

T.D. 1/99

Décision rendue le 17 mai 1999

LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE

R.L.C., 1985, C. H-6 (telle que modifiée)

TRIBUNAL CANADIEN DES DROITS DE LA PERSONNE

ENTRE :

JOHN MILLS

le plaignant

- et -

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

la Commission

- et -

VIA RAIL CANADA INC.

l'intimée

DÉCISION DU TRIBUNAL

Tribunal : Eve Roberts, C.R.

Comparutions : Patricia Lawrence, avocate représentant la Commission

Tom Barron, TCA/Canada, représentant le plaignant,

John Mills

Dominique Monet, avocat représentant Via Rail Canada Inc.

Dates et lieux Du 28 septembre au 1^{er} octobre 1998 et du 26 au 30 octobre 1998,

des audiences : à Sydney (Nouvelle-Écosse)

Du 24 au 27 novembre 1998, du 14 au 18 décembre 1998 et

du 6 au 8 janvier 1999, à Halifax (Nouvelle-Écosse)

LES PLAINTES

Via Rail a refusé de laisser travailler John Mills après qu'il eût subi plusieurs épisodes de maux de dos, malgré le fait qu'il ait déclaré être assez bien pour travailler. Il a porté plainte alléguant qu'il avait été victime de discrimination pour cause de déficience physique, ce qui va à l'encontre de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la *Loi*) et a formulé un grief. Le grief a été résolu par un règlement consensuel. L'une des conditions du règlement du grief était qu'il retournerait au travail pourvu que son taux de présence soit équivalent à la moyenne de certains autres employés. Il n'a pu atteindre ce taux de présence en raison d'une maladie sans rapport avec ses maux de dos et Via a mis fin à son emploi. Il a déposé une seconde plainte, alléguant une fois de plus une discrimination fondée sur une déficience physique.

Un Tribunal canadien des droits de la personne a instruit la première plainte. La Cour fédérale a décidé que le tribunal s'était trompé dans sa décision et a ordonné que l'affaire soit instruite à nouveau. La deuxième plainte n'a pas été instruite antérieurement. Toutes les parties ont convenu

que la preuve pouvait s'appliquer à l'une ou l'autre des plaintes ou à toutes les deux.

Antécédents médicaux et professionnels

John Mills a reçu une formation de cuisinier dans la marine. Les Chemins de fer nationaux du Canada (aujourd'hui Via Rail) l'ont embauché en cette qualité en 1970. Via l'a formé pour de nombreux emplois à bord des trains : cuisinier, chef, préposé aux services, barman, etc., mais il considérait son occupation comme étant celle de chef.

Il n'avait habituellement pas l'ancienneté suffisante pour travailler comme chef; il faisait souvent partie de la «liste de réserve», (liste d'employés à qui on fait appel lorsque ceux régulièrement affectés sont absents), travaillant à l'un ou l'autre des emplois pour lesquels il a reçu une formation. Il a témoigné qu'il préférerait parfois la liste de réserve parce qu'il pouvait alors travailler selon des horaires qui lui permettaient de passer de plus longues périodes de temps à Louisbourg (Nouvelle-Écosse), où il habite.

Il travaillait en affectation régulière comme chef à partir de Moncton en 1990 lorsque Via ferma ses opérations à Moncton. Il était admissible à la «sécurité d'emploi» au titre d'une entente entre le syndicat et la compagnie. Pour conserver sa sécurité d'emploi, il devait être prêt à travailler à la demande de la compagnie. Au titre de la sécurité d'emploi il était payé au taux de chef, qu'il travaille ou non, à condition qu'il ne refuse pas de travailler.

À l'automne de 1990, la compagnie lui demanda de travailler à partir de la liste de réserve de Halifax à divers postes sur la ligne de Montréal. Il demanda qu'on le déménage à Halifax, étant donné qu'il était un employé de Moncton. Via a commencé par refuser, mais reconnut plus tard qu'il avait droit à un déménagement. Cependant, des désaccords subsistaient entre M. Mills et Via concernant la vente de sa maison de Louisbourg et il continue d'y habiter.

Avant 1990, M. Mills a subi quelques épisodes mineurs de maux de dos au cours de son emploi chez Via; chacun de ses épisodes était de courte durée et aucun ne fut particulièrement remarqué par Via. Deux de ces épisodes résultaient d'accidents et n'étaient pas liés à une condition chronique. En mars 1990, il subit une blessure au dos alors qu'il travaillait comme préposé au service et s'absenta de son travail de façon intermittente jusqu'à octobre 1990. M. Mills fut examiné par son médecin de famille à Louisbourg, le D^r Wawrzyszyn, par le D^r Nurse, médecin de Via Rail et, à la demande du D^r Nurse, par le D^r Holmes, chirurgien orthopédiste d'exercice privé de Sydney, N.-É. Le seul problème qu'a observé le D^r Holmes est que M. Mills lui déclara qu'il éprouvait des difficultés à baisser et à faire les lits, ce qui constitue l'une des tâches d'un préposé aux services. Le D^r Holmes ne trouva rien de très flagrant lors de son examen physique, si ce n'est la possibilité d'un certain affaiblissement d'une vertèbre. Il déclara que M. Mills devrait suivre des traitements de physiothérapie et être repris à l'essai à son travail. Le docteur a

poursuivi que si M. Mills ne pouvait pas s'acquitter de ses tâches il faudrait songer à lui trouver un travail qu'il puisse accomplir.

