que des indices de consommation d'alcool étaient nécessaires. Cette conclusion déraisonnable est suffisante en soi pour trancher le présent pourvoi.

[101] In any event, as we explained earlier in these reasons, we know of no case in which an arbitral board has approved of random alcohol testing absent *some* evidence of alcohol use (see, e.g., *Strathcona* and *GTAA*). That fact, while not dispositive, at minimum shapes the range of reasonable outcomes in this case. Of course, an arbitral board in some future case may think it reasonable to adopt the principles in *C.N.R.* in order to conclude that no evidence is required to justify random alcohol testing in the context of a particular dangerous environment. We, however, have no occasion to go that far in this case. Our focus is not the rule emerging from the arbitral jurisprudence, which we accept as reasonable for present purposes, but rather an outcome that unreasonably departs from it.

[102] Turning then to evidence introduced in this case, Irving relied on the testimony of Leo Moorehouse, who served as industrial relations superintendent at the mill from 1987 to 2008, and an exhibit provided by the company listing specific incidents of employee intoxication or alcohol consumption at the mill. The exhibit listed seven instances, dating from April 29, 1991, through January 11, 2006 — the last, we hasten to add, being a mere three weeks before the policy’s implementation — where employees identified by name were variously “under the influence of alcohol, consuming and in possession of alcohol on company premises”, “under the influence of alcohol while at work”, and “consuming alcohol on company premises” (A.R., vol. II, at p. 121). Mr. Moorehouse testified that the exhibit was “by no means an exhaustive list” and that he had “witnessed [alcohol use at the mill] on a lot of occasions” (board’s reasons, at para. 107).

[103] The board found Mr. Moorehouse’s testimony “not persuasive”, but it did think that the exhibit was “more helpful” in assessing the

[101] Quo qu’il en soit, comme nous l’avons déjà expliqué dans les présents motifs, nous ne connaissons aucune décision par laquelle un conseil d’arbitrage aurait approuvé des tests aléatoires de dépistage d’alcool en l’absence d’indices *quelconques* démontrant un problème de consommation d’alcool (voir, p. ex., *Strathcona* et *GTAA*). Bien qu’il ne soit pas déterminant, ce fait détermine à tout le moins l’éventail des issues raisonnables possibles en l’espèce. Bien entendu, dans une affaire ultérieure, le conseil d’arbitrage peut estimer qu’il est raisonnable d’adopter les principes énoncés dans *C.N.R.* afin de conclure qu’aucun élément de preuve n’est nécessaire pour justifier les tests aléatoires de dépistage d’alcool dans le contexte d’un environnement particulièrement dangereux. Toutefois, nous n’avons aucune raison d’aller aussi loin en l’espèce. Ce qui nous importe, ce n’est pas la règle découlant de la jurisprudence arbitrale, qui est raisonnable selon nous aux fins du présent pourvoi, mais plutôt la conclusion qui en fait déraisonnablement abstraction.

[102] S’agissant maintenant de la preuve présentée en l’espèce, Irving s’est fondée à la fois sur le témoignage de Leo Moorehouse, directeur des relations industrielles à l’usine de 1987 à 2008, et sur un document fourni par la société et énumérant des incidents précis attribuables à l’intoxication ou à la consommation d’alcool par des employés à l’usine. Le document énumérait sept événements, s’étant déroulé entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006 — dont le dernier, nous nous empressons de le préciser, a eu lieu seulement trois semaines avant la mise en œuvre de la politique — où les employés identifiés par leur nom avaient soit [TRADUCTION] « été sous l’influence de l’alcool, consommé de l’alcool et été en possession d’alcool sur les lieux de travail », « été sous l’influence de l’alcool au travail », soit « consommé de l’alcool sur les lieux de travail » (d.a., vol. II, p. 121). M. Moorehouse a déclaré que le document n’était [TRADUCTION] « en aucun cas une liste exhaustive » et qu’il avait été « témoin [de consommation d’alcool à l’usine] à de nombreuses reprises » (motifs du conseil, par. 107).

