

T-1399-96

T-1399-96

**VIA Rail Canada Inc. (Applicant)****VIA Rail Canada Inc. (requérante)**

v.

c.

**Canadian Human Rights Commission and John Mills (Respondents)****Commission canadienne des droits de la personne et John Mills (intimés)****INDEXED AS: VIA RAIL CANADA INC. v. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: VIA RAIL CANADA INC. c. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Teitelbaum J.—Montréal, May 12; Ottawa, August 19, 1997.

Section de première instance, juge Teitelbaum—Montréal, 12 mai; Ottawa, 19 août 1997.

*Human rights — Judicial review of CHRT decision applicant discriminated against employee on basis of disability under CHRA, s. 7 — Employee working for VIA Rail as chef, cook, service attendant — Suffering from recurring back problems throughout employment exacerbated by heavy lifting, bending — Put on disability leave — Denied reinstatement although cleared for return to work by family doctor — Tribunal's appreciation of employee's disability in conformity with law — Conclusions in relation to medical evidence findings of fact, not erroneous — Tribunal failing to advert to distinction between direct, indirect discrimination — Defences, reasoning different for each type of discrimination — CHRT abdicating responsibility in failing to specify type of discrimination.*

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire d'une décision du TCDP selon laquelle la requérante a commis à l'endroit d'un employé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'art. 7 de la LCDP — L'employé travaillait pour VIA Rail en tant que chef, cuisinier et préposé aux services — Il a souffert de maux de dos récidivants, pendant toute sa période d'emploi, et son état s'est aggravé du fait qu'il devait se pencher et soulever des charges lourdes — Il a reçu un congé d'invalidité — On a refusé de le réintégrer bien que son médecin de famille ait autorisé son retour au travail — La manière dont le Tribunal a apprécié son invalidité est conforme à la loi — Les conclusions touchant le constat médical sont des conclusions de fait et ne comportent aucune erreur — Le Tribunal ne s'est pas arrêté aux distinctions entre la discrimination directe et la discrimination indirecte — Les moyens de défense et d'analyse sont différents selon le type de discrimination — En omettant de préciser le type de discrimination, le TCDP a renoncé à sa responsabilité.*

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal finding that the applicant, VIA Rail Canada Inc., had discriminated against the respondent employee on the basis of disability under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*. The employee was hired by VIA in 1970 and worked as chef, cook and service attendant, the latter job involving heavy lifting such as loading passengers' luggage. He had suffered recurring back problems throughout his employment with VIA. He was put on a short-term disability leave after he had a serious back injury in August 1991, while performing his employment duties. Some three months after that incident, the employee was deemed fit to return to work by his family doctor. Even though he wanted to return to work, VIA balked at reinstating him to his former position on the basis that he was totally incapable of performing his employment duties. After a brief return to work in 1993, the employee went on an extended disability leave due to mental stress and was finally dismissed in October 1994. The Tribunal found that VIA had failed to perform a thorough assessment of all the medical evidence detailing the employee's back

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle la requérante, VIA Rail Canada Inc., a commis à l'endroit de l'employé intimé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'employé avait été engagé par VIA en 1970 et avait travaillé comme chef, cuisinier et préposé aux services, ce dernier poste l'obligeant à soulever de lourdes charges, tels les bagages des passagers. Il a souffert de maux de dos récidivants pendant tout le temps où il a travaillé pour VIA. Il a obtenu un congé d'invalidité de brève durée après s'être grièvement blessé au dos en août 1991, dans l'exercice de ses fonctions. Environ trois mois après cet incident, l'employé a été jugé apte à retourner travailler par son médecin de famille. Il voulait retourner travailler mais VIA a hésité à le réintégrer dans son ancien poste, estimant qu'il était tout à fait incapable d'exercer ses fonctions. Après un bref retour au travail en 1993, l'employé a pris un congé prolongé d'invalidité pour cause de stress, puis a été congédié en octobre 1994. Le Tribunal a estimé que VIA avait omis d'évaluer

condition and had a skewed perception of his abilities. It also held that VIA could not offer any justification for its discriminatory behaviour. Three main issues were raised: 1) whether the Tribunal made a paradoxical and unreasonable finding on the issue of disability; 2) whether the Tribunal erred in preferring posterior medical opinion to the contemporaneous evidence; and 3) whether the Tribunal fully considered VIA's possible defences to a *prima facie* finding of discrimination.

*Held*, the application should be allowed.

As a preliminary issue, the Canadian Human Rights Commission argued that paragraphs 36 and 37 of a VIA officer's affidavit should be struck because they contain facts and evidence that were not before the Tribunal. According to the affidavit, reinstating the employee would necessitate letting go another chef who had accepted his position in good faith. VIA could not invoke paragraph 54(2)(a) of the CHRA since it had failed to give evidence about the other chef before the Tribunal. The *Federal Court Rules* do not provide for the introduction of fresh evidence on a judicial review application. The impugned paragraphs must be struck out under subsection 1603(1) of the Rules because they introduced facts that were not before the Tribunal.

1) The Tribunal's appreciation of disability was in conformity with the law. VIA has failed to recognize how a perception of disability can itself be a discriminatory practice prohibited by the CHRA. The statutory definition of disability is open-ended and broadly phrased. The fact that the Tribunal characterized the employee's disability as a "back ailment" is no bar to his entitlement to seek relief on the ground of disability. Disability is a question of degree and must be measured in a variety of contexts and situations. The Tribunal's finding of disability centred less on the employee's actual physical condition than on VIA's perception of his ailment. The insistence on perception is necessary because human rights legislation is directed at preventing the effects of discriminatory behaviour.

2) The Tribunal's conclusions in relation to the medical evidence were findings of fact. The Tribunal did not make an erroneous finding in stating that the decision that the employee was disabled to the point that he could not perform his duties as a chef or any other duties on board a train was not based upon any proper assessment of his performance in the workplace. It did not make its finding in a capricious or perverse manner or without regard to the evidence before it. It carefully examined the employee's

minutieusement les divers éléments de la preuve médicale donnant des détails sur les maux de dos de l'employé, et avait donc une perception erronée des aptitudes de celui-ci. Le Tribunal a également jugé que VIA ne pouvait pas offrir de justifications pour son comportement discriminatoire. Trois grandes questions se posaient, 1) le Tribunal a-t-il tiré une conclusion paradoxale et déraisonnable sur la question de l'invalidité? 2) le Tribunal a-t-il commis un erreur en préférant l'avis médical postérieur à la preuve contemporaine? et 3) le Tribunal a-t-il pleinement examiné les moyens que VIA pouvait invoquer contre une conclusion *prima facie* de discrimination.

*Jugement*: la demande est accueillie.

À titre préliminaire, la Commission canadienne des droits de la personne soutenait que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit d'un cadre de VIA devraient être radiés parce qu'ils renfermaient des faits et des éléments de preuve dont le Tribunal ne disposait pas. Selon cet affidavit, la réintégration de l'employé exigerait le renvoi d'un autre chef qui avait accepté son poste de bonne foi. VIA ne pouvait pas invoquer l'alinéa 54(2)a) de la LCDP puisqu'elle n'a présenté au Tribunal aucune preuve au sujet de l'autre chef. Les *Règles de la Cour fédérale* ne prévoient pas la présentation de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire. Les paragraphes litigieux doivent être radiés en vertu du paragraphe 1603(1) des Règles parce qu'ils présentent des faits dont le Tribunal n'était pas saisi.

1) La façon dont le Tribunal a évalué la déficience est conforme au droit. VIA a omis de reconnaître comment une perception selon laquelle une personne est atteinte d'une déficience peut en soi constituer un acte discriminatoire prohibé par la LCDP. La définition légale de la déficience est non limitative et formulée en termes généraux. Le fait que le Tribunal ait qualifié de «mal de dos» la déficience de l'employé n'empêche pas ce dernier de demander un redressement sur la base d'une déficience. La déficience est une question de degré et doit être appréciée dans divers contextes et dans diverses situations. La conclusion du Tribunal au sujet de la déficience est moins axée sur l'état physique réel de l'employé que sur la façon dont VIA a perçu le mal dont celui-ci était atteint. Il est nécessaire d'insister sur la question de la perception parce que la législation en matière de droits de la personne vise à empêcher les effets d'un comportement discriminatoire.

2) Les conclusions tirées par le Tribunal à l'égard de la preuve médicale sont des conclusions de fait. Le Tribunal n'a pas tiré de conclusion erronée en décidant que la décision selon laquelle l'employé était invalide au point de ne pas pouvoir remplir ses fonctions de chef, voire celles de tout autre poste à bord d'un train, n'avait pas été prise après un examen approprié de son rendement au travail. Le Tribunal n'a pas tiré sa conclusion de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispo-

rather involved medical history and did not confine its discussion of the varied consultations and medical opinions to the primary August 1991 incident. The Tribunal's finding that VIA had not performed an adequate and comprehensive investigation into the medical evidence did not warrant judicial review.

3) In failing to make any express finding on the nature of the discrimination suffered by the employee, the Tribunal did not give proper weight to VIA's possible defence to the charge that it had discriminated against him. Judicial review of the Tribunal's decision was therefore warranted on that issue because the Tribunal had incorrectly applied the law. Case law has recognized two basic types of discrimination: direct and indirect. Each type has a distinct chain of reasoning and defences. In cases of direct discrimination, the employer can assert as a defence that the general rule attacked as discriminatory is in fact a *bona fide* occupational requirement (BFOR). There can be no individual accommodation or assessment in a case of direct discrimination. In contrast, the defence in a case of indirect discrimination is centered on individual needs and characteristics. The employer has a duty to accommodate the individual applicant up to the point of undue hardship. The Tribunal stated plainly that VIA had discriminated against the employee on the basis of disability, but it did not elaborate on the nature of the discrimination. Neither did it expressly turn its mind to the distinctions in the law between direct and indirect discrimination. The Tribunal did not explicitly consider VIA's possible justification of a BFOR. If such a defence was not viable because the discrimination at issue was indirect, it should have said so. By failing to specify the type of discrimination at issue, the Tribunal left a vacuum and abdicated its responsibility. It therefore committed a reviewable error of law.

sait. Il a minutieusement examiné les antécédents médicaux plutôt complexes de l'employé et n'a pas limité son analyse des diverses consultations et opinions médicales à l'événement déterminant du mois d'août 1991. La conclusion du Tribunal selon laquelle VIA n'a pas effectué une enquête adéquate et exhaustive de la preuve médicale ne justifie donc pas un contrôle judiciaire.

3) En omettant de tirer une conclusion expresse au sujet de la nature de la discrimination dont l'employé avait été victime, le Tribunal n'a pas accordé l'importance appropriée au moyen de défense que VIA pouvait invoquer contre l'allégation selon laquelle elle avait commis un acte discriminatoire à son endroit. Le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal est donc justifiée sur ce point parce que le Tribunal a appliqué la loi d'une façon erronée. La jurisprudence distingue deux types principaux de discrimination: la discrimination directe et la discrimination indirecte. Chaque type de discrimination comporte une série distincte de raisonnements et de moyens de défense. Dans une affaire de discrimination directe, l'employeur peut se défendre en disant que la règle générale qui est contestée pour le motif qu'elle est discriminatoire constitue en fait une exigence professionnelle justifiée (EPJ). Il ne peut y avoir aucune accommodation ou évaluation individuelle dans un cas de discrimination directe. Par contre, dans une affaire de discrimination indirecte, la défense est axée sur les caractéristiques et besoins individuels. L'employeur est tenu d'accommoder le requérant individuel dans la mesure où cela ne cause pas de problème démesuré. Le Tribunal a clairement dit que VIA avait commis à l'endroit de l'employé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, mais il n'a pas donné de précisions au sujet de la nature de cet acte. Le Tribunal ne s'est pas non plus expressément arrêté aux distinctions de droit entre la discrimination directe et la discrimination indirecte. Il n'a pas expressément tenu compte de la justification possible de VIA concernant une EPJ. Si pareil moyen de défense n'était pas soutenable parce que la discrimination en question était de nature indirecte, le Tribunal aurait dû le dire. En omettant de préciser le type de discrimination en cause, le Tribunal a laissé un vide et a renoncé à sa responsabilité. Il a par conséquent commis une erreur de droit susceptible de contrôle judiciaire.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 1), 7, 15, 25 "disability", 50(2)(c), 54(2)(a).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 1603(1) (as enacted by SOR/92-43, s. 19).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 1), 7, 15, 25 «déficience», 50(2)c), 54(2)a).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 1603(1) (édicte par DORS/92-43, art. 19).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney-General) v. Beaulieu* (1993), 103 D.L.R. (4th) 217; 93 CLLC 17,023; 154 N.R. 299 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*West Region Tribal Council v. Booth et al.* (1992), 55 F.T.R. 28 (F.C.T.D.); *Franz v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.); *Kibale v. Transport Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022; 90 N.R. 1 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Ede v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439; *Philip Foucault v. Canadian National Railways* (1981), 2 C.H.R.R. D/475; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal ([1996] C.H.R.D. No. 7 (QL)) that the applicant had discriminated against the respondent employee on the basis of disability under section 7 of the *Canadian Human Rights Act*. Application allowed.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Beaulieu* (1993), 103 D.L.R. (4th) 217; 93 CLLC 17,023; 154 N.R. 299 (C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*West Region Tribal Council c. Booth et autres* (1992), 55 F.T.R. 28 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Franz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Kibale c. Transports Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022; 90 N.R. 1 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; (1993), 100 D.L.R. (4th) 658; 13 Admin. L.R. (2d) 1; 46 C.C.E.L. 1; 17 C.H.R.R. D/349; 93 CLLC 17,006; 149 N.R.1; *Ede c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439; *Philip Foucault c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1981), 2 C.H.R.R. D/475; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228; (1994), 21 C.H.R.R. D/113; 94 CLLC 17,029; 170 N.R. 283 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne ([1996] D.C.D.P. n° 7 (QL)), selon laquelle la requérante a commis à l'endroit de l'employé intimé un acte discriminatoire fondé sur la déficience, contrairement à l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande accueillie.