Le D^r Nurse, après n'avoir rien trouvé de remarquable dans son examen physique, a déclaré que M. Mills devait éviter de lever des poids lourds, d'étirer ou de forcer ses muscles pendant quelques semaines.

Il retourna au travail sur la liste de réserve en octobre 1990, travaillant le plus souvent comme préposé aux services, jusqu'en avril 1991, lorsqu'il se blessa au dos en allumant un four à gaz alors qu'il travaillait comme chef. Il fut absent du travail et reçu des traitements de physiothérapie jusqu'à octobre 1991.

En septembre 1991, son médecin de famille, le D^r Wawrzyszyn, en réponse à une demande du D^r Nurse, a fait savoir que M. Mills suivait des traitements de physiothérapie qui devraient entraîner une amélioration. Il a poursuivi en indiquant que son pronostic à long terme était réservé, que M. Mills pourrait faire des rechutes répétées et qu'il lui avait conseillé de changer d'occupation.

Le 19 octobre 1991, le D^r Wawrzyszyn permit à M. Mills de retourner au travail. Cependant, le médecin de Via, le D^r Nurse, voulait qu'il revoie le D^r Holmes.

Le D^r Holmes fit rapport le 22 octobre 1991. Il avait passé en revue ce que M. Mills lui avait dit et l'avait examiné. Il répondit à trois questions que lui avait posées le D^r Nurse : déterminer la déficience physique de M. Mills, décider si sa déficience était reliée à une blessure professionnelle et déterminer s'il pouvait retourner au travail. Le D^r Holmes estima que la déficience de M. Mills s'établissait à environ 15 %, il ajouta que la déficience ne semblait pas légitimement reliée au travail et affirma que «sa capacité de retourner au travail était forcément très limitée. Le type d'occupation qu'il a décrit comporte pratiquement toutes les activités qui entraînent des maux de dos.»

Sur la foi de ce rapport, le D^r Nurse (qui n'avait pas examiné M. Mills en octobre 1991) écrivit à M. Dionne, directeur des réclamations à Via, qu'il pensait que la recommandation du D^r Holmes devait être acceptée et que M. Mills devrait être déclaré inapte à son présent emploi. Il déclara à M. Dionne qu'il avait refusé de permettre à M. Mills de retourner au travail et suggéra que l'on offre à M. Mills une pension d'invalidité ou un autre emploi.

M. Mills réclama alors une Indemnisation des accidentés du travail, que Via refusa initialement. Après examen des rapports médicaux, l'Indemnisation des accidentés du travail conclut que «vous avez subi une série de lumbagos mineurs... rien ne justifie une estimation médicale de

déficience permanente.». M. Mills fit également une demande de prestation d'assurances de la Sun Life (Via mettait un ensemble d'avantages sociaux à la disposition de ses employés). Via alléguait que Mills ne pouvait jouer sur les deux tableaux : ou bien il était suffisamment rétabli pour travailler et n'avait pas droit à des prestations, ou bien il n'était pas en mesure de travailler. Le D^r Wawrzyszyn, le médecin de famille qui avait estimé que M. Mills pouvait retourner au travail en octobre 1991, remplit les formulaires pour les prestations, déclarant que M. Mills était provisoirement invalide. Le D^r Wawrzyszyn déclara qu'il avait procédé ainsi parce qu'il pensait que le renvoi de M. Mills au D^r Holmes prendrait quelque temps et que M. Mills ne toucherait aucun revenu autrement. J'estime que cette explication est raisonnable et à tout moment j'ai cru au témoignage de M. Mills affirmant qu'il ne souhaitait rien d'autre que de retourner au travail. M. Mills remporta éventuellement son appel et obtint l'Indemnisation des accidentés du travail.

En novembre 1991, Via offrit à M. Mills une pension d'invalidité qu'il refusa. Via l'envoya ensuite à Moncton pour un stage de formation de cinq semaines comme agent de ventes par téléphone (AVT), aux frais de Via. À la fin de son stage, Via lui offrit plusieurs emplois vacants d'une journée comme AVT. Cependant, à cause des frais de déplacement depuis Louisbourg (le service ferroviaire entre Moncton et Sydney a pris fin en 1990), M. Mills refusa de travailler, alléguant que le coût du déplacement et du logement était supérieur à un salaire d'une journée. Via offrit à M. Mills un travail à temps limité, également à Moncton, dans une lettre de Preston Beaumont, de Via, à Gary Miller, du syndicat de M. Mills, mais comme cette offre était restreinte, ne comportait pas de transfert d'ancienneté ni d'accord de déménagement, Mills refusa. Le syndicat répondit par une contre-proposition à laquelle Via ne donna pas suite.