[103] Le conseil a estimé que le témoignage de M. Moorehouse n’était [TRADUCTION] « pas convaincant », mais était d’avis que le document était

evidence of alcohol use at the mill (para. 108). The board then concluded:

This evidence is not to be dismissed, and I do not do so, but it cannot be said to be indicative of a significant problem with alcohol-related impaired performance at the plant. As well, such as it is, it is not tied in with what the actual experience has been in this plant, with accident, injury and near-miss history, and with what group or groups of employees. I therefore have no idea of what the elements of any such record are; still less whether any lapses have been causally linked to the abuse of alcohol. [Emphasis added; para. 109.]

We note that though the phrase “significant problem with alcohol-related impaired performance” was used in the board’s final reasons, the draft reasons employ the phrase “serious problem with alcohol abuse” in the very same paragraph (A.R., vol. I, at p. 68 (emphasis added)). The language in the paragraph is otherwise identical between the draft and final reasons, and we do not know what led to the revision. Both the draft and final reasons are included in the appellant’s record before this Court and both versions are signed and dated.

[104] Two issues become immediately apparent from the board’s conclusion as to the evidence. First, the standard it applied was one of “significant problem” (based on the final version of the reasons) or a “serious problem” (based on the draft). In either case, as we have just discussed, that is not the standard reflecting the arbitral consensus for justification of a random alcohol testing policy. In none of the cases of which we are aware, whether those that upheld such policies or those that set them aside, have we seen language requiring evidence of a “significant” or “serious” problem. Rather, the standard has been that of evidence of *a* problem. The difference between the two approaches is obviously a marked one and it cannot be ignored.

« plus utile » pour évaluer la preuve d’un problème d’alcool à l’usine (par. 108). Le conseil a ensuite conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Cet élément de preuve ne doit pas être rejeté, et je m’abstiendrai de le faire, mais on ne saurait affirmer qu’il témoigne d’un problème important relatif à des employés qui se présentent à l’usine avec les capacités affaiblies par l’alcool. De plus, tel qu’il est, il n’est pas lié à l’expérience vécue dans cette usine, c’est-à-dire aux accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse — et au groupe ou groupes d’employés. Par conséquent, je n’ai aucune idée d’en quoi consiste les éléments de ce document; encore moins si toute inconduite a un lien de causalité avec la consommation d’alcool. [Nous soulignons; par. 109.]

Nous remarquons que bien que la phrase « un problème important relatif à des employés qui se présentent à l’usine avec les capacités affaiblies par l’alcool » ait été utilisée dans les motifs définitifs du conseil, le projet de motifs faisait plutôt référence dans ce paragraphe à « un problème grave d’abus d’alcool » (d.a., vol. I, p. 68 (nous soulignons)). Le libellé du paragraphe est par ailleurs identique entre le projet de motifs et les motifs finaux, et nous ne savons pas ce qui a mené à la révision. Ces deux versions des motifs sont incluses dans le dossier de l’appelant dont nous disposons et elles sont toutes deux signées et datées.

[104] Deux questions ressortent immédiatement de la conclusion du conseil quant à la preuve. Premièrement, la norme qu’il a appliquée était celle d’un « problème important » (selon la version finale des motifs) ou d’un « problème grave » (selon le projet). Dans les deux cas, comme nous venons d’en discuter, cette norme n’est pas celle qui se dégage du consensus arbitral permettant à l’employeur de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Dans aucune des décisions dont nous avons connaissance, que ce soit celles qui ont confirmé ces politiques ou celles qui les ont annulées, n’avons-nous vu l’obligation de démontrer l’existence d’un problème « important » ou « grave ». Au contraire, la norme applicable a été celle de la preuve d’indices *d’un* problème. La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée.

[105] Second, the board required that the evidence of alcohol use be “tied” or “causally linked” to “accident, injury and near-miss history” at the plant. Again, there is no support for such a requirement in the arbitral jurisprudence. While it is true that the board in *Strathcona* relied on survey data that indicated alcohol use “was thought to be a contributing factor” in workplace incidents (p. 56), there is no support in that case for the conclusion that the employer must establish cause and effect between alcohol use and a workplace incident. Indeed, the reasons in *Strathcona* say exactly the opposite:

... an Employer does not have to wait for “a serious incident of loss, damage, injury or death” to occur before taking action. Likewise, given the inherent risks at the Refinery, the Employer is not bound to bide its time, patiently building a case in favour of random testing, one incident after another. [Emphasis added; p. 73.]