## COUNSEL:

*Dominique Monet* for applicant.  
*Rosemary G. Morgan* for respondent Canadian Human Rights Commission.  
*Lewis Gottheil* for respondent John Mills.

## SOLICITORS:

*Martineau, Walker*, Montréal, for applicant.  
*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.  
*CAW-Canada Legal Department*, Willowdale, Ontario, for respondent John Mills.

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

TEITELBAUM J.:

INTRODUCTION<sup>1</sup>

[1] This is an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal [[1996] C.H.R.D. No. 7 (QL)] (the Tribunal). In a decision rendered May 16, 1996, the Tribunal found that the applicant VIA Rail Canada Inc. (VIA) had discriminated against the respondent John Mills on the basis of disability. VIA, a national passenger service railroad company, perceived that Mr. Mills was totally incapable of performing his employment duties. The Tribunal ruled that VIA had violated section 7 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA). The Tribunal ordered VIA to compensate Mr. Mills for his lost wages and benefits, and reinstate him to a specific, restricted position within the company. VIA now seeks judicial review of that decision.

## FACTS

Mr. Mills' Employment History

[2] Mr. Mills began to work for the railways in 1970 when VIA was still part of the Canadian National

## AVOCATS:

*Dominique Monet* pour la requérante.  
*Rosemary G. Morgan* pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.  
*Lewis Gottheil* pour l'intimé John Mills.

## PROCUREURS:

*Martineau, Walker*, Montréal, pour la requérante.  
*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne, intimée.  
*TCA-Canada, contentieux*, Willowdale (Ontario), pour l'intimé John Mills.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE TEITELBAUM:

INTRODUCTION<sup>1</sup>

[1] Il s'agit de la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne [[1996] D.C.D.P. n° 7 (QL)] (le Tribunal). Dans une décision rendue le 16 mai 1996, le Tribunal a conclu que la requérante VIA Rail Canada Inc. (VIA) avait commis à l'endroit de l'intimé John Mills un acte discriminatoire fondé sur la déficience. VIA, qui est une compagnie nationale de chemins de fer assurant le transport de voyageurs, a jugé que M. Mills était totalement incapable d'exercer son emploi. Le Tribunal a décidé que VIA avait violé l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP). Il a ordonné à VIA d'indemniser M. Mills à l'égard du salaire et des avantages perdus et de le réintégrer, au sein de la compagnie, dans un poste précis soumis à certaines restrictions. VIA demande maintenant le contrôle judiciaire de cette décision.

## LES FAITS

Antécédents professionnels de M. Mills

[2] M. Mills a commencé à travailler pour les chemins de fer en 1970, lorsque VIA faisait encore

Railway (CNR). Mr. Mills was trained as a chef for passenger trains in the Atlantic corridor, based first out of Halifax, then Moncton and finally back to Halifax. Initially, he was on what is called the “spare-board”. As a “spare”, Mr. Mills was on call to perform a host of on board jobs. He worked sometimes as a chef, but also as a cook (a job with a different classification in the collective agreement between VIA and the union representing VIA workers). In addition, Mr. Mills sometimes acted as a service attendant, a position that involved heavy lifting. As a service attendant, Mr. Mills had to assist passengers board and disembark the train, load luggage, make and pull beds.

[3] With his increasing seniority, Mr. Mills worked exclusively as a chef for a period in the mid 1980's. However, in January 1990, VIA cutback its services and eliminated many jobs, including Mr. Mills' position as chef. Mr. Mills was then put on “employment security”, the name of an agreement between his union and VIA. As an individual on “employment security”, Mr. Mills continued to receive his salary and benefits, but he had to be available for work in the spareboard capacity. In fact, Mr. Mills was transferred from Moncton to Halifax to perform spareboard duties.<sup>2</sup> From early 1990, Mr. Mills continued to change jobs on the spareboard as required. He even occasionally resumed his original work as a chef, but he was more often employed as a service attendant. In this same period, he also moved between the spareboard and the “employment security” program.

#### The Primary Back Injury

[4] On August 21, 1991, Mr. Mills suffered a serious back injury while performing his employment duties. At that time, he was working as a chef on the “spare-board”. He suffered back sprain when he bent over to

partie de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN). Il a reçu une formation de chef pour les trains assurant le transport de voyageurs dans le corridor atlantique; il était d'abord établi à Halifax, puis à Moncton et enfin encore une fois à Halifax. Initialement, le nom de M. Mills figurait sur ce qu'on appelle la liste de réserve. En tant qu'employé de réserve, M. Mills était en attente en vue d'accomplir toute une gamme de tâches dans les trains. Il travaillait parfois comme chef, mais aussi comme cuisinier (emploi dont la classification est différente selon la convention collective conclue entre VIA et le syndicat représentant les travailleurs de VIA). De plus, M. Mills agissait parfois comme préposé aux services, poste dans le cadre duquel il devait soulever des charges lourdes. À titre de préposé aux services, M. Mills devait aider les passagers à monter dans le train et à en descendre, transporter les bagages, faire et tirer les lits.

[3] Au fur et à mesure qu'il avait plus d'ancienneté, M. Mills a travaillé exclusivement comme chef pendant un certain temps au milieu des années 1980. Toutefois, en janvier 1990, VIA a réduit ses services et a éliminé de nombreux emplois, y compris le poste de chef de M. Mills. Celui-ci a ensuite été assujéti au régime de «garantie d'emploi», en vertu d'une entente conclue entre le syndicat et VIA. En tant qu'employé assujéti au régime de «garantie d'emploi», M. Mills a continué à toucher un salaire et à obtenir des avantages, mais il devait être disponible pour travailler à titre d'employé de réserve. De fait, il a été muté de Moncton à Halifax pour accomplir des tâches d'employé de réserve<sup>2</sup>. Au début des années 1990, M. Mills a continué, au besoin, à changer d'emploi en tant qu'employé de réserve. Il a même parfois repris son travail initial de chef, mais il travaillait en général comme préposé aux services. Au cours de cette même période, il passait également de la liste de réserve au régime de «garantie d'emploi» et vice-versa.

#### La blessure au dos déterminante

[4] Le 21 août 1991, M. Mills s'est grièvement blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions. À ce moment-là, il travaillait comme chef en tant qu'employé de réserve. Il s'est donné un tour de reins en se

light a propane stove. Mr. Mills is apparently a tall man, over six feet two inches, so bending over in the cramped quarters of a train's galley kitchen to find the pilot light of the stove aggravated his already fragile back condition (at page 7, Tribunal decision; at page 21, applicant's record; [at paragraph 29 QL]). Mr. Mills had suffered recurring back problems throughout his employment with VIA.<sup>3</sup> After the August 1991 primary incident, Mr. Mills was put on short-term disability leave to recuperate from the injury and undergo physiotherapy. On October 21, 1991, some three months after the initial injury, he was deemed fit to return to work by his family physician, Dr. Wawrzyszyn. However, Mr. Mills was advised by his physician to refrain from heavy lifting, bending and twisting in the future. Dr. Wawrzyszyn had given the same advice to Mr. Mills in March 1990 after an earlier back spasm episode.

[5] VIA disagreed with the findings of Dr. Wawrzyszyn. In fact, VIA's medical representative, Dr. Nurse, refused to give credence to Dr. Wawrzyszyn's note deeming Mr. Mills fit to return to work. VIA believed that Mr. Mills had to be examined by an orthopaedic specialist of its own choosing before Mr. Mills could be cleared to return to work. Dr. Holmes, the specialist, held that Mr. Mills' abilities to perform on the job site were limited, but he did not state that Mr. Mills could not return to work.

[6] Nonetheless, VIA continued to balk at reinstating Mr. Mills to his former position. But Mr. Mills wanted to return to work. Mr. Mills therefore enlisted his union, the Canadian Brotherhood of Railway Transport and General Workers, later the National Automobile Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (the Union) in his efforts. There were abortive attempts to find Mr. Mills alternative employment in an off-train capacity as a telephone sales agent for VIA, but the terms could not be ironed out satisfactorily. As a telephone sales agent, Mr. Mills had no guarantee of full-time or continuing work. He

penchant pour allumer une cuisinière à gaz. M. Mills est apparemment un homme de grande taille, plus de six pieds et deux pouces, de sorte que le fait de se pencher dans l'espace restreint d'une cuisine de train pour trouver la veilleuse de la cuisinière a aggravé son état déjà précaire (à la page 9 de la décision du Tribunal; à la page 21 du dossier de la requérante; [au paragraphe 29 de QL]). M. Mills avait souffert de maux de dos récidivants pendant tout le temps où il avait travaillé pour VIA<sup>3</sup>. Après l'événement déterminant du mois d'août 1991, M. Mills a obtenu un congé d'invalidité de brève durée destiné à lui permettre de se rétablir et de suivre des traitements de physiothérapie. Le 21 octobre 1991, environ trois mois après avoir subi la blessure initiale, il a été jugé apte à retourner travailler par son médecin de famille, le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn. Toutefois, le médecin a conseillé à M. Mills de s'abstenir à l'avenir de soulever des charges lourdes, de se pencher et de faire des mouvements de torsion. Le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn avait donné le même conseil à M. Mills en mars 1990, après que celui-ci eut eu un spasme.

[5] VIA ne souscrivait pas aux conclusions du D<sup>r</sup> Wawrzyszyn. En fait, le représentant médical de VIA, le D<sup>r</sup> Nurse, a réfuté la note dans laquelle le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn disait que M. Mills était apte à retourner travailler. VIA croyait que M. Mills devait être examiné par un orthopédiste qu'il choisirait lui-même avant de pouvoir être autorisé à retourner travailler. Le spécialiste, le D<sup>r</sup> Holmes, a jugé que les aptitudes de M. Mills à accomplir ses tâches étaient limitées, mais il n'a pas dit que M. Mills ne pouvait pas retourner travailler.

[6] VIA a néanmoins continué à hésiter à réintégrer M. Mills dans son ancien poste. Mais celui-ci voulait retourner travailler. Il a donc demandé à son syndicat, la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres ouvriers qui est par la suite devenue le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (le syndicat) de l'appuyer dans ses efforts. On a tenté en vain de trouver un autre emploi à M. Mills en tant qu'employé non itinérant, comme agent des ventes par téléphone de VIA, mais il a été impossible de s'entendre d'une façon satisfaisante sur

would also have had to relocate to Moncton.

[7] Finally, in July 1992, VIA directed that Mr. Mills should be examined by Dr. Brown, another orthopaedic surgeon. Dr. Brown examined Mr. Mills and concluded that Mr. Mills had limited capacities to perform on board duties. Nonetheless, Dr. Brown also held that Mr. Mills should be permitted to work in the dining car in some undefined capacity. Dr. Brown also highlighted Mr. Mills' mental readiness to return to work. However, Dr. Pigeon, VIA's medical adviser, committed a paper review of Mr. Mills' medical condition and deemed him incapable of any work on board the train.

#### The Grievance Procedure and the July 1993 Agreement/Arbitration Decision

[8] Since Dr. Pigeon's opinion effectively put an end to the negotiations surrounding Mr. Mills' return to work, in August 1992, the Union filed a grievance on Mr. Mills' behalf with the Canadian Railway Office of Arbitration (CROA). Shortly thereafter, in October 1992, Mr. Mills also filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission (the Commission). The grievance was originally heard in May 1993. However, the Union and VIA continued to negotiate a settlement to return Mr. Mills to work. An agreement was made in July 1993 to return Mr. Mills to work in the classification of chef. There was no hearing into the merits of Mr. Mills' grievance before the arbitrator. The CROA was asked to ratify the terms of settlement negotiated between Mr. Mills and VIA. They read:

The Arbitrator directs that Mr. Mills be reinstated into his employment, without compensation and without loss of seniority, with his assignments to be restricted to the position of chef. His reinstatement is conditional upon his undertaking, for a period of not less than two years, the duties and responsibilities of a chef in On-Board Services, on a trial basis. If, for any quarterly period during the course

les conditions. À titre d'agent des ventes par téléphone, M. Mills n'avait pas de garantie quant à un emploi à plein temps ou à un travail continu. Il aurait également été obligé de se réinstaller à Moncton.

[7] Enfin, en juillet 1992, VIA a demandé que M. Mills soit examiné par le D<sup>r</sup> Brown, un autre chirurgien orthopédiste. Le D<sup>r</sup> Brown a examiné M. Mills et a conclu que la capacité de ce dernier d'accomplir des tâches dans les trains était restreinte. Néanmoins, il a également jugé qu'on devrait permettre à M. Mills de travailler dans le wagon-restaurant, en occupant un poste quelconque. Le D<sup>r</sup> Brown a également mis l'accent sur le fait que M. Mills était mentalement prêt à retourner travailler. Toutefois, le D<sup>r</sup> Pigeon, qui était le conseiller médical de VIA, a examiné le dossier médical de M. Mills et a jugé celui-ci incapable de travailler comme employé itinérant.