En juillet 1992, Mills fit une demande d'emploi de bagagiste. Il témoigna qu'il pensait que s'il pouvait accomplir la tâche d'un bagagiste, Via lui permettrait peut-être de reprendre son emploi de chef.

Via le renvoya donc au D^r Brown, un autre chirurgien orthopédique, en juillet 1992, pour une évaluation. Le D^r Brown apparemment ne comprit pas que la demande consistait à évaluer M. Mills pour l'emploi de bagagiste et recommanda que Via rétablisse M. Mills dans sa fonction de chef. Il nota que l'on devrait permettre à M. Mills de reprendre ce travail malgré le fait qu'il puisse s'absenter de son travail de temps à autre avec des problèmes de dos. Le malentendu de la part du D^r Brown fut résolu en demandant à un autre médecin de Via, le D^r Pigeon, de faire un examen du dossier médical de M. Mills. Le D^r Pigeon prit la décision finale et le déclara inapte aux services à bord des trains.

Parce qu'il avait été jugé inapte, M. Mills déposa un grief et une première plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Le grief fut soumis à un arbitre. Il n'a pas tenu d'audience formelle, mais a apparemment suggéré un règlement à Via et au syndicat. M. Mills retournerait au travail comme chef uniquement, il ne serait pas compensé pour le salaire perdu et son taux d'absentéisme trimestriel ne devrait pas dépasser celui de la moyenne des chefs sur son

parcours pour les deux prochaines années.

M. Mills témoigna que bien qu'il ne fut pas partie au grief, l'arbitre lui avait demandé s'il acceptait les conditions, ce qu'il fit. Il témoigna qu'il comprenait que le règlement arbitral ne réglait pas sa plainte à la Commission des droits de la personne. Il témoigna également qu'il pensait que la clause de l'assiduité ne s'appliquait qu'aux problèmes de dos. Le règlement fut rendu en juillet 1993 et Mills retourna au travail comme chef.

M. DeWolfé, gestionnaire chez Via, témoigna que le jour où M. Mills retourna au travail, Via pensait qu'il était apte au travail.

Lors des cinq trimestres suivants, M. Mills fut absent du travail à plusieurs reprises. Il subit une coupure à une jambe en dehors des heures de travail (bien qu'il voulût continuer de travailler, Via l'en empêcha jusqu'à ce qu'il soit guéri), il se fit une entaille à un doigt et une brûlure à un autre doigt et il fut absent plusieurs mois par suite d'une dépression.

La première fois que son taux d'absentéisme dépassa la moyenne au cours d'un trimestre, Via lui envoya une lettre d'avertissement. Le 7 octobre 1994, Via mit fin à son emploi pour n'avoir pas rempli la condition de l'assiduité du règlement arbitral. M. Mills logea alors sa seconde plainte auprès de la Commission des droits de la personne, alléguant que Via avait fait preuve de discrimination contre lui au motif d'une déficience physique en le congédiant.

La première plainte fut instruite par un tribunal; sa décision fut examinée par la Cour fédérale⁽¹⁾ qui ordonna une nouvelle audience. La seconde plainte n'a pas été entendue auparavant. Les deux plaintes allèguent une discrimination à l'encontre de l'article 7 de la *Loi*.

En préparation de la première audience, un nouveau chirurgien orthopédique, le D^f Kevin Orrell, examina M. Mills à la demande de la Commission. La Commission envoya au D^f Orrell une copie de la description de la tâche de chef et posa certaines questions concernant l'aptitude de M. Mills à accomplir à la fois la tâche de chef et d'autres tâches à bord des wagons passagers. Elle demanda si M. Mills présentait un risque pour lui-même ou pour les autres au travail et s'il prévoyait une aggravation de son mal de dos. Le D^f Orrell a préparé un rapport témoignant que M. Mills souffrait de douleurs lombaires de nature mécanique. Il estimait que M. Mills était apte à retourner au travail en octobre 1991 et que le meilleur traitement pour les douleurs lombaires de nature mécanique était de continuer d'être mobile et, de fait, de travailler. Il était d'avis que M. Mills pourrait souffrir de temps à autre de spasmes lombaires qui entraîneraient de nouvelles absences du travail mais qu'à part la levée de lourdes charges il ne se blesserait pas en travaillant et que son état s'améliorerait avec l'âge.

De fait, tous les médecins qui ont témoigné au sujet du dos de M. Mills, les D^{rs} Wawrzyszyn, Nurse, Holmes, Brown et Orrell furent d'accord en général avec le diagnostic du D^r Orrell et ont confirmé que le meilleur traitement pour M. Mills était de continuer d'être mobile et actif.