In any case, to require that an employer tie alcohol use to actual incidents at the mill, as the board in this case did, is not only unreasonable, it is patently absurd. The arbitral cases recognize that evidence of alcohol use at an inherently dangerous facility such as the Irving mill — where the impact of a catastrophic failure could extend well beyond the safety of workers — is “a problem” enough.

[106] Taking these two points together, it is beyond question that the board in this case applied an evidentiary standard unknown to the arbitral jurisprudence. And it is the application of that higher standard which, in our view, dictated the board’s conclusion in this case. As such, this is not a matter of quibbling with a few arguable statements or intermediate findings in the board’s reasons — the higher evidentiary standard is *the* basis for the board’s ultimate conclusion.

[105] Deuxièmement, le conseil a exigé que l’élément de preuve démontrant l’existence d’un problème d’alcool soit [TRADUCTION] « lié » aux « accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse » à l’usine ou ait un « lien de causalité » avec ceux-ci. Là encore, cette exigence n’est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. Bien qu’il soit vrai que le conseil dans *Strathcona* se soit fondé sur les résultats d’un sondage indiquant que des accidents de travail « étaient attribuables [selon des employés] à la consommation d’alcool » (p. 56), rien ne permet de conclure en l’espèce que l’employeur doit établir un lien de cause à effet entre la consommation d’alcool et un incident de travail. En effet, les motifs dans *Strathcona* indiquent exactement le contraire :

[TRADUCTION] . . . l’employeur ne doit pas attendre qu’« un incident grave, comme une perte, des dommages, des blessures ou un décès », ne survienne avant de prendre des mesures. De même, compte tenu des risques inhérents à la raffinerie, l’employeur n’est pas tenu d’attendre avant d’agir, en constituant patiemment un dossier pour justifier des tests aléatoires, un incident après l’autre. [Nous soulignons; p. 73.]

Quoi qu’il en soit, exiger que l’employeur lie la consommation d’alcool aux incidents réels à l’usine, comme le conseil l’a fait en l’espèce, est non seulement déraisonnable, mais manifestement absurde. Les sentences arbitrales reconnaissent que la preuve de la consommation d’alcool dans un établissement intrinsèquement dangereux comme l’usine Irving — où les répercussions d’un manquelement catastrophique pourraient se faire sentir bien au-delà de la sécurité des travailleurs — est suffisamment « un problème ».

[106] Si on considère ces deux points, il ne fait aucun doute que le conseil en l’espèce a appliqué une norme de preuve inconnue de la jurisprudence arbitrale. C’est l’application de cette norme plus élevée qui, à notre sens, a dicté la conclusion du conseil en l’espèce. Par conséquent, il ne s’agit pas ici de contester certaines déclarations ou conclusions intermédiaires discutables énoncées dans les motifs du conseil — la norme de preuve plus élevée est *le* fondement de la conclusion finale du conseil.

[107] It is clear from the board's reasons that it accepted that "the Irving plant is one in which great care must be taken with safe work practices" and that "the mill in normal operation is a dangerous work environment" (paras. 98 and 102). There was also no dispute that Mr. Day's job was properly characterized as safety-sensitive, and his job role was "noted [in the evidence] as showing one of the highest risks in the plant" (para. 90). Furthermore, the board also accepted that the use of a breathalyser was "minimally intrusive", "among the alternatives, ha[d] the lowest impact on the privacy right", and was "a reasonable choice for this employer" (paras. 117-18). Those conclusions are not challenged by either party on appeal.

[108] However, when it came to balancing the interests as part of *KVP* reasonableness, the board concluded that "[Irving's] scheme [got] into heavier weather" (para. 119) because the company failed to demonstrate a "significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use" at the plant (para. 120). In other words, the board concluded that the company's policy was unreasonable *because the evidence of alcohol use that Irving introduced fell short of the higher standard the board applied*. The evidence, in short, was the decisive factor.

[109] To be clear, and as we observed earlier, it was open for the board in this case to depart from the arbitral consensus in reaching its conclusion, provided it had a reasonable basis for doing so. In so departing, it was thus incumbent upon the board to provide some explanation for its reasoning. Here, the board provided no explanation whatsoever — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for the new evidentiary standard that it applied.