#### La procédure de règlement des griefs et la décision arbitrale ou l'entente du mois de juillet 1993

[8] Étant donné que l'opinion exprimée par le D<sup>r</sup> Pigeon mettait effectivement fin aux négociations concernant le retour au travail de M. Mills, le syndicat a, en août 1992, présenté un grief pour le compte de M. Mills auprès du Bureau d'arbitrage des chemins de fer canadiens (le Bureau). Peu de temps après, en octobre 1992, M. Mills a également déposé une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission). Le grief a initialement été entendu en mai 1993. Toutefois, le syndicat et VIA ont continué à négocier un règlement en vue du retour de M. Mills au travail. Une entente a été conclue en juillet 1993 en vue de permettre à M. Mills de retourner travailler comme chef. Aucune audience au fond n'a eu lieu devant l'arbitre au sujet du grief présenté par M. Mills. On a demandé au Bureau de ratifier les conditions de règlement négociées entre M. Mills et VIA. Elles prévoient ce qui suit:

[TRADUCTION] L'arbitre ordonne que M. Mills soit réintégré dans son emploi, sans dédommagement et sans perte d'ancienneté, et que ses fonctions se limitent à celles de chef. Sa réintégration est assortie de la condition qu'il devra remplir à titre d'essai, pendant une période d'au moins deux ans, les fonctions et responsabilités de chef pour les Services dans les trains. Si, au cours d'un trimestre quelconque



of the two years, Mr. Mills should fail to register attendance comparable to the average of other employees in his classification in VIA Atlantic, the Corporation shall be entitled to consider his reinstatement into that trial service as at an end. Should that occur the parties will be in a position to consider and exercise such rights and obligations as may then apply to Mr. Mills under the terms of the collective agreement. The Arbitrator retains jurisdiction. [At page 12, Tribunal decision; at page 26, applicant's Record; [at paragraph 45 QL].]

[9] Mr. Mills therefore returned to work as chef in July 1993. Unfortunately, Mr. Mills was unable to fulfill the attendance terms stipulated in the July 1993 agreement. He went on extended disability leave due to mental stress and was then dismissed from VIA in October 1994. The October 1994 dismissal is subject to a separate grievance and human rights complaint not at issue in the case at bar. Mr. Mills also continued to pursue his original October 1992 human rights claim.

#### The Tribunal's Decision

[10] After devoting almost eleven days to the hearing of evidence, the Tribunal found in Mr. Mills' favour. It held that VIA had discriminated against Mr. Mills on the basis of disability. According to the Tribunal, VIA had failed to perform a thorough assessment of the varied medical evidence detailing Mr. Mills' back condition. VIA therefore had a skewed perception of Mr. Mills' abilities. The Tribunal also held that VIA could not offer any justification for its discriminatory behaviour. The abortive telephone sales agent position did not adequately address Mr. Mills' need and concerns. The Tribunal therefore ordered VIA to compensate Mr. Mills for his lost wages up to October 1991, the date of VIA's original refusal to return Mr. Mills to work. VIA also had to make redress for Mr. Mills' lost benefits, including compensation for Mr. Mills' loss on the sale of a house. Finally, the Tribunal held that Mr. Mills should be reinstated, but only in the position of chef under the terms of the chef's duties in the collective agreement. The collective agreement did not require any heavy lifting of a chef.

durant ces deux ans, M. Mills ne réussit pas à maintenir une fiche d'assiduité comparable à celle de la moyenne des employés de sa classification au sein de VIA Atlantique, la compagnie aura le droit de mettre un terme à la période d'essai en question. Dans un tel cas, les parties pourront exercer les droits et devront s'acquitter des obligations qui s'appliqueront alors à M. Mills en vertu de la convention collective. L'arbitre demeure saisi de l'affaire. [À la page 15 de la décision du Tribunal; à la page 26 du dossier du requérant; [au paragraphe 45 de QL].]

[9] M. Mills est donc retourné travailler comme chef en juillet 1993. Malheureusement, il n'a pas pu respecter les conditions relatives à l'assiduité stipulées dans l'entente du mois de juillet 1993. Il a pris un congé prolongé d'invalidité pour cause de stress et a ensuite été congédié en octobre 1994. Ce congédiement fait l'objet d'un grief et d'une plainte distincts concernant les droits de la personne, lesquels ne sont pas ici en litige. M. Mills a également donné suite à la plainte initiale concernant les droits de la personne qu'il avait présentée en octobre 1992.

#### La décision du Tribunal

[10] Après avoir consacré près de onze jours à l'audition de la preuve, le Tribunal s'est prononcé en faveur de M. Mills. Il a statué que VIA avait commis à l'endroit de M. Mills un acte discriminatoire fondé sur la déficience. Selon le Tribunal, VIA avait omis d'évaluer minutieusement les divers éléments de la preuve médicale donnant des détails sur les maux de dos de M. Mills. VIA avait donc une perception erronée des aptitudes de M. Mills. Le Tribunal a également statué que VIA ne pouvait pas offrir de justifications au sujet de son comportement discriminatoire. Le poste d'agent des ventes par téléphone ne répondait pas d'une façon adéquate aux besoins de M. Mills. Le Tribunal a donc ordonné à VIA de dédommager M. Mills du salaire perdu jusqu'en octobre 1991, date à laquelle VIA avait initialement refusé de réintégrer M. Mills dans son emploi. VIA devait également indemniser M. Mills des salaires perdus, y compris une indemnité pour la perte subie par suite de la vente d'une maison. Enfin, le Tribunal a statué que M. Mills devait être réintégré, mais uniquement en tant que chef, en vertu des conditions stipulées dans la convention collective à l'égard des

chefs. La convention collective n'exigeait pas qu'un chef soulève des charges lourdes.

## ISSUES

[11] A preliminary issue concerned the admissibility of portions of the affidavit VIA filed in support of its application for judicial review. The Commission had brought a motion in September 1996 to strike certain paragraphs of the affidavit of Lionel De Wolfe on the ground that the paragraphs addressed facts that were not in evidence before the Tribunal. However, the parties never argued the motion because it was withdrawn on consent with the understanding that submissions would be made at the judicial review hearing itself.

[12] Besides the preliminary issue, VIA insists that the Tribunal's decision is laden with errors of jurisdiction, law and fact and must be quashed. In contrast, the Commission and Mr. Mills, represented by counsel for the Union, argue that the Tribunal's decision was reasonable, consistent with the evidence and correct in law. Both respondents, the Commission and the Union, highlight the deference owed to the Tribunal in its determination of questions of fact. There is a two-step process for granting judicial review against findings of fact under paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5]. First, the Court must be satisfied that the Tribunal made an erroneous finding of fact. Second, even if the Court concludes that the Tribunal was mistaken, it must also determine that the finding was made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it. In contrast, the standard of review for questions of law is not reasonableness, but correctness: *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554.

[13] The Court therefore has to characterize the Tribunal's findings as either questions of fact or law

## QUESTIONS EN LITIGE

[11] Une question préliminaire se rapportait à l'admissibilité de certaines parties de l'affidavit que VIA avait déposé à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire. En septembre 1996, la Commission avait présenté une requête en vue de faire radier certains paragraphes de l'affidavit de Lionel De Wolfe pour le motif que ceux-ci se rapportaient à des faits qui n'avaient pas été établis devant le Tribunal. Toutefois, les parties n'ont jamais débattu la requête parce qu'elle a été retirée avec leur consentement, étant entendu que les arguments seraient présentés au moment de l'audition de la demande de contrôle judiciaire.

[12] Mise à part la question préliminaire, VIA affirme avec insistance que la décision du Tribunal est remplie d'erreurs de compétence, de droit et de fait et qu'elle doit être annulée. De leur côté, la Commission et M. Mills, qui est représenté par l'avocat du syndicat, soutiennent que la décision du Tribunal était raisonnable, compatible avec la preuve et correcte en droit. Les deux intimés, soit la Commission et le syndicat, soulignent qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision du Tribunal en ce qui concerne les questions de fait. Il existe une procédure en deux étapes lorsqu'il s'agit d'accorder le contrôle judiciaire de conclusions de fait en vertu de l'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5]. En premier lieu, la Cour doit être convaincue que le Tribunal a tiré une conclusion de fait erronée. En second lieu, même si la Cour conclut que le Tribunal a commis une erreur, elle doit également conclure que la conclusion a été tirée de façon abusive ou arbitraire et sans qu'il soit tenu compte des éléments dont il disposait. Par contre, la norme de contrôle applicable aux questions de droit ne consiste pas à savoir si la décision est raisonnable, mais plutôt si elle est exacte: *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

[13] La Cour doit donc caractériser les conclusions du Tribunal comme se rapportant soit à des questions

in order to apply the proper standard of review and answer the following questions:

1. Did the Tribunal make a paradoxical and unreasonable finding on the issue of disability?
2. Did the Tribunal err in preferring posterior medical opinion to the contemporaneous evidence?
3. Did the Tribunal fully consider VIA's possible defences to a *prima facie* finding of discrimination?
4. Did the Tribunal cast too broad a net in its remedies and disregard intervening events like the arbitration decision?

## DISCUSSION

### Preliminary Issue: Striking Portions of the Affidavit

[14] The Commission argues that paragraphs 36 and 37 of Mr. De Wolfe's affidavit should be struck because they contain facts and evidence that were not before the Tribunal. According to the Commission, VIA has attempted, by way of its judicial review application, to rehear the case on the merits and introduce new evidence.

[15] Mr. De Wolfe is the Manager, Customer Services Atlantic for VIA. Before occupying his current position, Mr. De Wolfe was the Section Director of Customer Services. He also attended the Tribunal's hearings and testified as a witness on VIA's behalf.

[16] Paragraphs 36 and 37 of Mr. De Wolfe's Affidavit dated June 12, 1996 read:

36. There are currently five (5) full time chefs in the employ of VIA and the reinstatement of Mills to the position of chef entails the removal of Mr. R.J. LeBlanc who has obtained the position of chef in good faith pursuant to a job bulletin 216A;

37. VIA does not require the services of six (6) full time chefs in the course of its operations.

de fait soit à des questions de droit, afin d'appliquer la norme de contrôle appropriée et de répondre aux questions suivantes:

1. Le Tribunal a-t-il tiré une conclusion paradoxale et déraisonnable au sujet de la question de l'invalidité?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en préférant l'avis médical postérieur à la preuve contemporaine?
3. Le Tribunal a-t-il pleinement examiné les moyens que VIA pouvait invoquer contre une conclusion *prima facie* de discrimination?
4. Le Tribunal a-t-il accordé une portée trop étendue aux redressements accordés et omis de tenir compte d'événements qui s'étaient produits dans l'intervalle, comme la décision arbitrale?

## EXAMEN

### Question préliminaire: radiation de parties de l'affidavit

[14] La Commission soutient que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe devraient être radiés parce qu'ils renferment des faits et des éléments de preuve dont le Tribunal ne disposait pas. Selon la Commission, VIA tentait, au moyen de la demande de contrôle judiciaire qu'elle avait présentée, de faire de nouveau entendre l'affaire au fond et de présenter de nouveaux éléments de preuve.

[15] M. De Wolfe est directeur des Services à la clientèle de l'Atlantique de VIA. Avant d'occuper ce poste, il était directeur de la section des services à la clientèle. Il a également assisté aux audiences tenues par le Tribunal et a témoigné pour le compte de VIA.

[16] Les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit du 12 juin 1996 de M. De Wolfe disent ce qui suit:

[TRADUCTION] 36. À l'heure actuelle, cinq (5) chefs travaillent à plein temps pour VIA; la réintégration de M. Mills dans le poste de chef signifie le retrait de M. R.J. LeBlanc, qui a obtenu le poste de chef en toute bonne foi conformément au bulletin d'emploi 216A;

37. VIA n'a pas besoin des services de six (6) chefs à plein temps dans le cadre de ses activités.

[17] VIA submits that paragraphs 36 and 37 of Mr. De Wolfe's affidavit are directly related to the soundness of the Tribunal's remedies. After all, the Tribunal ordered VIA to reinstate Mr. Mills in the position of chef, but now that position is occupied by another. To buttress its submission, VIA cites paragraph 54(2)(a) of the CHRA. Under paragraph 54(2)(a) of the CHRA, the Tribunal cannot order the reinstatement of an employee as a remedy if the position is already occupied in good faith. It reads, "No order under subsection 53(2) may contain a term (a) requiring the removal of an individual from a position if that individual accepted employment in that position in good faith".

[18] VIA's submission therefore raises the question of the scope and impact of paragraph 54(2)(a). With respect, I cannot agree with VIA's invocation of the statutory provision in this instance. During its hearings and deliberations, the Tribunal was not presented with evidence of Mr. LeBlanc's employment in the chef position. How then can the Tribunal have violated paragraph 54(2)(a) if it had no knowledge that the position was filled?

[19] Certainly, VIA cannot now argue that the reinstatement order came as a surprise. Mr. De Wolfe testified before the Tribunal on VIA's behalf. He discussed VIA's understanding of Mr. Mills' work duties under the collective agreement and how VIA judged Mr. Mills to be unable to fulfill any on-train position. However, VIA also knew from the testimony of Union representatives before the Tribunal that the Union sought Mr. Mills' reinstatement to the position of chef (at page 1000, Commission record). Nonetheless, VIA offered no evidence before the Tribunal on the issue of the feasibility of reinstatement. The Tribunal only had evidence that reinstatement was a viable and open remedy. It was under no duty to seek out evidence to the contrary. This is especially true in light of the July 1993 CROA decision reinstating Mr. Mills to the position of chef only.

[17] VIA soutient que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe sont directement liés au bien-fondé des redressements accordés par le Tribunal. Somme toute, le Tribunal a ordonné à VIA de réintégrer M. Mills dans le poste de chef, mais ce poste est maintenant occupé par un autre. Pour étayer son argument, VIA cite l'alinéa 54(2)a) de la LCDP. En vertu de cette disposition, le Tribunal ne peut pas ordonner la réintégration d'un employé à titre de redressement si le poste est déjà occupé par un autre employé de bonne foi. Cette disposition prévoit: «L'ordonnance prévue au paragraphe 53(2) ne peut exiger: a) le retrait d'un employé d'un poste qu'il a accepté de bonne foi».