J'ai accordé beaucoup de poids au témoignage du D^r Orrell. Ma décision résultait en partie de l'étendue de ses compétences et de la clarté de ses explications et en partie du fait que, dans le sens que ni M. Mills ni Via n'ont demandé son opinion, son témoignage était le plus objectif malgré le fait qu'il a été embauché par la Commission. Le D^r Wawrzyszyn était le médecin de famille de M. Mills, le D^r Nurse était le médecin de Via, les D^{rs} Holmes et Brown l'ont vu à la demande de Via et le D^r Brown s'est mépris sur ce qu'on lui demandait. Le D^r Orrell, en revanche, qui est un témoin expérimenté et qui fournit des expertises à de nombreuses audiences, l'a vu à la seule fin de fournir un témoignage d'expert au Tribunal. En outre, contrairement aux D^{rs} Holmes et Brown, le D^r Orrell a reçu une copie de la description de tâche d'un chef et s'est fait poser des questions pertinentes au sujet de l'aptitude de M. Mills.

De nombreuses preuves ont été avancées concernant les devoirs et les obligations du poste de chef et d'autres postes à bord des trains. Le Tribunal a pu inspecter l'intérieur des wagons à Halifax. La convention collective entre le syndicat de M. Mills et Via décrivait les devoirs de plusieurs postes, y compris celui de chef. Tout tirage, levage et étirement requis par les postes à bord des trains ont été décrits par M. Mills et un autre chef convoqué comme témoin avec peu de divergences.

Le D^r Nurse déclara que lorsqu'il interdisait à un employé de lever des charges lourdes, comme il l'a fait pour M. Mills, il utilisait la norme de danger pour la santé au travail de 30 kilogrammes ou 66 livres. M. DeWolfe décrivit les exigences de levage de charges lourdes de Via comme s'établissant à 40 livres. M. Mills déclara que la charge la plus lourde à lever était 50 livres de pommes de terre, lesquelles pouvaient être partagées en portions plus petites. Tant M. Mills que le chef convoqué comme témoin ont déclaré que les examens médicaux périodiques requis par la compagnie étaient non existants ou superficiels et que ces examens ne comprenaient pas d'examen physique et ne portaient pas sur les capacités physiques des employés. Le D^r Nurse a ajouté qu'il existait des descriptions médicales de tâches particulières aux désignations de postes; il les avait vues ou en avait entendu parler quelques années auparavant mais n'en avait pas en sa possession.

M. Mills a demandé d'être rétabli dans ses fonctions. Rien ne prouvait que quelqu'un serait subitement privé de son emploi si M. Mills recouvrait son ancienneté. On pouvait prouver qu'il avait suffisamment d'ancienneté pour être soit un chef en affectation régulière, soit inscrit sur la liste de réserve des chefs à Halifax.

M. Mills a réclamé la compensation de son salaire perdu entre le rapport du D^r Holmes et le règlement arbitral et pour la période écoulée entre son congédiement et maintenant. M. DeWolfe

a témoigné que Via a payé volontairement M. Mills à compter de l'ordonnance du Tribunal à la première audience jusqu'à la décision de la Cour fédérale qui l'annulait. M. Mills a reconnu qu'il aurait à rembourser la somme reçue au titre de l'Indemnisation des accidentés du travail et de la Sun Life s'il recevait compensation pour son salaire perdu.

M. Mills a témoigné qu'il avait fait des demandes d'emploi à Louisbourg et dans les environs sans succès. Via a allégué qu'il n'avait fait que quelques demandes et que par conséquent, ses tentatives de mitigation n'étaient pas suffisantes. M. Mills témoigna également qu'il était propriétaire d'une friterie mobile qu'il exploitait en saison à Louisbourg. Il l'exploitait quand il était à l'emploi de Via en embauchant d'autres personnes et en travaillant lui-même lors des congés. Via alléguait que le revenu de sa friterie mobile devrait mitiger ses pertes.

M. Mills a également témoigné qu'il avait perdu des prestations de retraite quand il ne travaillait pas parce qu'il n'avait pu contribuer à sa pension de Via, au Régime de pensions du Canada ainsi qu'à une pension d'un chemin de fer américain et que Via n'avait pas versé de contributions d'employeur. Il témoigna également qu'il avait dû payer de sa poche les soins médicaux et les médicaments qui auraient été défrayés par la Sun Life s'il avait eu un emploi.

M. Mills a réclamé des dommages pour préjudice moral et décrit comment son traitement par Via avait compromis sa santé mentale et avait nui à sa vie et à celles de sa femme et de ses enfants.

ANALYSE

La première plainte

1. Chose jugée

Dès la Conférence de planification de la cause, l'avocat de Via a déclaré qu'il ferait une argumentation préliminaire alléguant que le règlement arbitral avait réglé la première plainte et que par conséquent l'affaire était chose jugée.

L'audience a procédé et des preuves ont été présentées. Toutes les parties ont convenu que la question de la chose jugée devrait être remise à l'argumentation finale. La question fut débattue par toutes les parties avant leur argumentation sur le reste des questions.

Rocois Construction Inc. c. Quebec Ready Mix Inc., et al⁽²⁾ établit que trois critères sont nécessaires pour constituer une chose jugée : une identité des parties, une identité du sujet et une identité de la cause. Tous les trois doivent être présents.