[110] The board's departure from the arbitral consensus resulted in a decision that fell outside the range of reasonable outcomes defensible in the facts and law. In the absence of a reasonable explanation for its novel test, the board must be taken as

[107] Clairement, au vu de ses motifs, le conseil a reconnu que [TRADUCTION] « l'usine Irving exige des pratiques de travail sécuritaires » et « constitue en temps normal un environnement de travail dangereux » (par. 98 et 102). Nul ne conteste non plus que le poste de M. Day était adéquatement qualifié d'à risque et que, selon la preuve, son poste était « un des plus risqués à l'usine » (par. 90). Le conseil a également reconnu que l'utilisation d'un éthylomètre était la solution « la moins attenta-toire possible », « parmi toutes, celle qui présentait la plus faible incidence sur le droit à la protection de la vie privée » et était un « choix raisonnable pour cet employeur » (par. 117-118). Ces conclusions ne sont pas contestées par l'une ou l'autre des parties dans le pourvoi.

[108] Toutefois, en ce qui a trait à la mise en balance des intérêts dans le cadre de l'examen de la raisonnableté tel qu'il est décrit dans *KVP*, le conseil a conclu que [TRADUCTION] « [c'est là où, pour le régime adopté par [Irving], le bât blesse » (par. 119) parce que la société n'a pas démontré un « degré significatif d'augmentation du risque à la sécurité attribuable à la consommation d'alcool par les employés » à l'usine (par. 120). Autrement dit, le conseil a conclu que la politique de la société était déraisonnable *parce que la preuve de la consommation d'alcool qu'Irving a présentée ne répondait pas à la norme plus élevée qu'il a appliquée*. Bref, la preuve était le facteur déterminant.

[109] Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous tenons à préciser qu'il était loisible au conseil en l'espèce de faire abstraction du consensus arbitral pour arriver à sa conclusion, pourvu qu'il eût un motif raisonnable de le faire. Ainsi, il incombaît au conseil d'expliquer son raisonnement. En l'espèce, il n'a fourni aucune explication — implicite ou explicite, raisonnable ou déraisonnable — pour justifier la nouvelle norme de preuve qu'il a appliquée.

[110] La dérogation du conseil au consensus arbitral a donné lieu à une décision qui n'appartenait pas aux issues raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Comme le conseil n'a pas expliqué de façon raisonnable pourquoi il

having misapplied the existing test, which in the circumstances of this case rendered its decision unreasonable. See *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345: “Because the Board’s finding of unfairness was based on . . . a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was rendered unreasonable” (para. 37, *per* Abella J.).

[111] Whether Irving in fact introduced evidence sufficient to meet the evidentiary standard reflected in the arbitral consensus is not the issue before us. Our concern in this appeal is whether the appropriate standard was applied by the board. Though we take no position on the sufficiency of the evidence brought to bear by Irving, we do note that the documented history of alcohol use by individual employees would appear to be similar to the evidence accepted as sufficient in other cases as reasonably justifying similar policies in similar contexts. The actual determination of that matter, however, is the responsibility of a future arbitral board, should the policy be challenged again.

E. Further Unreasonableness in the Board’s Decision

[112] We turn finally to a further aspect of the board’s reasoning that undermined the reasonableness of its ultimate conclusion. The board drew an adverse inference as to the reasonableness of the random alcohol testing policy based on the fact that only 10 percent of mill employees in safety-sensitive positions were tested in any given year. Irving’s choice of that figure was characterized as “indirect evidence from which the inference can be drawn that plant management does not regard the incremental safety risk posed by alcohol in this plant as being high” (para. 110). In other words, it was used to support the board’s conclusion that there was insufficient evidence of an alcohol problem at the mill.

a appliqué un nouveau critère, nous devons considérer qu’il a mal appliqué le critère déjà établi, ce qui, dans les circonstances de l’espèce, a rendu sa décision déraisonnable. Voir *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345 : « Comme j’estime que la Commission conclut au caractère inéquitable à l’issue d’une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision est déraisonnable » (par. 37, la juge Abella).