[18] L'argument de VIA soulève donc la question de la portée et de l'effet de l'alinéa 54(2)a). Je ne puis souscrire en l'espèce à l'argument invoqué par VIA au sujet de cette disposition législative. Pendant les audiences et les délibérations, on n'a présenté au Tribunal aucune preuve montrant que M. LeBlanc occupait le poste de chef. Comment donc le Tribunal peut-il avoir violé l'alinéa 54(2)a) s'il ne savait pas que le poste était occupé?

[19] À coup sûr, VIA ne peut pas maintenant soutenir que l'ordonnance de réintégration l'a surprise. M. De Wolfe a témoigné devant le Tribunal pour le compte de VIA. Il a discuté de la façon dont VIA interprétait les tâches de M. Mills prévues dans la convention collective et de la façon dont VIA jugeait M. Mills incapable d'occuper un poste en tant qu'employé itinérant. Toutefois, VIA savait également, compte tenu des dépositions que les représentants du syndicat ont faites devant le Tribunal, que le syndicat voulait que M. Mills soit réintégré dans le poste de chef (à la page 1000 du dossier de la Commission). Néanmoins, VIA n'a pas offert de preuve devant le Tribunal sur la question de la possibilité de réintégrer M. Mills. Le Tribunal disposait uniquement d'éléments de preuve tendant à montrer que la réintégration était un redressement viable et possible. Il n'était pas tenu de chercher à obtenir des éléments de preuve contraires. Cela est particulièrement vrai compte tenu du fait que le Bureau a décidé, en juillet 1993, de réintégrer M. Mills dans son poste de chef seulement.

[20] I am therefore puzzled by VIA's insistence during the course of the judicial review hearing that VIA did not put evidence before the Tribunal on the issue of reinstatement because VIA did not foresee the possibility of losing its case! After all, according to VIA, reinstatement would only have become an issue if Mr. Mills were successful in proving his claim and the Tribunal awarded him his desired remedies. This argument cannot stand. VIA was represented by counsel throughout the Tribunal's hearings. With respect, lawyers must anticipate the worse as they argue a case and have a contingency plan for introducing evidence and relevant facts no matter how much the law and facts seem to favour their clients' position.

[21] However, VIA argues that it could not introduce the evidence of Mr. LeBlanc's employment to the Tribunal because Mr. LeBlanc only occupied the position of chef after the Tribunal had concluded its hearings. I do not agree with VIA's argument. The Tribunal's remedies, including orders of reinstatement cannot be, as counsel for the Commission aptly noted, "moving targets". In other words, under paragraph 54(2)(a), a tribunal's remedies are not ever subject to revision and judicial review because an employer failed to raise relevant evidence during the hearing or made a belated gesture after the fact. If that were the case, then a tribunal's decision in an employment context could never be finalized or could be endlessly revisited and reviewed.

[22] Perhaps a brief chronology of the relevant dates in the case at bar will highlight the soundness of this conclusion. The Tribunal concluded its hearings in mid-November 1995 while Mr. LeBlanc apparently started to work as a chef for VIA in December 1995, the next month. Some five months later, in May 1996, the Tribunal issued its decision in Mr. Mills' favour. In the time between the end of the hearings and the date of the decision, VIA could have attempted to provide the facts of Mr. LeBlanc's position to the Tribunal.<sup>4</sup> VIA even had a further opportunity of

[20] Le fait que VIA a affirmé avec insistance, pendant l'audition relative au contrôle judiciaire, qu'elle n'avait pas présenté au Tribunal d'éléments de preuve au sujet de la question de la réintégration parce qu'elle n'envisageait pas la possibilité de perdre sa cause me laisse donc perplexe. Bref, selon VIA, la question de la réintégration ne se poserait que si M. Mills réussissait à prouver sa cause et si le Tribunal lui accordait les redressements demandés. Cet argument ne peut pas tenir. VIA était représentée par un avocat pendant toute la durée des audiences devant le Tribunal. Les avocats doivent prévoir le pire lorsqu'ils débattent une affaire et ils doivent avoir un plan d'urgence en vue de présenter des éléments de preuve et des faits pertinents, même si le droit et les faits semblent favoriser la position de leurs clients.

[21] Toutefois, VIA soutient qu'elle n'a pas pu présenter d'éléments de preuve devant le Tribunal au sujet de l'emploi de M. LeBlanc parce que ce dernier n'a occupé le poste de chef qu'une fois les audiences terminées. Je ne souscris pas à l'argument de VIA. Les redressements accordés par le Tribunal, notamment les ordonnances de réintégration, ne peuvent pas être des «cibles mobiles» comme l'avocate de la Commission l'a fait remarquer avec raison. En d'autres termes, les redressements accordés par le Tribunal ne sont jamais assujettis à l'examen et au contrôle judiciaire sous le régime de l'alinéa 54(2)a), parce que l'employeur a omis de soulever des éléments de preuve pertinents pendant l'audience ou parce qu'il a pris une mesure après coup. Si c'était le cas, la décision rendue par le Tribunal en matière d'emploi ne pourrait jamais être arrêtée ou pourrait constamment être réexaminée.

[22] Une brève chronologie des dates pertinentes en l'espèce montrera peut-être le bien-fondé de cette conclusion. Le Tribunal a conclu ses audiences à la mi-novembre 1995, pendant que M. LeBlanc avait apparemment commencé à travailler comme chef pour VIA en décembre 1995, soit le mois suivant. Environ cinq mois plus tard, en mai 1996, le Tribunal a rendu sa décision en faveur de M. Mills. Pendant la période qui s'est écoulée entre la fin des audiences et la date de la décision, VIA aurait pu essayer de fournir au Tribunal les faits se rapportant au poste occupé par

getting these facts before the Tribunal. After issuing its decision in May 1996, the Tribunal reserved jurisdiction over the question of the amount of damages. It stated:

The Tribunal retains jurisdiction in this complaint and directs the parties to commence forthwith to determine the actual monetary amounts awarded under Remedy . . . .

If the parties have failed to reach agreement on these amounts within 60 days from the date this decision is rendered, they shall so notify the Tribunal Registry and dates will be set forthwith to reconvene the Tribunal in Halifax, Nova Scotia, to assess and otherwise deal with any outstanding matters. [At page 26, Tribunal decision; at page 40, applicant's record; [at paragraphs 95-96 QL].]

[23] The Tribunal did conduct the contemplated further hearings and, as late as May 1997, the Tribunal continued to sit. VIA could therefore have raised the facts alleged in paragraphs 36 and 37 of the De Wolfe affidavit during these subsequent proceedings.

[24] Finally, as a point of law, I should state that the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] do not provide for the introduction of fresh evidence on a judicial review application: *Franz v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (F.C.T.D.). There is good reason for this restraint because as Justice Simpson noted at page 80 in *Franz*, "judicial review is intended to address errors made during the Board's proceedings". In a similar vein, Justice Muldoon remarked in *West Region Tribal Council v. Booth et al.* (1992), 55 F.T.R. 28 (F.C.T.D.), at page 35: "This is not an appeal on the record . . . but rather a discretionary judicial review upon application to be supported by affidavits". Furthermore, VIA does not dispute the fairness of the Tribunal's procedures in admitting evidence. Rather, VIA's judicial review application goes squarely to the substance of the Tribunal's decision. I am therefore satisfied that paragraphs 36 and 37 of the De Wolfe affidavit must be struck out under subsection 1603(1) of the *Federal Court Rules* [as enacted by SOR/92-43, s. 19] because they introduce facts that were not before the Tribunal.

M. LeBlanc<sup>4</sup>. VIA avait même eu une possibilité additionnelle de fournir ces faits au Tribunal. Après avoir rendu sa décision en mai 1996, le Tribunal est demeuré saisi de la question du montant des dommages-intérêts. Voici ce qu'il a dit:

Le Tribunal demeure saisi de la plainte et ordonne aux parties de commencer immédiatement à déterminer les sommes qui seront versées à titre de dédommagement . . . .

Si les parties ne réussissent pas à s'entendre sur ces sommes dans les 60 jours suivant la date de la décision, elles en aviseront le Greffe du Tribunal, qui fixera les dates auxquelles le Tribunal réentendra les parties, à Halifax (Nouvelle-Écosse), dans le but d'évaluer et de régler les questions en suspens. [À la page 34 de la décision du Tribunal; à la page 40 du dossier de la requérante; [aux paragraphes 95 et 96 de QL].]

[23] Le Tribunal a de fait conduit les audiences additionnelles envisagées et il a continué à siéger jusqu'au mois de mai 1997. VIA aurait donc pu soulever les faits allégués aux paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe dans le cadre de ces procédures subséquentes.

[24] Enfin, en tant que point de droit, je dirai que les *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663] ne prévoient pas la présentation de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire: *Franz c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 80 F.T.R. 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et ce, pour une bonne raison, parce que, comme l'a fait remarquer le juge Simpson, à la page 80, «ce contrôle a pour but d'examiner les erreurs faites au cours des délibérations de la Commission.» De même, le juge Muldoon a fait la remarque suivante dans le jugement *West Region Tribal Council c. Booth et autres* (1992), 55 F.T.R. 28 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 35: «il ne s'agit pas en l'espèce d'un appel formel, . . . mais d'un contrôle judiciaire laissé à la discrétion de la Cour saisie d'une demande avec affidavits à l'appui.» En outre, VIA ne conteste pas le caractère équitable de la procédure que le Tribunal a suivie en admettant la preuve. La demande de contrôle judiciaire de VIA se rapporte plutôt carrément au fond de la décision du Tribunal. Je suis donc convaincu que les paragraphes 36 et 37 de l'affidavit de M. De Wolfe doivent être radiés en vertu du paragraphe 1603(1) des *Règles de la Cour fédérale* [édicte par DORS/92-43, art. 19]

parce qu'ils présentent des faits dont le Tribunal n'était pas saisi.

### 1. The Meaning of Disability

[25] VIA disputes the validity of the Tribunal's reasoning on the meaning of disability. For VIA, only individuals afflicted with suitably serious and permanent conditions are entitled to invoke the protection of the CHRA on the ground of disability. However, VIA emphasizes that the Tribunal characterized Mr. Mills' medical condition with the mild phrase, "back ailment" (at page 18, Tribunal decision; at page 32, applicant's record; [at paragraph 54 QL]). VIA undermines the Tribunal's interpretation of disability by insisting that the term is inappropriate for a seemingly sporadic and temporary illness like Mr. Mills' episodes of back sprain. VIA argues that such a shifting and fluid condition cannot be a disability. According to VIA, if back ailments are considered a form of "disability", then individuals with a host of minor health problems might flood the human rights system even though their employment disputes over job performance are best left to labour arbitration.

[26] With respect, I disagree with VIA's arguments on the meaning and interpretation of disability. The Tribunal's appreciation of disability corresponds to the law. Furthermore, in my view, VIA has failed to recognize how a perception of disability can itself be a discriminatory practice prohibited by the CHRA. The statutory definition of disability is open-ended and broadly phrased. Section 25 of the CHRA defines disability as:

25. . . .

"disability" means any previous or existing mental or physical disability and includes disfigurement and previous or existing dependence on alcohol or a drug.

[27] Section 25 does not offer an exhaustive list of illnesses or ailments that qualify for the label disabil-

### 1. Définition de la déficience

[25] VIA conteste le bien-fondé du raisonnement que le Tribunal a fait au sujet de ce qui constitue une déficience. Selon VIA, seules les personnes atteintes de troubles suffisamment graves et permanents ont le droit d'invoquer la protection de la LCDP en se fondant sur leur déficience. Toutefois, VIA met l'accent sur le fait que le Tribunal a caractérisé l'état de M. Mills de simple «mal de dos» (à la page 19 de la décision du Tribunal; à la page 32 du dossier de la requérante; [au paragraphe 54 de QL]). VIA mine l'interprétation donnée par le Tribunal au mot déficience en affirmant avec insistance que ce mot ne convient pas dans le cas d'une maladie apparemment sporadique et temporaire comme les tours de reins dont souffre M. Mills. VIA soutient qu'un état aussi changeant et fluide ne peut pas constituer une déficience. Selon VIA, si les maux de dos sont considérés comme une forme de «déficience», des personnes ayant toute une gamme de problèmes de santé mineurs pourraient inonder le système des droits de la personne même s'il est préférable de s'en remettre à l'arbitrage pour régler leurs différends se rapportant au rendement professionnel.

[26] Je ne souscris pas aux arguments que VIA a invoqués au sujet du sens et de l'interprétation du mot déficience. La façon dont le Tribunal évalue la déficience est conforme au droit. En outre, à mon avis, VIA a omis de reconnaître comment une perception selon laquelle une personne est atteinte d'une déficience peut en soi constituer un acte discriminatoire prohibé par la LCDP. La définition légale de la déficience est non limitative et formulée en termes généraux. L'article 25 de la LCDP définit la déficience comme suit:

25. . . .

«déficience» Déficience physique ou mentale, qu'elle soit présente ou passée, y compris le défigurement ainsi que la dépendance, présente ou passée, envers l'alcool ou la drogue.

[27] L'article 25 ne donne pas de liste exhaustive de maladies ou de maux qui peuvent être considérés

ity. Section 2 [as am. by S.C. 1996, c. 14, s. 1] of the CHRA is similarly expansive about the goal of the CHRA. It exists to further the “principle that all individuals should have an equal opportunity to make for themselves the lives that they are able and wish to have”. In *Ede v. Canada (Canadian Armed Forces)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439, at page D/444, the Tribunal focused on “any physical characteristic utilized to reject an individual” as an element of disability. Thus, the fact that the Tribunal characterized Mr. Mills’ disability as a “back ailment” is no bar to his entitlement to seek relief on the ground of disability. Disability, after all, is a question of degree and must be measured in a variety of contexts and situations. Thus, I am satisfied that the particular demands and constraints of an employment situation are relevant to a tribunal’s finding.