Les parties à l'arbitrage étaient Via Rail et le syndicat de M. Mills, la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers. Les parties à la plainte étaient Via Rail, M. Mills et la Commission canadienne des droits de la personne, représentant l'intérêt public. Il n'y a donc pas identité des parties.

L'arbitre qui a rendu le règlement en 1993 siégeait en vertu du *Code canadien du travail*. Sa compétence procédait de la convention collective et son rôle était de décider si la convention collective avait été observée. Un Tribunal canadien des droits de la personne a l'autorité en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* de mener une instruction sur une allégation de pratique discriminatoire et, le cas échéant, de prescrire des mesures correctives. La *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'était pas citée dans la convention collective.

L'une des clauses de la convention collective portait sur les besoins d'employés malades ou blessés. Il n'est pas prouvé que l'arbitre ait fondé son règlement sur l'exigence d'accommodation dans la convention collective ou que l'exigence d'accommodation de la convention collective constituait une contrainte excessive, tel que requis par la loi sur les droits de la personne. Il n'y avait donc pas d'identité de cause.

L'objectif préliminaire au motif de la chose jugée est donc rejeté.

1. Y a-t-il une prétention établie *prima facie* de discrimination dans la première plainte?

J'estime que John Mills était invalide au sens de la *Loi*. Tous les témoins médicaux ont convenu qu'il souffrait de douleurs lombaires de nature mécanique; ils différaient sur le point de savoir si son incapacité était suffisante pour que Via refuse de le laisser retourner au travail après qu'elle ait reçu le rapport du D^r Holmes en octobre 1991. Via manifestement le pensait et même si M. Mills ne le pensait pas, ce sont les effets de la discrimination que la *Loi* tente de prévenir. L'une des intentions de la *Loi* est d'empêcher que les personnes soient victimes de discrimination fondée sur la perception; - par exemple que les femmes ne peuvent pas accomplir certaines tâches, que les Blancs sont plus compétents que les Noirs, etc. Ainsi, même si Via se basait sur la perception que M. Mills était invalide, une violation de la *Loi* est possible. *Foucault c. CNR*⁽³⁾

Étant donné que Via a agi en se fondant sur une invalidité ou sur une perception d'invalidité au détriment de M. Mills dans son emploi, j'estime qu'une prétention établie *prima facie* existe.

1. La discrimination était-elle directe?

Selon une jurisprudence étendue, je dois déterminer si la discrimination était directe ou indirecte. De fait, c'est parce que le premier tribunal instruisant la première plainte a négligé cette étape que la Cour fédérale a renvoyé l'affaire à une nouvelle audience.

La discrimination directe intervient d'ordinaire dans les cas où la discrimination est manifeste. La discrimination indirecte se produit lorsqu'une politique ou une action qui semblent neutres à première vue ont des répercussions défavorables sur une ou plusieurs personnes. Bien que la différence soit évidente dans certains cas, il n'en va pas de même dans tous les cas. Par exemple, dans la récente cause *Banque Toronto-Dominion c. Commission canadienne des droits de la personne et Association canadienne des libertés civiles*⁽⁴⁾, où il s'agissait de déterminer si une banque a le droit de faire subir à ses nouveaux employés et à ses employés qui reviennent des tests de dépistage de drogue, les trois juges de la Cour fédérale d'appel différaient. L'un estimait qu'il n'y avait aucune discrimination, un autre qu'il y avait discrimination directe et le troisième qu'il y avait discrimination indirecte.

J'estime que la discrimination à l'encontre de M. Mills est directe; il a été empêché de travailler parce que son employeur pensait qu'il était physiquement inapte à son travail. Il n'y avait pas de règlement ou de pratique apparemment neutre qui a entraîné des effets négatifs pour M. Mills. Si règlement ou pratique il y avait, c'était qu'un employé doit être apte à faire son travail. Pour ce qui est de l'invalidité physique, il n'y a rien là d'apparemment neutre, étant donné que cela touche à la question même de la validité ou de l'invalidité. (Voir *MacNeill c. A.G. Canada*)⁽⁵⁾

L'article 15(a) de la *Loi* tel qu'il était libellé lorsque la plainte a été déposée permet une défense d'exigence professionnelle justifiée («EPJ») dans une cause de discrimination directe. (La *Loi* a été modifiée récemment pour inclure l'accommodation dans l'analyse de l'EPJ, cependant, pour les fins de la présente plainte, la jurisprudence commande que l'accommodation ne joue aucun rôle dans la preuve d'une EPJ.). Via affirme qu'elle satisfait à l'EPJ en se fondant uniquement sur la condition physique de M. Mills en octobre 1991. Étant donné qu'aucune norme d'aptitude pour les services à bord des trains n'a été apportée comme preuve, l'EPJ peut seulement être qu'on doit être déclaré apte par le ou les médecins choisis par Via.