[111] Nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si Irving a présenté des éléments de preuve suffisants pour répondre à la norme de preuve reconnue par les arbitres. Nous devons plutôt nous demander si le conseil a pris sa décision suivant la norme applicable. Bien que nous ne prenions pas position sur la suffisance de la preuve présentée par Irving, nous remarquons que le passé bien documenté des employés relativement à leur consommation d’alcool semble être similaire à la preuve reconnue comme suffisante dans d’autres décisions pour justifier raisonnablement des politiques semblables dans des contextes semblables. Toutefois, la détermination de cette question revient à un conseil d’arbitrage ultérieur, advenant le cas où la politique serait de nouveau contestée.

E. Autre élément de déraisonnalité dans la décision du conseil

[112] Nous nous penchons enfin sur un autre aspect du raisonnement du conseil qui a miné la raisonnalit   de sa conclusion finale. Le conseil a tiré une inférence contradictoire quant à la raisonnalit   de la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool en s’appuyant sur le fait que seulement 10 pour 100 des employés de l’usine occupant des postes à risque ont subi des tests au cours d’une année donnée. Le choix d’Irving de ce pourcentage était qualifié de [TRADUCTION] « preuve indirecte à partir de laquelle on peut inférer que la direction de l’usine ne considère pas que l’augmentation du risque pour la sécurité découlant de la consommation d’alcool dans cette usine est élevée » (par. 110). Autrement dit, le conseil s’est servi de ce pourcentage pour étayer sa conclusion portant que la preuve de l’existence d’un problème d’alcool à l’usine n’était pas suffisante.

[113] The board's inference was unreasonable for three reasons. First, as the board itself recognized, “[b]ecause the random alcohol testing policy is based upon deterrence, the percentage chosen for testing represents its estimate of what is required to achieve that goal” (para. 110 (emphasis added)). In other words, the figure should be understood not as an indication of the level of the problem, but *what it will take to solve the problem*. Indeed, the value of a random alcohol testing program comes not from what it detects, but from what it deters. Academic literature — not to mention common sense — teaches that even low testing percentages can be highly effective in deterring the relevant conduct. See, e.g., J. I. Borack, “Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs”, U.S. Navy Personnel Research and Development Center (March 1998) (explaining that a 20 percent random test rate “achiev[ed] significant benefits” in deterring drug use among service members while tripling the test rate to 58 percent would provide “modest increases [in deterrence] . . . but at significantly higher cost” (p. 15)).

[114] Second, the board's reasoning would perversely incentivize employers to test a *higher* percentage of their employees in order to establish the reasonableness of their workplace drug and alcohol testing policies. Manifestly, testing a greater number of employees leads to a greater intrusion into the privacy of those employees. Indeed, to the extent a testing threshold were higher than reasonably necessary to achieve the desired deterrent effect, it may well fail to satisfy the minimal impairment analysis arbitrators have conducted as part of the balancing of interests.

[115] Third and finally, the threshold set by Irving is hardly out of the mainstream for random alcohol testing. For example, the U.S. Department

[113] L'inférence du conseil était déraisonnable pour trois raisons. En premier lieu, comme le conseil le reconnaît lui-même, [TRADUCTION] « [l]a politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool étant fondée sur la dissuasion, le pourcentage d'employés choisis pour subir les tests représente ce que l'employeur estime être nécessaire pour atteindre cet objectif » (par. 110 (nous soulignons)). Autrement dit, le pourcentage devrait être interprété non pas comme une indication de l'ampleur du problème, mais comme une indication de *ce qu'il faudra pour régler le problème*. En effet, la valeur d'un programme de tests aléatoires de dépistage d'alcool ne vient pas de ce qu'il détecte, mais de ce qu'il dissuade. La littérature didactique — sans compter le bon sens — nous enseigne que même les faibles pourcentages de dépistage peuvent être hautement efficaces pour dissuader de s'adonner à la conduite en cause. Voir, p. ex., J. I. Borack, « Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs », U.S. Navy Personnel Research and Development Center (mars 1998) (dans lequel l'auteur explique qu'un taux de tests aléatoires de dépistage de 20 pour 100 a permis de dissuader [TRADUCTION] « de façon importante » les membres du service de consommer de la drogue, alors que tripler le taux à 58 pour 100 apporterait « des améliorations modestes [en terme de dissuasion] . . . mais coûterait beaucoup plus cher » (p. 15)).