[28] Moreover, in this instance, the Tribunal’s finding of disability centres less on Mr. Mills’ actual physical condition than VIA’s perception of his ailment. If the employer attributes greater limitations to a known condition than are actually present, then the employee has effectively been labelled disabled: *Philip Foucault v. Canadian National Railways* (1981), 2 C.H.R.R. D/475. The insistence on perception is necessary because human rights legislation is directed at preventing the effects of discriminatory behaviour. Consider for example the case of a partially sighted individual who is denied employment opportunities because an employer has the mistaken impression that his or her vision is worse than it actually is. Has discrimination on the basis of disability not occurred? Should the individual with vision problems be left without a remedy under the CHRA? This issue comes into even sharper focus in a context other than disability. What if a woman is not hired because she is perceived to be aboriginal and the employer harbours prejudiced views about the suitability of native workers? All would agree that the employer should not escape the censure of the law if the worker in this instance is not in fact of First Nations descent.

comme une déficience. L’article 2 [mod. par L.C. 1996, ch. 14, art. 1] de la LCDP énonce lui aussi l’objet de cette Loi d’une façon générale. Cette Loi vise à promouvoir le «principe suivant: le droit de tous les individus . . . à l’égalité des chances d’épanouissement». Dans le jugement *Ede c. Canada (Forces armées canadiennes)* (1990), 11 C.H.R.R. D/439, à la page D/444, le Tribunal a mis l’accent sur «toute caractéristique physique utilisée pour rejeter un individu» comme élément de déficience. Ainsi, le fait que le Tribunal a qualifié de «mal de dos» la déficience dont M. Mills était atteint n’empêche pas ce dernier de demander un redressement sur la base d’une déficience. Somme toute, la déficience est une question de degré et doit être appréciée dans divers contextes et dans diverses situations. Je suis donc convaincu que les exigences et contraintes particulières d’un emploi sont pertinentes en ce qui concerne la conclusion tirée par le Tribunal.

[28] En outre, en l’espèce, la conclusion que le Tribunal a tirée au sujet de la déficience est moins axée sur l’état physique réel de M. Mills que sur la façon dont VIA perçoit le mal dont celui-ci est atteint. Si l’employeur attribue à un état connu des limitations plus sévères que celles qui existent réellement, l’employé est effectivement considéré comme invalide: *Philip Foucault c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1981), 2 C.H.R.R. D/475. Il est nécessaire d’insister sur la question de la perception parce que la législation en matière de droits de la personne vise à empêcher les effets d’un comportement discriminatoire. Il faut songer par exemple au cas d’une personne partiellement voyante qui se voit refuser des possibilités d’emploi parce qu’un employeur a par erreur l’impression que sa vue est pire qu’elle ne l’est réellement. N’y a-t-il pas eu discrimination fondée sur la déficience? La personne qui est atteinte de troubles de la vue doit-elle être privée d’un redressement fondé sur la LCDP? Cette question est encore plus évidente dans un contexte autre que la déficience. Qu’arriverait-il si une femme n’était pas embauchée parce qu’elle est perçue comme étant une autochtone et que l’employeur a des préjugés au sujet de l’aptitude des travailleurs autochtones? Tous s’entendraient pour dire que l’employeur ne devrait pas échapper à la loi si le travailleur n’était pas en fait d’origine autochtone.



[29] VIA argues that the Tribunal's reasoning is paradoxical because it cites disability as the ground of discrimination but then finds that Mr. Mills was in fact capable of performing his job duties. However, the paradox in this instance stems from VIA's changing perception of Mr. Mills' condition. VIA certainly thought Mr. Mills' back condition serious enough in October 1991. According to Dr. Nurse, VIA's own staff physician, Mr. Mills, in November 1991, was "unfit for his present job . . . [and should] either be offered a disability pension or some other form of employment" (at page 7, Tribunal decision; at page 21, applicant's record; [at paragraph 30 QL]). Through October 1991 until July 1993, VIA deemed Mr. Mills totally incapacitated for his job and balked at returning him to work. It then negotiated with the Union for his reinstatement. And now in the course of oral argument, VIA argues that Mr. Mills is not entitled to the protection of the CHRA on the ground of disability because he is not in fact disabled.

## 2. The Diversity of Medical Opinion

[30] However, VIA also argues that its perception of Mr. Mills' medical condition was an accurate one because it was based on the appropriate medical evidence. According to VIA, the Tribunal committed a reviewable error in preferring a posterior medical opinion to the contemporaneous information of VIA's medical experts. VIA submits that the Tribunal did not follow the principle of law established in *Canada (Attorney-General) v. Beaulieu* (1993), 103 D.L.R. (4th) 217 (F.C.A.) (*Beaulieu*). In *Beaulieu*, the Federal Court of Appeal held that a tribunal had to rely on contemporaneous medical evidence rather than citing *ex post facto* opinion removed from the relevant period.

[31] According to VIA, the Tribunal erred when it cited with approval Dr. Orrell's evidence on the issue of Mr. Mills' capacity to work in October 1991. VIA argues that other contemporaneous and credible

[29] VIA soutient que le Tribunal tient un raisonnement paradoxal parce qu'il cite la déficience comme motif de distinction illicite, mais conclut ensuite que M. Mills était en fait capable d'accomplir les tâches liées à son emploi. Toutefois, dans ce cas-ci, le paradoxe découle de la perception changeante de VIA au sujet de l'état de M. Mills. VIA croyait certainement que les maux de dos de M. Mills étaient suffisamment graves en octobre 1991. Le médecin au service de VIA, le D<sup>r</sup> Nurse, a déclaré, en novembre 1991, que M. Mills était [TRADUCTION] «inapte à occuper son poste . . . [et qu'on devrait] lui offrir une pension d'invalidité ou un autre genre d'emploi» (aux pages 9 et 10 de la décision du Tribunal; à la page 21 du dossier de la requérante; [au paragraphe 30 de QL]). Pendant tout le mois d'octobre 1991, jusqu'au mois de juillet 1993, VIA a présumé que M. Mills était tout à fait incapable d'exercer son emploi et a hésité à lui permettre de retourner travailler. VIA a ensuite négocié avec le syndicat en vue de la réintégration de M. Mills. Dans le cadre de l'argumentation orale, VIA soutient maintenant que M. Mills n'a pas droit à la protection de la LCDP pour cause de déficience parce qu'en fait, il n'est pas invalide.

## 2. Les diverses opinions médicales

[30] Toutefois, VIA soutient également que sa perception de l'état de santé de M. Mills était exacte parce que cette perception était fondée sur une preuve médicale appropriée. Selon VIA, le Tribunal a commis une erreur susceptible d'examen en préférant une opinion médicale postérieure aux renseignements contemporains de ses experts. VIA soutient que le Tribunal n'a pas suivi le principe de droit établi dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Beaulieu* (1993), 103 D.L.R. (4th) 217 (C.A.F.) (*Beaulieu*). Dans l'arrêt *Beaulieu*, la Cour d'appel fédérale a statué qu'un tribunal devait se fonder sur la preuve médicale contemporaine plutôt que de citer une opinion exprimée après coup en dehors de la période pertinente.

[31] Selon VIA, le Tribunal a commis une erreur en citant avec approbation la preuve présentée par le D<sup>r</sup> Orrell au sujet de la question de la capacité de M. Mills de travailler en octobre 1991. VIA soutient

medical evidence existed to the contrary. Dr. Orrell only offered his opinion in December 1993, a little over two years after Mr. Mills' abortive return to work.

[32] The Tribunal's conclusions in relation to the medical evidence are findings of fact. According to *Kibale v. Transport Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022 (F.C.A.), at page 17,023, when a court is asked to intervene because of the way a tribunal assessed the evidence, it is asked to correct a finding of fact. In the case at bar, VIA disputes how the Tribunal has weighed the varying medical opinions. Thus, VIA attacks a finding of fact. However, VIA also states that in weighing the medical evidence, the Tribunal failed to apply the proper legal tests and therefore violated the principle established in *Beaulieu*.

[33] In the case at bar, the Tribunal's finding is stated in the following terms: "the decision that Mr. Mills was disabled to the point that he could not perform his duties as a chef or indeed any other duties on board a train was not based upon any proper assessment of his performance in the workplace" (at page 16, Tribunal decision; at page 30, applicant's record; [at paragraph 61 QL]). I should state from the outset that I am satisfied that this finding is not erroneous. Even if I were to find otherwise, the Board did not make its finding in a capricious or perverse manner or without regard to the evidence before it.

[34] In a December 6, 1993 written report, Dr. Orrell concluded that although Mr. Mills had a back impairment, he could have returned to the workplace as a chef in October 1991 if there had only been a restriction on heavy lifting. During Dr. Orrell's testimony before the Tribunal, he elaborated on his views. According to Dr. Orrell, in October 1991, VIA had failed to adequately assess the evidence. Dr. Orrell stated in his testimony before the Tribunal that Mr. Mills' back condition in October 1991 could be appreciated even slightly more two years after the fact because of the absence of intervening injury or

qu'il existait d'autres éléments de preuve médicale contemporains et dignes de foi à l'effet contraire. Le D' Orrell n'a exprimé son opinion qu'en décembre 1993, soit un peu plus de deux ans après que M. Mills eut tenté en vain de retourner travailler.

[32] Les conclusions tirées par le Tribunal à l'égard de la preuve médicale sont des conclusions de fait. Selon le jugement *Kibale c. Transports Canada et al.* (1988), 88 CLLC 17,022 (C.A.F.), à la page 17,023, lorsqu'on demande à une cour d'intervenir à cause de la façon dont un office a évalué la preuve, on lui demande de corriger une conclusion de fait. En l'espèce, VIA conteste la façon dont le Tribunal a soupesé les diverses opinions médicales. Ainsi, VIA conteste une conclusion de fait. Toutefois, elle dit également qu'en soupesant la preuve médicale, le Tribunal a omis d'appliquer les critères juridiques appropriés et qu'il a donc violé le principe établi dans l'arrêt *Beaulieu*.

[33] En l'espèce, le Tribunal a énoncé sa conclusion comme suit: «la décision selon laquelle M. Mills était invalide au point de ne pouvoir remplir ses fonctions de chef, voire celles de tout autre poste à bord d'un train, n'a pas été prise après un examen approprié de son rendement au travail» (à la page 21 de la décision du Tribunal; à la page 30 du dossier de la requérante; [au paragraphe 61 de QL]). Je dois dire que je suis au départ convaincu que cette conclusion n'est pas erronée. Même si je devais tirer une conclusion contraire, le Tribunal n'a pas tiré sa conclusion de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il disposait.

[34] Dans son rapport écrit du 6 décembre 1993, le D' Orrell a conclu que même si M. Mills était atteint de maux de dos, il aurait pu retourner travailler comme chef en octobre 1991, si ce n'avait été que de la restriction relative aux charges lourdes. Lorsqu'il a témoigné devant le Tribunal, le D' Orrell a donné des explications à ce sujet. Il a déclaré qu'en octobre 1991, VIA avait omis d'évaluer la preuve d'une façon adéquate. Dans son témoignage devant le Tribunal, le D' Orrell a déclaré que le mal de dos dont M. Mills souffrait en octobre 1991 pouvait même être évalué un peu mieux deux ans plus tard parce que, dans l'inter-

deterioration due to disease. VIA failed because it did not strive to understand the complexities of Mr. Mills' condition; it could have ordered an ergonomic appraisal of Mr. Mills' work site and considered the course of his intensive program of physiotherapy.

[35] The Tribunal also found favour with Dr. Orrell's opinion because it was buttressed by Dr. Wawrzyszyn's contemporaneous and first-hand statements from October 1991 and his earlier medical opinion from March 1990. Both Dr. Orrell and Dr. Wawrzyszyn testified before the Tribunal but the only physician to testify on VIA's behalf was Dr. Pigeon, who had conducted only a paper review of Mr. Mills' case after the fact.

[36] However, VIA disputed Dr. Wawrzyszyn's credibility and suggested that since Dr. Wawrzyszyn's opinion was allied with Dr. Orrell's in the Tribunal's finding, the two opinions must stand or fall together. VIA alleges that Dr. Wawrzyszyn could offer little of substance to explain two contrary opinions that he gave in the same month on Mr. Mills' medical condition. In October 1991, Dr. Wawrzyszyn was asked by Mr. Mills to offer a prognosis in an insurance application for a loan submitted by Mr. Mills. On the insurance application form, Dr. Wawrzyszyn indicated that Mr. Mills was not totally disabled, but that he could only return to work in one to three months. However, in the same period, October 1991, Dr. Wawrzyszyn deemed Mr. Mills immediately fit to return to work.

[37] During Dr. Wawrzyszyn's testimony before the Tribunal, he acknowledged and attempted to explain the apparent contradiction. According to Dr. Wawrzyszyn, when he drafted the insurance form, he knew that Mr. Mills was set to visit an orthopaedic specialist who might order further follow-up. Since the possibility of future consultations could delay Mr. Mills' return to work by a month or more, Dr.

valle, M. Mills n'avait subi aucune blessure ou que son état ne s'était pas aggravé en raison d'une maladie. VIA a failli à son devoir parce qu'elle n'a pas cherché à comprendre le caractère complexe de l'état de M. Mills; elle aurait pu ordonner une évaluation ergonomique du lieu de travail de M. Mills et tenir compte du progrès accompli dans le cadre de son programme intensif de physiothérapie.

[35] Le Tribunal a également retenu l'opinion du D<sup>r</sup> Orrell parce qu'elle était étayée par les déclarations contemporaines fondées sur des observations directes que le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn avait faites en octobre 1991 et par l'opinion médicale antérieure que ce dernier avait exprimée en mars 1990. Le D<sup>r</sup> Orrell et le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn ont tous les deux témoigné devant le Tribunal, mais le seul médecin à témoigner pour le compte de VIA était le D<sup>r</sup> Pigeon, qui n'avait effectué qu'un examen de M. Mills après coup.