Je ne suis pas d'avis que l'on ait satisfait à l'EPJ. La jurisprudence nous enseigne qu'une EPJ doit être imposée honnêtement, de bonne foi et sur la foi que la limite est imposée dans l'intérêt de

l'exécution adéquate du travail, un test subjectif. En outre, elle doit être reliée dans un sens objectif au rendement de l'employé concerné et être raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le grand public.⁽⁶⁾

Les D^{rs} Holmes et Nurse ont examiné M. Mills en 1990 et n'ont pas trouvé de problème particulier au sujet de son dos. Le deuxième rapport du D^r Holmes en 1991 déclare que la capacité de M. Mills de retourner aux services à bord des trains est limitée. On n'a pas demandé au D^r Holmes si M. Mills pouvait satisfaire aux exigences de la description de tâche de la convention collective ou aux normes ou exigences objectives du travail telles que la capacité de lever un certain poids ou de satisfaire à des prescriptions de sécurité. Tous les employés devaient aider aux évacuations d'urgence, mais il n'y avait pas de preuve de ce qui était requis d'un employé donné. Via ne semble pas avoir considéré l'opinion contraire du D^r Wawrzyszyn en octobre 1991. Elle n'a pas réclamé de plus amples examens médicaux. Elle n'avait pas de normes physiques pour les emplois à bord des trains auxquelles elle pouvait comparer la capacité de M. Mills, sauf pour la norme de levage et le propre témoignage de Via est contradictoire sur ce point. En outre, il n'y a pas eu d'essai pour voir exactement ce que pouvait lever M. Mills. Le D^r Brown estimait que M. Mills devrait être rétabli dans ses fonctions de chef et la décision finale fut prise par le D^r Pigeon qui n'a jamais examiné M. Mills.

Ma conclusion est étayée par le fait qu'en l'absence entre-temps de tout traitement, examen ou essai, Via a décidé le jour de l'arbitrage que M. Mills était apte à reprendre son travail de chef. Ma conclusion est encore étayée par le fait que M. Mills reprit effectivement son travail de chef pendant plus d'un an sans nouveaux maux de dos.

J'estime que Via n'a pas réussi à prouver que l'EPJ avait été imposée honnêtement et de bonne foi. Je ne veux pas impliquer que Via a agi avec malveillance. Je veux dire que Via a agi avec témérité en ce qu'elle n'a pas pris les mesures appropriées pour s'assurer que sa perception de la capacité de M. Mills était exacte.

En outre, j'estime que Via n'a pas réussi à prouver que l'EPJ était reliée dans un sens objectif au rendement de l'employé. Il n'existait pas de normes d'aptitude auxquelles on pouvait comparer la capacité de M. Mills. Il n'existait pas de normes chez Via établissant combien souvent un employé pouvait s'absenter avant que le rendement efficace et économique dans les services à bord soit compromis. Tout semble prouver que grâce à la liste de réserve, Via pouvait tolérer certaines absences.

Si je me suis trompée et que la discrimination devrait être considérée comme indirecte, Via pourrait invoquer le fait qu'elle a satisfait aux demandes de M. Mills jusqu'au point de subir des contraintes excessives. J'estime qu'elle n'a pas satisfait de la sorte à ces demandes. Bien que certaines tentatives furent faites en ce sens, telles que la formation d'AVT qu'a reçue M. Mills, il

n'est pas prouvé que Via soit allée jusqu'à subir des contraintes excessives et il n'y a pas de preuve de ce qu'aurait coûté les diverses formes d'aide. Par exemple, Via avait l'obligation de déménager M. Mills à Halifax lorsqu'elle lui a demandé d'y travailler en 1991 et elle ne l'a pas fait. Elle aurait pu, par conséquent, le déménager à Moncton pour qu'il puisse y travailler comme AVT à un coût semblable à ce qu'elle était déjà obligée de dépenser. Il n'y avait pas de preuve du coût du transfert de l'ancienneté de M. Mills à la convention couvrant les employés travaillant comme AVT. De plus, c'est Via qui a mis fin aux négociations avec le syndicat concernant le transfert des droits d'ancienneté de M. Mills.

La mise en place par Via de «listes de réserve» pour les services à bord des trains est une façon de combler les vacances qui se produisent lorsque des employés en affectation régulière ne peuvent travailler à cause d'un congé annuel, d'un congé de maladie, etc. Il n'est pas prouvé que Via ne pouvait assumer les coûts de conserver M. Mills comme chef en affectation régulière, si son ancienneté le justifiait, ou sur la liste de réserve, malgré certaines absences. De fait, la preuve fut faite qu'il y avait toujours des employés sur la liste de réserve à qui l'on pouvait faire appel à tout moment.

Via a allégué qu'elle avait aidé M. Mills de diverses façons telles que l'Indemnisation des accidentés du travail, l'assurance-emploi, des prestations d'invalidité et le règlement arbitral. J'estime toutefois qu'une «accommodation» n'inclut pas des mesures que Via était déjà contrainte de prendre par la loi, telles que l'Indemnisation des accidentés du travail ou la participation à une procédure de grief, notamment lorsque Via a initialement contesté le droit de M. Mills à l'Indemnisation des accidentés du travail et a initialement contesté la compétence de l'arbitre.