[114] En deuxième lieu, le raisonnement du conseil inciterait abusivement les employeurs à faire subir un test à un pourcentage *plus élevé* d'employés afin d'établir la raisonnableté de leurs politiques de tests de dépistage de drogue et d'alcool en milieu de travail. Manifestement, le fait d'assujettir un plus grand nombre d'employés aux tests de dépistage mène à une intrusion plus grande dans la vie privée de ces employés. En effet, dans la mesure où un seuil de test est plus élevé que ce qui est raisonnablement nécessaire pour obtenir l'effet dissuasif souhaité, il peut fort bien ne pas satisfaire à l'analyse de l'atteinte minimale effectuée par les arbitres dans le cadre de la mise en balance des intérêts.

[115] En troisième et dernier lieu, le seuil établi par Irving n'est pas marginal en ce qui a trait aux tests aléatoires de dépistage d'alcool. Par exemple,

of Transportation, a leading policy-maker in this area, sets a 10 percent threshold for employers subject to its regulations, as the board in this case recognized (para. 111; see also U.S. Department of Transportation, “Current Random Testing Rates” (online)).

III. Conclusion

[116] The decision of the board in this case cannot be said to fall within the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law. Though purporting to apply the accepted test from the arbitral jurisprudence, the board unreasonably departed from it. And in applying its own novel test, the board compounded the unreasonableness of its finding by reasoning in a manner that was again unreasonable.

[117] To be sure, the decisions of labour arbitration boards command judicial deference. But, in our respectful view, “deference ends where unreasonableness begins” (*Khosa*, at para. 160, *per* Fish J.).

[118] For these reasons, we respectfully dissent.

Appeal allowed with costs throughout,
McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN and
MOLDAVER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pink, Larkin,
Fredericton.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault,
Toronto.

*Solicitors for the interveners the Construction
Owners Association of Alberta, Construction
Labour Relations — an Alberta Association and
Enform: Dentons Canada, Calgary.*

*Solicitors for the interveners the Canadian
National Railway Company, the Canadian Pacific
Railway Company and Via Rail Canada Inc.:
Heenan Blaikie, Montréal; Canadian National
Railway Company, Montréal.*

le département des Transports des É.-U., chef de file en la matière, établit un seuil de 10 pour 100 pour les employeurs assujettis à sa réglementation, comme l'a reconnu le conseil en l'espèce (par. 111; voir également U.S. Department of Transportation, « Current Random Testing Rates » (en ligne)).

III. Conclusion

[116] On ne saurait affirmer que la décision du conseil en l'espèce appartient aux issues raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Bien qu'il prétende avoir appliqué le critère reconnu par la jurisprudence arbitrale, le conseil a rendu une décision déraisonnable en en faisant abstraction. Qui plus est, en appliquant son propre nouveau critère, le conseil a accentué le caractère déraisonnable de sa conclusion en raisonnant d'une manière qui était, là encore, déraisonnable.

[117] Il est entendu que les décisions des conseils d'arbitrage commandent la déférence judiciaire. Mais, à notre humble avis, « la déférence s'arrête là où commence la déraisonnabilité » (*Khosa*, par. 160, le juge Fish).

[118] Pour ces motifs, nous sommes dissidents.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes
les cours, la juge en chef McLachlin et les juges
Rothstein et Moldaver sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Pink, Larkin,
Fredericton.

Procureurs de l'intimée : McCarthy Tétrault,
Toronto.

*Procureurs des intervenantes Construction
Owners Association of Alberta, Construction
Labour Relations — an Alberta Association et
Enform : Dentons Canada, Calgary.*

*Procureurs des intervenantes la Compagnie des
chemins de fer nationaux du Canada, Chemin de
fer Canadien Pacifique Limitée et Via Rail Canada
Inc. : Heenan Blaikie, Montréal; Compagnie des
chemins de fer nationaux du Canada, Montréal.*

Solicitors for the interveners the Alberta Federation of Labour and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 707: Chivers Carpenter, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the intervenor the Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Mining Association, the Mining Association of British Columbia, the Mining Association of Manitoba Inc., the Québec Mining Association, the Ontario Mining Association and the Saskatchewan Mining Association: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Power Workers' Union: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Power Workers' Union, Toronto.

Procureurs des intervenants Alberta Federation of Labour et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707 : Chivers Carpenter, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., l'Association minière du Québec, Ontario Mining Association et Saskatchewan Mining Association : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Power Workers' Union : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Power Workers' Union, Toronto.