[36] Toutefois, VIA a contesté la crédibilité du D<sup>r</sup> Wawrzyszyn et a soutenu qu'étant donné que l'opinion de celui-ci était liée à celle du D<sup>r</sup> Orrell dans la conclusion du Tribunal, les deux opinions doivent être maintenues ou être rejetées ensemble. VIA allègue que le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn n'a pu offrir que peu d'explications au sujet des deux opinions contradictoires qu'il avait exprimées le même mois au sujet de l'état de santé de M. Mills. En octobre 1991, M. Mills a demandé au D<sup>r</sup> Wawrzyszyn de donner un pronostic dans une demande d'assurance en vue de l'obtention d'un prêt qu'il avait présentée. Sur le formulaire de demande d'assurance, le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn a déclaré que M. Mills n'était pas totalement invalide, mais qu'il ne pouvait retourner travailler que dans un délai d'un à trois mois. Toutefois, au cours de la même période, en octobre 1991, le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn a jugé que M. Mills était apte à retourner travailler immédiatement.

[37] Lorsqu'il a témoigné devant le Tribunal, le D<sup>r</sup> Wawrzyszyn a reconnu la contradiction apparente, et a tenté de l'expliquer. Il a déclaré que lorsqu'il avait rédigé le formulaire d'assurance, il savait que M. Mills devait se rendre chez un orthopédiste qui pourrait demander un suivi. Étant donné que la possibilité de consultations futures pouvait retarder d'au moins un mois le retour au travail de M. Mills,

Wawrzyszyn put aside his personal opinion of Mr. Mills' readiness to return to work and drafted his response with that in mind. The Tribunal itself did not address Dr. Wawrzyszyn's credibility. It apparently accepted Dr. Wawrzyszyn's explanation that he had acted out of an excess of caution in filling out the insurance form and not with any intent to deceive. It was open to the Tribunal to give weight to Dr. Wawrzyszyn's opinion and accept his explanation as plausible.

[38] There is also no suggestion in the Tribunal's decision that it did not have regard to the material before it. The Tribunal carefully examined Mr. Mills' rather involved medical history and did not confine its discussion of the varied consultations and medical opinions to the primary August 1991 incident. The Tribunal analyzed and sifted through a diversity of relevant medical opinions, including those expressed before, during and after the August 1991 injury and abortive return to work in October 1991. For instance, the Tribunal looked to the multiple, but consistent medical opinions offered in the wake of Mr. Mills' earlier March 1990 accident. In essence, the earlier evidence from March 1990 reveals that more than one year before the August 1991 incident, Dr. Wawrzyszyn advised Mr. Mills to refrain from heavy lifting, stretching and pulling (at page 6, Tribunal decision; at page 20, applicant's record; [at paragraph 25 QL]). VIA's own physician, Dr. Nurse, acknowledged the necessity of the restrictions on lifting (although he qualified it as a temporary restriction) in his own follow-up report from October 1990. The Tribunal did not act unreasonably because it gave greater weight to the opinion of Dr. Orrell or find it "much more persuasive" (at page 23, Tribunal decision; at page 37, applicant's record; [at paragraph 62 QL]) in the light of the earlier opinions.

le D' Wawrzyszyn n'a pas tenu compte de son opinion personnelle au sujet de l'aptitude de M. Mills à retourner travailler et a rédigé sa réponse en conséquence. Le Tribunal lui-même ne s'est pas penché sur la question de la crédibilité du D' Wawrzyszyn. Il a apparemment accepté l'explication que le D' Wawrzyszyn avait donnée, à savoir qu'en remplissant le formulaire d'assurance, il avait agi par excès de prudence et non dans l'intention de tromper qui que ce soit. Le Tribunal était libre d'accorder de l'importance à l'opinion du D' Wawrzyszyn et de reconnaître cette explication comme vraisemblable.

[38] De plus, rien ne laisse croire dans la décision, du Tribunal qu'il n'a pas tenu compte des éléments mis à sa disposition. Le Tribunal a minutieusement examiné les antécédents médicaux plutôt complexes de M. Mills et n'a pas limité son analyse des diverses consultations et opinions médicales à l'événement déterminant du mois d'août 1991. Le Tribunal a analysé diverses opinions médicales pertinentes et les a minutieusement examinées, y compris les opinions exprimées avant ou après l'accident du mois d'août 1991 ou la tentative infructueuse de retour au travail, en octobre 1991, ou encore les opinions exprimées à ce moment-là. Ainsi, le Tribunal a examiné les opinions médicales multiples mais compatibles, qui avaient été exprimées par suite de l'accident que M. Mills avait subi en mars 1990. La preuve antérieure du mois de mars 1990 révèle essentiellement que plus d'un an avant l'événement du mois d'août 1991, le D' Wawrzyszyn avait conseillé à M. Mills de s'abstenir de soulever des charges lourdes et de faire des mouvements d'extension et de traction (à la page 8 de la décision du Tribunal; à la page 20 du dossier de la requérante; [au paragraphe 25 de QL]). Le médecin de VIA, le D' Nurse, a reconnu la nécessité des restrictions concernant les charges lourdes (bien qu'il les ait qualifiées de restrictions temporaires) dans son propre suivi du mois d'octobre 1990. Le Tribunal n'a pas agi d'une façon déraisonnable parce qu'il a accordé plus d'importance à l'opinion du D' Orrell ou parce qu'il l'a trouvée «beaucoup plus convaincant[e]» (à la page 21 de la décision du Tribunal; à la page 37 du dossier de la requérante; [au paragraphe 62 de QL]) à la lumière des opinions antérieures.

[39] The Tribunal also had the weight of Dr. Brown's 1992 opinion, another orthopaedic surgeon, who recommended that Mr. Mills return to work in some capacity, if not as a baggage handler (at page 10, Tribunal decision; at page 24, applicant's record; [at paragraph 37 QL]). Finally, the Tribunal gave little weight to Dr. Pigeon's opinion, the sole physician to conclusively state that Mr. Mills could not perform any duties on board the train. The Tribunal emphasized that Dr. Pigeon had conducted only a paper review of Mr. Mills' file before he deemed Mr. Mills unfit to work on board the train in any capacity. Even though both Dr. Orrell and Dr. Pigeon testified, of the two, only Dr. Orrell had conducted a physical examination of Mr. Mills.

[40] Hindsight also proved of assistance to the Tribunal in its assessment of the merits of the diverse medical opinions. The Tribunal remarked upon the fact that when Mr. Mills worked as a chef only from July 1993 until October 1994, he did not have to take any back-related absences. According to the Tribunal, this raises "some interesting questions regarding the opinions expressed earlier that he was 100% disabled" (at page 12, Tribunal decision; at page 26, applicant's record; [at paragraph 47 QL]).

[41] The Tribunal's finding that VIA had not performed an adequate and comprehensive investigation into the medical evidence does not therefore warrant judicial review. The *Beaulieu* case is a red herring and can be readily distinguished from the case at bar. First, in *Beaulieu*, Justice Marceau found that Mr. Beaulieu's employer, the Canadian Armed Forces (the CAF), had performed a thorough and comprehensive review of Mr. Beaulieu's medical condition in the first instance before it concluded that his disability (epilepsy) did not allow him to fulfill his job duties as a member of the Armed Forces. Subsequently, it was determined that Mr. Beaulieu may not in fact have suffered from epilepsy when he was discharged.

[42] In the case at bar, in contrast, the Tribunal was entitled to look to Dr. Orrell's opinion because the

[39] Le Tribunal disposait également de l'opinion exprimée en 1992 par le D<sup>r</sup> Brown, un autre chirurgien orthopédiste, qui avait recommandé que M. Mills retourne travailler en occupant un poste quelconque sauf celui de préposé aux bagages (à la page 13 de la décision du Tribunal; à la page 24 du dossier de la requérante; [au paragraphe 37 de QL]). Enfin, le Tribunal a accordé peu d'importance à l'opinion du D<sup>r</sup> Pigeon, le seul médecin qui a déclaré d'une façon concluante que M. Mills ne pouvait pas s'acquitter de quelque tâche que ce soit dans le train. Le Tribunal a mis l'accent sur le fait que le D<sup>r</sup> Pigeon n'avait effectué qu'un examen du dossier de M. Mills avant de juger ce dernier inapte à travailler dans un train en quelque qualité que ce soit. Même si le D<sup>r</sup> Orrell et le D<sup>r</sup> Pigeon ont tous les deux témoigné, seul le D<sup>r</sup> Orrell a fait subir un examen physique à M. Mills.

[40] Une analyse rétrospective a également aidé le Tribunal dans son évaluation du bien-fondé des diverses opinions médicales. Celui-ci a fait remarquer que lorsque M. Mills travaillait uniquement comme chef du mois de juillet 1993 au mois d'octobre 1994, il n'avait pas eu à prendre congé à cause de maux de dos. Selon le Tribunal, cela soulève «des questions intéressantes concernant les opinions exprimées plus tôt selon lesquelles il était invalide à 100 %» (à la page 16 de la décision du Tribunal; à la page 26 du dossier de la requérante; [au paragraphe 47 de QL]).

[41] La conclusion du Tribunal selon laquelle VIA n'avait pas effectué une enquête adéquate et exhaustive sur la preuve médicale ne justifie donc pas un contrôle judiciaire. L'arrêt *Beaulieu* est un faux-fuyant et peut facilement être distingué de la présente espèce. En premier lieu, dans l'arrêt *Beaulieu*, le juge Marceau a conclu que l'employeur de M. Beaulieu, les Forces armées canadiennes (les FAC), avait effectué un examen approfondi et exhaustif de l'état de santé de M. Beaulieu avant de conclure que sa déficience (l'épilepsie) ne lui permettait pas de s'acquitter de ses tâches en tant que membre des Forces armées. Par la suite, on a conclu que M. Beaulieu ne souffrait peut-être pas en fait d'épilepsie lorsqu'il avait été réformé.

[42] Par contre, en l'espèce, le Tribunal avait le droit de tenir compte de l'opinion du D<sup>r</sup> Orrell parce que la

contemporaneous evidence from October 1991 was incomplete and internally conflicting. For instance, VIA sent Mr. Mills to an orthopaedic specialist, Dr. Holmes, because it was not satisfied with the note from Mr. Mills' family physician deeming him fit to work. However, after Dr. Holmes gave an initial report that did not directly contradict or dispute the family physician's opinion, VIA still refused to return Mr. Mills to the job. VIA balked at reinstating Mr. Mills to a position without heavy lifting but did not undertake in October-November 1991 any further medical examination of Mr. Mills. Dr. Brown opined in July 1992 that Mr. Mills was totally disabled for the baggage handler position because it involved heavy lifting, but he also expressly advocated that Mr. Mills should and could return to work in some capacity on a train.

[43] Furthermore, *Beaulieu* concerned an issue of procedural fairness because the CAF alleged that it had been denied the opportunity to present evidence and become aware of the Commission's position. As stated above in relation to the preliminary issue, VIA did not contest the procedural fairness of the Tribunal's actions or the disclosure of the Commission's position prior to the hearings.

### 3. VIA's Defences to a *Prima Facie* Case of Discrimination

[44] VIA also argues that the Tribunal erred in law because it failed to make any express finding on the nature of the discrimination suffered by Mr. Mills. In the absence of such a finding, the Tribunal did not give proper weight to VIA's possible defence to the charge that it had discriminated against Mr. Mills. I am in agreement with VIA's submission and hold that judicial review of the Tribunal's decision is therefore warranted on this issue because the Tribunal incorrectly applied the law.

preuve contemporaine du mois d'octobre 1991 était incomplète et qu'elle était en soi incohérente. Ainsi, VIA a renvoyé M. Mills chez un spécialiste orthopédiste, le D<sup>r</sup> Holmes, parce qu'elle n'était pas satisfaite de la note dans laquelle le médecin de famille de M. Mills avait jugé celui-ci apte à travailler. Toutefois, après que le D<sup>r</sup> Holmes eut remis un rapport initial qui ne contredisait pas directement ou ne remettait pas directement en question l'opinion du médecin de famille, VIA a néanmoins refusé de permettre à M. Mills de retourner travailler. VIA a hésité à réintégrer M. Mills dans un poste ne comportant pas l'obligation de soulever des charges lourdes, mais elle n'a effectué, en octobre ou novembre 1991, aucun examen médical supplémentaire de M. Mills. En juillet 1992, le D<sup>r</sup> Brown estimait que M. Mills était totalement invalide relativement au poste de porteur parce que cela l'obligeait à soulever des charges lourdes, mais il a également expressément dit que M. Mills devait et pouvait retourner travailler dans un train en une qualité quelconque.

[43] En outre, l'arrêt *Beaulieu* se rapportait à une question d'équité procédurale parce que les FAC avaient allégué qu'on leur avait refusé la possibilité de présenter des éléments de preuve et d'être mises au courant de la position de la Commission. Comme il en a ci-dessus été fait mention relativement à la question préliminaire, VIA n'alléguait pas que les mesures prises par le Tribunal n'étaient pas conformes à l'équité procédurale et ne contestait pas non plus la divulgation de la position de la Commission avant les audiences.

### 3. Moyens de défense de VIA contre une plainte apparemment fondée de discrimination

[44] VIA soutient également que le Tribunal a commis une erreur de droit parce qu'il a omis de tirer une conclusion expresse au sujet de la nature de la discrimination dont M. Mills avait été victime. En l'absence de pareille conclusion, le Tribunal n'a pas accordé l'importance appropriée au moyen de défense que VIA pouvait invoquer contre l'allégation selon laquelle elle avait commis un acte discriminatoire à l'endroit de M. Mills. Je souscris à l'argument de VIA et je conclus que le contrôle judiciaire de la décision

du Tribunal est donc justifié sur ce point parce que le Tribunal a appliqué la loi d'une façon erronée.