À mon avis l'accommodation est d'ordinaire adaptée aux circonstances d'un individu et vise un employé précis. Ceci pourrait comprendre l'affectation d'une partie de la tâche d'un employé à un autre employé. Via a allégué que l'emploi de chef comporte des exigences auxquelles le cuisinier ou un autre employé à bord des trains ne pouvaient pas satisfaire. Je ne suis pas d'accord, parce que le témoignage apporté par l'autre chef convoqué comme témoin était que le chef et le cuisinier se partagent le travail à parts égales. Le chef était le superviseur du cuisinier et le travail pouvait être réparti pour correspondre aux compétences et aux capacités de chacun. La division des tâches de façon différente peut être une forme d'accommodation si elle n'entraîne pas de contrainte excessive pour l'employeur.

Via a allégué qu'elle ne pouvait permettre à un employé de faire le travail d'un autre et que si un chef prenait le temps de partager des charges lourdes il pourrait être en retard. Cependant, une argumentation ne constitue pas une preuve et il n'a pas été suffisamment prouvé que tel était le cas et qu'il en résulterait une contrainte excessive pour Via.

Aussi, étant donné que la preuve d'une accommodation jusqu'à causer une contrainte excessive est insuffisante, la défense échoue.

La deuxième plainte

La deuxième plainte résultait de la mise à pied finale de M. Mills par Via. Via a allégué que son congédiement résultait du fait que son absentéisme outrepassait les conditions de l'arbitre et non de son invalidité. M. Mills et la Commission ont allégué que le règlement devait être interprété de telle façon que la condition ne s'applique qu'à l'absentéisme causé par ses maux de dos et que le règlement lui-même était discriminatoire.

Ils allèguent également que la deuxième plainte découle directement de la première; que si Via n'avait pas fait preuve de discrimination contre Mills dans la première plainte, il n'y aurait eu ni règlement ni condition. Je partage cet avis. Je suis également d'avis que le règlement était discriminatoire parce qu'il pénalisait M. Mills pour son invalidité.

Il est clair que Via a congédié M. Mills pour avoir enfreint les conditions du règlement arbitral et qu'elle savait que son absentéisme était attribuable à des raisons médicales. Elle l'a par conséquent perçu comme étant physiquement inapte et, appliquant le même raisonnement que dans la première plainte, il y a prétention établie *prima facie* de discrimination de la part de Via et cette discrimination était directe.

À nouveau, Via peut invoquer à sa défense une EPJ. Cependant, il n'a pas été prouvé que Via avait une politique ou une norme en matière d'absentéisme médical qui étaient objectivement reliées au rendement au travail. De fait, pour pouvoir parvenir à la moyenne convenue à l'arbitrage, Via devait être disposée à accepter un taux supérieur à la moyenne d'absentéisme médical, parce qu'il n'a pas été prouvé que tous les employés au taux d'absentéisme supérieur à la moyenne seraient congédiés. De fait, il a été prouvé que plusieurs employés souffrant d'invalidité prolongée sont toujours à l'emploi de la compagnie.

En outre, Via a fondé sa décision sur des idées fausses et a agi une fois de plus avec témérité. Dans une lettre au sujet du congédiement de M. Mills, de Preston Beaumont, employé de Via, à Gary Murray, représentant syndical, en date du 21 octobre 1994, Beaumont écrit que : «Les antécédents professionnels de M. Mills sont lamentables et bien que sa maladie la plus récente et permanente ne semble pas directement reliée à ses troubles lombaires dégénératifs, elle pourrait être une réapparition d'une dépression antérieure.»

Il n'y avait pas de preuve que M. Mills souffrait de «troubles lombaires dégénératifs.» De fait, la preuve médicale était qu'il souffrait de douleurs lombaires de nature mécanique et que les

troubles lombaires de nature mécanique s'améliorent d'ordinaire avec l'âge. Il n'y avait pas de preuve que la dépression de M. Mills était une rechute. Il semblerait que M. Beaumont se livrait à des conjectures lorsqu'il a employé l'expression «pourrait être une réapparition», et une conjecture n'est pas un fondement d'action valable.

Je ne crois pas que le congédiement de M. Mills constituait une discrimination indirecte parce qu'il n'existait pas de règlement neutre concernant l'absentéisme médical, ou même l'absentéisme innocent, s'appliquant à tous les employés et ayant entraîné des effets négatifs pour M. Mills. Si je me trompe, et que la discrimination était indirecte, il est clair que Via n'a pas tenté d'accommoder son travail à son invalidité sauf en lui donnant une seconde chance de remplir la condition sur l'absentéisme du règlement après qu'il eût failli une première fois à la remplir. Aucune contrainte excessive n'a été prouvée.

Ainsi, j'estime que Via a congédié M. Mills pour le seul motif qu'il n'a pas rempli la condition du règlement arbitral et il n'a pas été prouvé que le règlement arbitral satisfait aux normes des EPJ ou que Via ait tenté de satisfaire aux demandes de M. Mills.