[45] In the jurisprudence, the courts have detailed two basic types of discrimination: direct and indirect. Each type of discrimination has a distinct chain of reasoning and defences. In *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 551 (*Simpsons-Sears*), Justice McIntyre for the Supreme Court set out the differences between the two forms of discrimination:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some specific characteristic of the employee or group, obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

[46] In cases of direct discrimination, the employer can assert as a defence that the general rule attacked as discriminatory is in fact a *bona fide* occupational requirement (BFOR): *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at page 506. Paragraph 15(a) of the CHRA stipulates that "any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment" is not a discriminatory practice if the refusal is based on a BFOR. There can be no individual accommodation or assessment in a case of direct discrimination: *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at page 588.

[45] Dans les arrêts, les tribunaux ont énoncé deux types fondamentaux de discrimination: la discrimination directe et la discrimination indirecte. Chaque type de discrimination comporte une série distincte de raisonnements et de moyens de défense. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 551, (*Simpsons-Sears*), le juge McIntyre, de la Cour suprême, a énoncé les différences qui existent entre les deux formes de discrimination:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a une discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir» . . . D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

[46] Dans une affaire de discrimination directe, l'employeur peut se défendre en disant que la règle générale qui est contestée pour le motif qu'elle est discriminatoire constitue en fait une exigence professionnelle justifiée (EPJ): *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, à la page 506. L'alinéa 15a) de la LCDP prévoit que «les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur» ne constituent pas des actes discriminatoires s'ils découlent d'une EPJ. Il ne peut y avoir aucune accommodation ou évaluation individuelle dans un cas de discrimination directe: *Bhinder et autres c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561, à la page 588.

[47] In contrast, the defence in a case of indirect discrimination is centered on individual needs and characteristics. The employer has a duty to accommodate the individual applicant up to the point of undue hardship: see *Canada (Attorney General) v. Robinson*, [1994] 3 F.C. 228 (C.A.), at page 249. If the employer fails to perform his or her duty, the tribunal will fill in the gaps.

[48] The Tribunal in the case at bar stated plainly that VIA had discriminated against Mr. Mills on the basis of disability but it did not elaborate on the nature of this discrimination. It held, “The Tribunal is unanimously of the view that this case is determined on the facts as opposed to any complex application of the law” (at page 16, Tribunal decision; at page 30, applicant’s record; [at paragraph 60 QL]). In effect, the Tribunal did not expressly turn its mind to the distinctions in the law between direct and indirect discrimination.

[49] However, there was not a complete absence of legal analysis in the Tribunal’s decision. The Tribunal did quote from Justice McIntyre’s reasons in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208 (*Etobicoke*) and *Simpsons-Sears*, *supra*, at page 538. *Etobicoke* concerned direct discrimination while *Simpsons-Sears* figured on a case of adverse effect or indirect discrimination. In both instances, the Tribunal cited passages addressing the issue of the complainant’s initial burden of proof to show a *prima facie* case of discrimination. Justice McIntyre also alluded to the complainant’s certain relief in the “absence of justification by the employer” (*Etobicoke*) or “absence of an answer from the respondent-employer” (*Simpsons-Sears*). Nonetheless, there is no indication that the Tribunal explicitly considered VIA’s possible justification of a BFOR. If such a defence was not viable because the discrimination at issue was indirect, then the Tribunal had to explicitly make this finding.

[50] VIA nonetheless submits that its evidence before the Tribunal established a case of direct dis-

[47] Par contre, dans une affaire de discrimination indirecte, la défense est axée sur les caractéristiques et besoins individuels. L’employeur est tenu d’accommoder le requérant individuel dans la mesure où cela ne pose pas de problème démesuré: voir *Canada (Procureur général) c. Robinson*, [1994] 3 C.F. 228 (C.A.), à la page 249. Si l’employeur omet de s’acquitter de son obligation, le Tribunal comble les lacunes.

[48] En l’espèce, le Tribunal a clairement dit que VIA avait commis à l’endroit de M. Mills un acte discriminatoire fondé sur la déficience, mais il n’a pas donné de précisions au sujet de la nature de cet acte. Voici ce qu’il a dit: «Le Tribunal estime unanimement qu’il peut trancher la présente affaire en se fondant sur les faits, par opposition à une interprétation complexe de la loi» (à la page 20 de la décision du Tribunal; à la page 30 du dossier de la requérante; [au paragraphe 60 de QL]). En fait, le Tribunal ne s’est pas expressément arrêté aux distinctions de droit entre la discrimination directe et la discrimination indirecte.

[49] Toutefois, dans sa décision, le Tribunal n’a pas complètement omis d’effectuer une analyse du droit. Il a cité les motifs que le juge McIntyre avait prononcés dans les affaires *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208 (*Etobicoke*) et *Simpsons-Sears*, précité, à la page 538. L’arrêt *Etobicoke* portait sur la discrimination directe alors que l’arrêt *Simpsons-Sears* portait sur l’effet préjudiciable ou sur la discrimination indirecte. Dans les deux cas, le Tribunal a cité des passages selon lesquels la charge initiale de la preuve incombait au plaignant lorsqu’il s’agissait de démontrer qu’il était de prime abord victime de discrimination. Le juge McIntyre a également dit que le plaignant avait droit à un redressement «en l’absence de justification de la part de l’employeur» (*Etobicoke*) ou «en l’absence de réplique de l’employeur intimé» (*Simpsons-Sears*). Néanmoins, rien ne montre que le Tribunal a expressément tenu compte de la justification possible de VIA concernant une EPJ. Si pareil moyen de défense n’était pas soutenable parce que la discrimination en question était de nature indirecte, le Tribunal aurait dû le dire.

[50] VIA soutient néanmoins que la preuve qu’elle a présentée devant le Tribunal établissait l’existence



crimination because the rule that all chefs had to perform heavy lifting restricts the employment of individuals with back ailments. However, the Tribunal did not even consider its possible defence of a BFOR under the direct discrimination framework. The Commission in turn submits that the Tribunal had no need to spell out the specific nature of the discrimination at issue in Mr. Mills' case. According to the Commission, the outcome would have been the same whatever label the Tribunal put to the discrimination endured by Mr. Mills because VIA could offer no justification, under any guise or defence, of its discriminatory practice. The Commission argues that VIA did not present any evidence consistent with the test for establishing a BFOR so the Tribunal had no need in its decision to specifically rule out the feasibility of the defence.

[51] I am troubled by the fact that the Tribunal did not spell out the type of discrimination at issue in Mr. Mills' case. I also reject the Commission's arguments that in the present case, the distinction between direct and indirect discrimination is irrelevant. This is especially true because at numerous instances in its written memorandum, the Commission itself is forced to surmise on the Tribunal's decision-making process and ultimate findings:

While not specifically spelled out, it is clear from the face of the Decision and from a review of the evidence that the Tribunal rejected the employer's argument that all positions on the spareboard, including chef, had a Bona Fide Occupational Requirement, i.e. to be fit and able to perform continuous heavy lifting. [My emphasis.] [At para. 74, page 2744, Commission's record.]

[52] The Commission made many other speculative statements striving valiantly to sort through the absence of an explicit finding in the Tribunal's decision. For instance, the Commission argues, "It is clear that the Tribunal rejected the [BFOR] argument given their acknowledgement of the duties of Chef from the collective agreement and the apparent preference for

d'une discrimination directe parce que la règle selon laquelle tous les chefs devaient soulever des charges lourdes empêche les personnes atteintes de maux de dos d'exercer cet emploi. Toutefois, le Tribunal n'a même pas tenu compte du moyen de défense dont pouvait disposer VIA à l'égard de l'EPJ dans le contexte de la discrimination directe. La Commission soutient de son côté que le Tribunal n'avait pas à énoncer la nature précise de la discrimination en cause dans le cas de M. Mills. Selon la Commission, le résultat aurait été le même, quelle que soit la façon dont le Tribunal caractérisait la discrimination dont avait été victime M. Mills, parce que VIA ne pouvait pas offrir de justification, sous quelque prétexte que ce soit ou par quelque moyen de défense que ce soit, de ses actes discriminatoires. La Commission soutient que VIA n'a pas présenté d'élément de preuve compatible avec le critère permettant d'établir l'existence d'une EPJ, de sorte que le Tribunal n'avait pas à écarter expressément, dans sa décision, la possibilité d'invoquer ce moyen de défense.

[51] Le fait que le Tribunal n'a pas énoncé expressément le type de discrimination en cause dans le cas de M. Mills me trouble. Je rejette également les arguments de la Commission selon lesquels, en l'espèce, la distinction entre la discrimination directe et la discrimination indirecte n'est pas pertinente. Cela est particulièrement vrai parce qu'à maintes reprises dans son exposé écrit, la Commission elle-même est obligée de faire des suppositions au sujet du processus décisionnel du Tribunal et de ses conclusions finales:

[TRADUCTION] Bien que la chose ne soit pas énoncée en toutes lettres, il ressort clairement de la décision et de l'examen de la preuve que le Tribunal a rejeté l'argument de l'employeur selon lequel tous les postes de la liste de réserve, y compris celui de chef, comportaient une exigence professionnelle justifiée, à savoir être capable de soulever continuellement des charges lourdes. [Je souligne.] [Paragraphe 74, page 2744 du dossier de la Commission.]

[52] La Commission a fait de nombreuses autres conjectures en tentant vaillamment d'expliquer l'absence de conclusion expresse dans la décision du Tribunal. Ainsi, la Commission soutient: [TRADUCTION] «Il est clair que le Tribunal a rejeté l'argument [concernant l'EPJ] étant donné qu'il a reconnu les tâches de chef énoncées dans la convention collective

Mr. Mills' evidence" (my emphasis) (paragraph 75, page 2744, Commission's record). I have underlined the term "apparent preference" because the Tribunal did not even clearly indicate in clear terms which witness' testimony it found more helpful or credible. However, the Tribunal made an additional finding of fact on the issue of the proper source of information for chef duties. Contrary to the testimony of VIA's witnesses who insisted that heavy lifting was a requirement of the chef's position, the collective agreement made no such stipulation (at page 11, Tribunal decision; at page 25, applicant's record). Finally, the Commission argues in such qualified terms as, "The Tribunal evidently did not find that the evidence supported a BFOR. The Tribunal's decision suggests that they preferred" (at paragraph 90, at page 2747, Commission's record).

[53] In effect, the rest of the Commission's argument is devoted to performing the legal analysis that the Tribunal itself utterly failed to do. It is not the Commission's role to fill in the multiple gaps left wanting in the Tribunal's decision and intuit from vague references in the decision what the Tribunal must have decided. The nature of the discrimination is not mere technicality or feat of nomenclature. As stated above, there are specific defences and chains of reasoning for each type of discrimination. While this might be a difficult area of the law to unravel, that is no justification for not tackling the subject.

[54] By failing to specify the type of discrimination at issue in Mr. Mills' case, the Tribunal left a vacuum and abdicated a responsibility. Both parties rushed to fill in that void. If one sketches an outline of the Tribunal's reasoning process, it becomes clearer how the Tribunal left much unsaid that had to be clarified. After offering a lengthy recital of the facts, including the highlighting of several "noteworthy items", the Tribunal begins its actual analysis at page 12 of its decision with the statutory provisions. The Tribunal then gets into the heart of its decision by examining

et qu'il a apparemment préféré la preuve présentée par M. Mills» (je souligne) (paragraphe 75, page 2744 du dossier de la Commission). J'ai souligné «a apparemment préféré» parce que le Tribunal n'a même pas clairement dit quel témoignage il jugeait le plus utile ou le plus digne de foi. Toutefois, le Tribunal a tiré une conclusion de fait additionnelle sur la question de la source appropriée de renseignements en ce qui concerne les tâches de chef. Contrairement à la déposition des témoins de VIA, qui affirmaient avec insistance que les chefs devaient soulever des charges lourdes, la convention collective ne prévoyait pas cette obligation (à la page 12 de la décision du Tribunal; à la page 25 du dossier de la requérante). Enfin, la Commission soutient, en faisant des réserves, que [TRADUCTION] «[L]e Tribunal n'a de toute évidence pas conclu que la preuve corroborait l'existence d'une EPJ. La décision du Tribunal laisse entendre qu'il a préféré» (paragraphe 90, page 2747 du dossier de la Commission).

[53] En fait, dans le reste de son argumentation, la Commission fait l'analyse juridique que le Tribunal lui-même a manifestement omis de faire. Il n'incombe pas à la Commission de combler les nombreuses lacunes que comporte la décision du Tribunal et de déduire, à partir de vagues mentions figurant dans la décision, ce que le Tribunal doit avoir décidé. La nature de la discrimination n'est pas un simple point théorique ou une question de nomenclature. Comme il en a ci-dessus été fait mention, il existe des moyens de défense et des séries de raisonnements précis pour chaque type de discrimination. Il s'agit peut-être d'un point de droit difficile à démêler, mais cela ne permet pas pour autant de ne pas s'attaquer au sujet.

[54] En omettant de préciser le type de discrimination en cause dans le cas de M. Mills, le Tribunal a laissé un vide et a renoncé à sa responsabilité. Les deux parties se sont empressées de combler ce vide. Si l'on brosse un tableau du raisonnement du Tribunal, il devient clair que celui-ci a omis de dire beaucoup de choses qui devaient être éclaircies. Après avoir longuement énoncé les faits et après avoir notamment mis l'accent sur plusieurs «éléments dignes de mention», le Tribunal entreprend son analyse véritable, à la page 16 de sa décision, en citant des dispositions

Mr. Mills' burden of proving a *prima facie* case of discrimination. The Tribunal then concludes that Mr. Mills satisfied his burden because he demonstrated how VIA had discriminated against him because of its perception, based on inadequate medical evidence, of his total disability to perform the work.