DOMMAGES

Ayant décidé que Via a fait preuve de discrimination à l'endroit de John Mills, contrairement aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dans les deux plaintes, au titre de l'article 53(2) de la *Loi* tel que libellé lorsque les plaintes ont été déposées, il est ordonné par la présente que :

1. Via inscrive sur-le-champ John Mills sur la liste de réserve de Halifax avec sa pleine ancienneté et que celui-ci sera en mesure de postuler des affectations régulières compatibles avec son ancienneté à la première occasion.
2. Via rembourse à M. Mills ses pertes salariales y compris pour les jours fériés et les congés annuels à compter de la date du rapport du D^r Holmes d'octobre 1991 jusqu'à celle de son retour au travail conformément au règlement arbitral et sa rémunération perdue à compter de la date de son congédiement en 1994 jusqu'à celle de son retour à la liste de réserve. On déduira de ces sommes le montant des salaires qu'il a reçus comme employé d'une compagnie autre que Via au cours de ces périodes et le montant que lui a versé Via entre la date de la décision de la première audience du tribunal et celle de la décision de la Cour fédérale. Il est convenu qu'à même ces sommes M. Mills devra rembourser certains montants à l'Indemnisation des accidentés du travail, à l'assurance-emploi et à la Sun Life.

1. Un intérêt sera versé au taux périodiques des Obligations d'épargne du Canada sur le montant de la rémunération perdue entre la date du rapport du D^f Holmes et la date du règlement arbitral. Je n'ai pas accordé d'intérêt sur le montant restant parce que je conviens avec Via que M. Mills n'a pas suffisamment tenté de trouver un emploi après son congédiement. Comme M. Mills exploitait une friterie mobile avant octobre 1991, et comme j'accepte son témoignage que ce commerce n'était que saisonnier, j'estime que son revenu d'entreprise ne compromet pas son droit à des avantages.

1. Via verse à John Mills une somme équivalente à la différence entre le montant qu'il paiera en impôt sur le revenu l'année où il recevra ses rémunérations perdues et l'intérêt et le montant qu'il aurait payé en impôt sur ses salaires et intérêt s'il les avait reçus au courant des années pour lesquelles ils sont calculés.

1. Si l'un ou l'autre des régimes de pensions de Via, du Canada ou des États-Unis auxquels M. Mills a contribué ou auxquels Via a contribué en son nom permet à M. Mills d'être réintégré pour la période où il n'a pas versé de contribution entre octobre 1991 et maintenant, alors Via versera les contributions applicables de l'employeur et M. Mills les contributions applicables de l'employé pour ce régime. Si l'un ou l'autre de ces régimes ne permet pas à M. Mills d'être réintégré pour cette période et si Revenu Canada le permet, Via et M. Mills verseront dans un REER immobilisé au nom de M. Mills les contributions de l'employeur et de l'employé. Si ni l'un ni l'autre des choix ci-dessus n'est possible, Via fera calculer et payer à M. Mills la différence entre la pension qu'il touche dans chaque cas et la pension qu'il aurait touché s'il avait contribué pendant toute la période en question, et lui paiera la différence mensuellement ou hebdomadairement selon le cas. Si M. Mills meurt avant de toucher une pension, laissant un survivant admissible à des prestations de retraite, les prestations de survivant seront calculées de la même façon.

1. Via verse à M. Mills les montants que M. Mills a payés pour ses médicaments et ses soins médicaux et dentaires pour lesquels il peut produire des reçus, qui auraient été remboursés par la Sun Life entre octobre 1991 et son retour au travail.

1. Via verse à M. Mills 3 000 \$ pour préjudice moral.

1. Via rembourse à M. Mills ses rémunérations perdues par suite de sa présence aux audiences de 1998 et de 1999. M. Mills n'a pas droit à des frais de déplacement pour les audiences tenues à Sydney, étant donné qu'elles ont été tenues à Sydney à sa demande, mais je lui accorde ses frais pour Halifax, y compris les déplacements, le logement et les repas.

1. Je ne prononce pas d'ordonnance sur la question du déménagement de M. Mills à Halifax, estimant que cette question relève de la convention collective et non de la plainte.

1. Le Tribunal conserve la compétence dans cette plainte et ordonne aux parties de tenter de déterminer les montants accordés ci-dessus. Si les parties sont incapables de s'accorder sur les montants des dommages dans les 40 jours suivant la déposition de la présente décision, chaque partie disposera de 10 jours après les 40 jours pour déposer une soumission écrite de leur position respective auprès du greffe du Tribunal et auprès des autres parties. Chaque partie disposera alors de 10 autres jours pour répondre à la soumission des autres parties. À la suite des soumissions finales, le Tribunal se prononcera.

Signé à St. John's, Terre-Neuve, ce 3^e jour de mai 1999.

Eve Roberts, C.R.

1. Voir *VIA Rail Canada Inc. c. CCDP*, 1998 1 CF 376 (T.D.)

2. 1990 2 RCS 440

3. (1981) 2 C.H.R.R. D/475

4. (1998) 32 C.H.R.R. D/261

5. 1994 3 CF 261 (C.A.) p. 286)

6. *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke* 1982 1. RCS 202 à 208