[55] Under the next large heading, "FINDINGS", the Tribunal declares that the case does not depend on any complex application of the law. Logically, at this point in its decision, the Tribunal should have indicated the nature of the discrimination suffered by Mr. Mills and VIA's own burden at mustering a defence against the charge. However, the Tribunal returns to the question of the medical evidence and elaborates on what it had already found in regard to VIA's failure "to obtain the most authoritative and up-to-date medical evidence" (at page 18, Tribunal decision; at page 32, applicant's record; [at paragraph 65 QL]).

[56] The Tribunal then addresses in three short paragraphs VIA's possible defences to the finding of discrimination. They read:

As outlined earlier in this decision, in mid-1992, VIA Rail trained Mr. Mills in Moncton as a Telephone Sales Agent. VIA argued that this was an effort to accommodate Mr. Mills' back ailment and that he rejected it.

The evidence regarding the difficulty for Mr. Mills in getting to Moncton, the absence of any offer of relocation assistance, the short-term nature of any concrete offers of work and the uncertainty surrounding whether there was ever any agreement consummated between VIA and the Union regarding this employment opportunity, certainly diminish its significance. The Tribunal finds that this cannot be regarded as a serious effort to accommodate Mr. Mills.

Thus, the Tribunal finds that VIA Rail did discriminate against Mr. Mills because of back ailment which was not such as to prevent him from performing his duties as a chef and has failed to present any adequate defence. [At page 18, Tribunal decision; at page 32, applicant's record; [at

législatives. Le Tribunal en vient ensuite au cœur de sa décision en examinant l'obligation qui incombe à M. Mills de prouver le bien-fondé d'une plainte de discrimination. Le Tribunal conclut ensuite que M. Mills s'est acquitté de son obligation parce qu'il a démontré comment VIA avait agi d'une façon discriminatoire à son endroit à cause de sa perception, fondée sur une preuve médicale inadéquate, qu'il était tout à fait incapable d'accomplir le travail.

[55] Sous la grande rubrique suivante: «CONCLUSIONS», le Tribunal dit que l'affaire ne dépend pas d'une interprétation complexe de la loi. Logiquement, dans cette partie de la décision, le Tribunal aurait dû indiquer la nature de la discrimination dont M. Mills avait été victime et parler de l'obligation qui incombait à VIA de présenter un moyen de défense contre l'allégation. Toutefois, le Tribunal revient sur la question de la preuve médicale et donne des précisions au sujet de ce qu'il a déjà conclu à l'égard de l'omission de VIA, d'«obten[ir] les preuves médicales les plus autorisées et à jour» (à la page 22 de la décision du Tribunal; à la page 32 du dossier de la requérante; [au paragraphe 65 de QL]).

[56] Le Tribunal parle ensuite, dans trois brefs paragraphes, des moyens que VIA peut invoquer contre la conclusion de discrimination. Ces paragraphes disent:

Tel qu'il a été expliqué au début de la décision, vers le milieu de 1992 VIA Rail a formé M. Mills, à Moncton, en tant qu'agent des ventes par téléphone. VIA soutient qu'il a agi ainsi pour accommoder le mal de dos de M. Mills et que ce dernier a refusé son offre.

La preuve concernant la difficulté pour M. Mills de se rendre à Moncton, l'absence de toute offre d'aide à la réinstallation, la courte durée du travail offert et l'incertitude entourant la question de savoir si VIA et le syndicat en étaient venus à une entente au sujet de cette occasion d'emploi, diminue sans aucun doute l'importance de l'offre en question. Le Tribunal estime qu'on ne saurait considérer cette offre de l'intimé comme un effort sérieux pour composer avec la situation de M. Mills.

Par conséquent, le Tribunal conclut, d'une part, que VIA Rail a fait preuve de discrimination à l'endroit de M. Mills à cause de ses maux de dos, qui n'étaient pas de nature à l'empêcher d'exercer ses fonctions de chef, et, d'autre part, qu'il n'a pas présenté de défense adéquate. [À la page 23 de

paragraphs 67-69 QL.]

[57] By focusing on VIA's failure to accommodate Mr. Mills with the offer of the telephone sales attendant position, the Tribunal has implicitly already found that this is a case of indirect discrimination. After all, the duty to accommodate only becomes relevant in this type of discrimination. However, since the Tribunal never specified in the first place the type of discrimination at stake, VIA can legitimately argue that the Tribunal did not properly consider its BFOR defence or that contrary to the jurisprudence, the Tribunal sought to accommodate Mr. Mills' individual needs within the BFOR by removing the heavy lifting component. A Tribunal's legal findings should not be so absent or slight that the parties or indeed the Court itself is forced to reconstruct or read-in from faint clues what was implicit in the Tribunal's decision.

[58] In my view, the Commission's arguments must fail on the question of the Tribunal's failure to make the appropriate finding and expressly apply the appropriate legal tests under that framework. I am not satisfied with the fact that the Tribunal itself entirely skirted the issue of the nature of the discrimination. The Tribunal must at least turn its mind to the key concepts and actually apply them to the facts at issue. If, as counsel for the Commission argued during the course of the oral hearing, the Tribunal had no need to specify the nature of the discrimination because of the seeming similarity in outcomes in this instance, then the Tribunal had to say why this was the case.

[59] In my view, the Tribunal, in the case at bar, committed a reviewable error of law in failing to specify the nature of the discrimination allegedly suffered by Mr. Mills. In holding that judicial review is warranted, I am not in the same breath concluding that the Tribunal erred in its other findings. However, if VIA did indeed discriminate against Mr. Mills on the basis of disability, then let the Tribunal expressly

la décision du Tribunal; à la page 32 du dossier de la requérante; [aux paragraphes 67 à 69 de QL.]

[57] En mettant l'accent sur le fait que VIA n'avait pas accommodé M. Mills en lui offrant le poste d'agent des ventes par téléphone, le Tribunal a implicitement déjà conclu qu'il s'agit d'un cas de discrimination indirecte. En fait, l'obligation d'accommodation ne s'applique qu'à ce type de discrimination. Toutefois, étant donné que le Tribunal n'a jamais précisé de prime abord le type de discrimination en cause, VIA peut légitimement soutenir qu'il n'a pas tenu compte d'une façon appropriée de la défense dont elle disposait à l'égard d'une EPJ ou que, contrairement à la jurisprudence, il a cherché à accommoder les besoins individuels de M. Mills dans le cadre de l'EPJ en éliminant l'élément concernant les charges lourdes. Les conclusions de droit du Tribunal ne devraient pas être à ce point inexistantes ou faibles que les parties ou de fait, la Cour elle-même se voient obligées d'interpréter de nouveau la décision du Tribunal à partir de vagues indices ou d'y incorporer des éléments qui en faisaient implicitement partie.

[58] À mon avis, les arguments de la Commission doivent être rejetés en ce qui concerne la question de l'omission du Tribunal de tirer la conclusion appropriée et d'appliquer expressément les critères juridiques appropriés dans ce contexte. Je ne suis pas convaincu que le Tribunal lui-même a entièrement évité la question de la nature de la discrimination. Le Tribunal doit au moins s'arrêter aux concepts fondamentaux et les appliquer vraiment aux faits en cause. Si, comme l'avocate de la Commission l'a soutenu pendant l'audience, le Tribunal n'avait pas à préciser la nature de la discrimination à cause de la similarité apparente des résultats de l'instance, il devait alors dire pourquoi c'était le cas.

[59] À mon avis, le Tribunal, en l'espèce, a commis une erreur de droit susceptible de contrôle en omettant de préciser la nature de la discrimination dont M. Mills aurait été victime. En décidant que le contrôle judiciaire est justifié, je ne conclus pas pour autant que le Tribunal a commis une erreur dans ses autres conclusions. Toutefois, si VIA a de fait commis à l'endroit de M. Mills un acte discriminatoire fondé

spell out the nature of this discrimination and how VIA either failed to prove a BFOR or more accurately, accommodate Mr. Mills' disability.

[60] For the reasons stated above, I need not address the sixth issue of the reasonableness of the Tribunal's remedies. Suffice it to say, however, that during the course of oral argument, both parties conceded that there was some lingering confusion and unresolved issues about the quantum of the Tribunal's remedies. Counsel for the Commission and counsel for the Union offered different characterizations of the cap or ceiling on Mr. Mills' recovery of lost wages. The Tribunal reserved jurisdiction over the quantum of damages awarded Mr. Mills if the parties were unable to agree to an amount. VIA in turn argued that the CROA decision was an intervening event unreasonably dismissed or ignored by the Tribunal in its decision. Without plunging into the myriad nuances of the remedies issue, I will simply state that the Tribunal does appear to have overreached itself in ordering Mr. Mills to receive back wages until October 1991 with no recognition that Mr. Mills was on salary at VIA in the position of chef from July 1993 until August 1994.

[61] For the above reasons, the decision of the Canadian Human Rights Tribunal dated May 16, 1996 is quashed and this matter is referred back for a new hearing before a differently constituted Tribunal.

<sup>1</sup> The respondent Commission moved to have the style of cause amended by removing the names of the members of the Tribunal as party respondents. VIA had no objection to this change in the style of cause. I therefore ordered at the beginning of the hearing that the individuals Keith C. Norton, Q.C., Joanne Cowan-McGuigan and Kent Norris should be removed from the case as party respondents.

<sup>2</sup> Mr. Mills lives in Louisbourg, Nova Scotia. Before the 1990 service cutbacks, he commuted to his work in Moncton by train. However, after Mr. Mills was transferred to Halifax, he could no longer commute to work by train

sur la déficience, il faut laisser le Tribunal énoncer expressément la nature de cette discrimination et la façon dont VIA a omis de prouver l'existence d'une EPJ ou, plus exactement, d'accommoder M. Mills à l'égard de sa déficience.

[60] Pour les motifs susmentionnés, je n'ai pas à examiner la sixième question concernant le caractère raisonnable des redressements accordés par le Tribunal. Il suffit de dire que, pendant les plaidoiries orales, les deux parties ont concédé qu'il régnait encore une certaine confusion et qu'il y avait des questions non réglées au sujet du montant des redressements accordés par le Tribunal. L'avocate de la Commission et l'avocat du syndicat ont offert des caractérisations différentes du montant maximal que M. Mills peut recouvrer à l'égard du salaire perdu. Le Tribunal est demeuré saisi de la question du montant des dommages-intérêts accordés à M. Mills si les parties n'arrivaient pas à s'entendre à ce sujet. VIA a de son côté soutenu que la décision du Bureau était un événement qui s'était produit dans l'intervalle, que le Tribunal avait rejeté ou dont il n'avait pas tenu compte, et ce, d'une façon déraisonnable. Je ne veux pas m'attarder aux multiples aspects que comporte la question des redressements; je dirai simplement que le Tribunal semble être allé trop loin en ordonnant que M. Mills touche son salaire rétroactivement au mois d'octobre 1991 sans tenir compte du fait qu'il avait touché déjà un salaire chez VIA, en sa qualité de chef, du mois de juillet 1993 au mois d'août 1994.

[61] Pour les motifs susmentionnés, la décision du Tribunal canadien des droits de la personne du 16 mai 1996 est annulée et l'affaire est renvoyée pour nouvelle audition devant un tribunal composé de membres différents.

<sup>1</sup> La Commission intimée a demandé qu'on modifie l'intitulé de la cause en supprimant le nom des membres du Tribunal à titre de parties intimées. VIA ne s'est pas opposée à cette modification. Au début de l'audience, j'ai donc ordonné que Keith C. Norton, c.r., Joanne Cowan-McGuigan et Kent Norris ne soient plus désignés à titre de parties intimées.

<sup>2</sup> M. Mills habite à Louisbourg (Nouvelle-Écosse). Avant que les services soient réduits en 1990, il se rendait en train à son travail, à Moncton. Toutefois, après avoir été muté à Halifax, il ne pouvait plus se rendre en train à son travail

because there was no passenger railway service between Louisbourg and Halifax. The Tribunal considered this a “noteworthy fact” (at p. 3, Tribunal Decision; at p. 17, the applicant’s record; [at para. 11 QL]).

<sup>3</sup> Mr. Mills injured his back on March 19, 1990 while working as a service attendant. He was off work until October 1990. From 1982 to 1990, he experienced back difficulties on several occasions that required him to usually take less than two weeks off to recuperate. The Tribunal emphasized that the most significant of these episodes occurred when Mr. Mills was working as a service attendant (at p. 4, Tribunal decision; at p. 18, applicant’s record; [at paras. 14, 15 and 19 QL]). Mr. Mills also was injured in two accidents because of equipment malfunction. He therefore further aggravated his back condition.

<sup>4</sup> Under s. 50(2)(c) of the CHRA, the Tribunal has the power to “receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Tribunal sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law.”

parce qu’il n’y avait pas de services de transport de passagers par chemin de fer entre Louisbourg et Halifax. Le Tribunal a estimé qu’il «conv[enait] de noter» ce fait (à la p. 3 de la décision du Tribunal; à la p. 17 du dossier de la requérante; [au par. 11 de QL]).

<sup>3</sup> M. Mills s’est blessé au dos le 19 mars 1990 pendant qu’il travaillait comme préposé aux services. Il a été en congé jusqu’au mois d’octobre 1990. De 1982 à 1990, il a eu à plusieurs reprises des maux de dos qui l’ont obligé à s’absenter, habituellement pendant moins de deux semaines, pour se rétablir. Le Tribunal a mis l’accent sur le fait que la crise la plus grave s’est produite lorsque M. Mills travaillait comme préposé aux services (à la p. 5 de la décision du Tribunal; à la p. 18 du dossier de la requérante; [aux par. 14, 15 et 19 de QL]). M. Mills a également eu deux accidents parce que le matériel fonctionnait mal. Il a donc aggravé son état.

<sup>4</sup> Aux termes de l’art. 50(2)c) de la LCDP, le Tribunal est autorisé à «recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu’il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire».