

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

128-11-CA

WARREN McCONNELL

(Applicant) APPELLANT

- and -

BRUNSWICK NEWS INC., NOUVELLES
BRUNSWICK INC., a body corporate

(Respondent) RESPONDENT

- and -

NEW BRUNSWICK HUMAN RIGHTS
COMMISSION

(Respondent) RESPONDENT

McConnell v. Brunswick News Inc., Nouvelles
Brunswick Inc. and New Brunswick Human
Rights Commission, 2012 NBCA 42

CORAM:

The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
August 25, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
2011 NBQB 224

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 23, 2012

Judgment rendered:
April 26, 2012

WARREN McCONNELL

(Requérant) APPELANT

- et -

BRUNSWICK NEWS INC., NOUVELLES
BRUNSWICK INC., corps constitué

(Intimée) INTIMÉE

- et -

COMMISSION DES DROITS DE LA
PERSONNE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

(Intimée) INTIMÉE

McConnell c. Brunswick News Inc., Nouvelles
Brunswick Inc. et Commission des droits de la
personne du Nouveau-Brunswick, 2012 NBCA 42

CORAM :

L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 25 août 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2011 NBBR 224

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 23 février 2012

Jugement rendu :
Le 26 avril 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Trisha E.M. Gallant-LeBlanc

Pour l'appellant :
Trisha E.M. Gallant-LeBlanc

For the respondent Brunswick News Inc.,
Nouvelles Brunswick Inc.:
Matthew R. Letson and
Kelly T. VanBuskirk

Pour l'intimée Brunswick News Inc., Nouvelles
Brunswick Inc. :
Matthew R. Letson et
Kelly T. VanBuskirk

No one appeared for the respondent New
Brunswick Human Rights Commission

Personne n'a comparu pour l'intimée Commission
des droits de la personne du Nouveau-Brunswick.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$2,500
payable to the respondent, Brunswick News Inc.,
Nouvelles Brunswick Inc.

L'appel est rejeté avec dépens de 2 500 \$ à verser
à l'intimée Brunswick News Inc., Nouvelles
Brunswick Inc.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON J.A.

[1] This appeal is from the dismissal of an application for judicial review of a decision of the Labour and Employment Board, acting as a Board of Inquiry under the *Human Rights Code*, R.S.N.B. 1973, c. H-11 (today R.S.N.B. 2011, c. 171). The Board had been appointed to determine the merits of several allegations of employer discrimination. On a preliminary matter, the single-member Board ruled that all but one of the alleged instances of discrimination were outside the *Code's* one-year limitation period. While the Commission possesses the jurisdiction to extend the period, the Board held that the Commission had failed to do so and, therefore, those allegations were statute-barred. The Board also rejected the Commission's jurisdictional argument that the limitation issue had to be decided in the Court of Queen's Bench. However, the Board went on to address the merits of all of the allegations, lest its ruling be quashed on judicial review. Over the following 12 months, the Board held 17 days of hearings. Its decision is 101 pages in length and embraces 186 paragraphs. While the Board concluded none of the discrimination allegations had been substantiated, provisional assessments were made with respect to the various claims for damages. The Board also held costs could be awarded to a successful complainant under the *Code*. In total, the appellant was seeking nearly \$700,000 in compensation.

[2] On judicial review, six issues were raised, but the application judge found no basis for interference with the Board's decision. Only three issues are raised on this appeal. The application judge erred: (1) in upholding the Board's ruling with respect to the limitation issue; (2) with respect to the onus placed on the complainant to establish discrimination; and (3) by failing to consider the employer's duty to accommodate the employee. As will be made apparent, the appellant (hereinafter the "complainant") cannot succeed on this appeal unless he persuades us that the application judge erred on the first issue, that is to say, the limitation issue. However, as I find no merit in regard to issues (2) and (3), there would be no need to deal with the limitation issue, save for the fact that

recent jurisprudence of the Supreme Court casts doubt on the correctness of the Board's limitation and jurisdictional rulings: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654. The same holds true with respect to the Board's ruling that costs may be awarded to a successful complainant: *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471. These reasons seek to ensure the decision of this Court is not cited as authority for propositions that must be revisited in the fullness of time and argument.

[3] I start with the essential facts. All references to the *Human Rights Code* will be to the 1973 version which was applicable at the relevant time. On June 10, 2002, the respondent employer, Brunswick News Inc. (hereinafter the "employer"), dismissed the complainant after 37 years of service. The employer alleged dismissal "for cause". On December 4, 2002, the complainant filed a complaint with the New Brunswick Human Rights Commission, alleging employer discrimination on the ground of mental disability, as outlined in s. 3 of the *Human Rights Code*. The complaint alleged no less than five distinct instances of discriminatory treatment. On their surface, four would appear to be outside the one year limitation period set down in s. 17.1(1). At the same time, s. 17.1(2) provides that the Commission may extend the limitation period if, in its opinion, an extension is warranted. Prior to the Commission ruling on whether or not the complaint raised an arguable case, the employer brought the limitation issue to the Commission's attention. The complainant made no application to have the time line extended and the Commission remained silent with respect to this matter prior to and after recommending to the Minister responsible for the *Code's* administration that an inquiry be held to consider the merits of the complaints. The Minister accepted the Commission's recommendation and, pursuant to s. 20(1)(b), elected to have the Labour and Employment Board conduct the inquiry.

[4] At the outset, the employer argued four of the five allegations of discrimination were statute-barred. Loosely stated, this is what happened. The complainant would take a temporary leave of absence from work due to mental health

issues that clearly fell within s. 3 of the *Human Rights Code*. Upon his return to work, the complainant would be assigned a different job or task. This happened on several occasions. In the discrimination complaint lodged with the Commission, the complainant argued his employer had failed in its duty to properly accommodate him. The fifth allegation of discrimination was tied to the employer's decision to dismiss the complainant for cause. As that allegation did not involve the duty to accommodate an employee, the Board concluded it was not dealing with a case of "continuing discrimination" such that the earlier instances of discrimination could take shelter under the umbrella of the fifth, thereby avoiding the application of the one-year limitation period.

[5] The Board also rejected the Commission's two additional arguments. First, the Commission argued for a presumption that the Commission did in fact extend the time for filing once it recommended to the Minister that the allegations proceed to the inquiry stage. The Board rejected the argument for the following reason: "It seems to me that in order to constitute a decision to extend the time and be subject to review, there must be some evidence that the deciding body met, considered the merits of the issue, and articulated a decision" (para. 110). As there was no evidence of the Commission dealing with the limitation issue, the Board concluded there could be no implicit extension of time.

[6] The Commission's second argument was that the Board lacked the jurisdiction to determine whether any of the allegations were statute-barred under s. 17.1(1). The Commission maintained the jurisdiction rested with the Court of Queen's Bench on an application for judicial review. So too did the Board reject this argument. The Board noted the jurisprudence was replete with examples of human rights tribunals interpreting and applying the relevant limitation periods. Having regard to the provisions of the *Code*, the Board concluded it possessed the requisite jurisdiction, otherwise "[t]o bifurcate the process and exclude the application of the limitations provision from the Board's jurisdiction would offend the general principle that all disputes between the same parties relating to the same issue are to be disposed of at the same time, s. 26(9) *Judicature Act*" (para. 111). Parenthetically, s. 26(9) of the *Judicature Act*, R.S.N.B.

1973, c. J-2, authorizes the courts to grant both legal and equitable relief in the same proceeding.

[7] In brief, the Board concluded those discrimination allegations tied to the duty to accommodate were statute-barred, leaving for consideration the allegation of discrimination tied to the complainant's dismissal from his job. However, the Board also ruled that if it were "mistaken" on the limitation issue, the merits of the various allegations of discrimination should be examined and decided. The Board did so and concluded that the employer had not discriminated against the appellant on any of the grounds raised in the complaint. The Board also made provisional assessments with respect to the various damage claims. Finally, the Board concluded that should the complainant be successful in any of his claims, the Board possessed the jurisdiction to award costs to the successful complainant. However, the costs issue was decided without the Board having the benefit of the Supreme Court's recent decision in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*. In that case, the Court ruled the federal human rights tribunal did not possess the jurisdiction to award costs to a successful complainant. The interpretative arguments advanced in that case in support of the right to award costs to this party only are similar to the ones considered by the Board in the present case. This is why the Supreme Court's decision casts a long shadow over the Board's ruling.

[8] With respect to the limitation issue, the application judge made three rulings: see 2011 NBQB 224, 376 N.B.R. (2d) 81. First, she held the Board's finding that the Commission had not exercised its discretion to grant an extension of time was a question of fact, for which deference was owed. Second, she agreed with the Board's conclusion that it possessed the jurisdiction to decide whether some of the allegations were statute-barred. The application judge added: "It is just as reasonable to assume that because the Commission referred the whole matter, it wanted the Board to determine all questions which arose including the limitation defence" (para. 25). Third, applying the review standard of reasonableness, the application judge held the Board's finding that four of the five grounds of discrimination were statute-barred fell within the "range of possible outcomes".

[9] The limitation issue raises two discrete issues: (1) Did the Commission implicitly extend the time for filing four of the five discrimination complaints?; and (2) Does the Board possess the jurisdiction to rule on the limitation issue, or does that jurisdiction lie with the Court of Queen's Bench on an application for judicial review? In my opinion, the second question qualifies as a true jurisdictional question, for which the review standard is correctness, a matter I shall deal with shortly. By contrast, the search for the proper review standard with respect to the first question is not self-evident. Based on the Board's reasoning, there can be no such thing as an implicit extension of time because of the requirement to provide reasons. Now let us compare the Board's approach to the one adopted by the Supreme Court in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*. In fairness, it must be recognized that the Supreme Court decision was released after the Board had rendered its decision.

[10] The truncated version of the facts in *Alberta Teachers' Association* is as follows. The Alberta Privacy Commissioner received complaints that the Alberta Teachers' Association had disclosed private information in contravention of the *Alberta Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5 ("*PIPA*"). Under *PIPA*, the Commissioner had 90 days in which to complete an inquiry, unless he notified the parties he was extending time and provided them with an anticipated date for completion. The Commissioner took 22 months before extending the time and it took an adjudicator, delegated by the Commissioner, another seven months to issue an order finding that the Alberta Teachers' Association had breached *PIPA*. The Association applied for judicial review and, for the first time, argued before the "chambers judge" that the Commissioner had lost jurisdiction because of his failure to grant the extension within the 90-day timeline. The chambers judge accepted the argument, as did the majority of the Alberta Court of Appeal. On further appeal, the Supreme Court of Canada outlined several issues: (1) whether the timeline issue should have been dealt with on judicial review, even though the matter had not been raised before the Commissioner or adjudicator; (2) correlatively, whether the matter should be remitted to the adjudicator for a determination; (3) if the matter was to be dealt with on judicial review, what the

applicable standard of review would be, having regard to the fact there were no reasons for decision; (4) whether the timeline issue was a true jurisdictional question, for which the review standard would be correctness.

[11] The Supreme Court held it permissible to raise the timeline issue before the chambers judge as there was no evidentiary inadequacy or prejudice to the parties. The Court also held the notion of a tribunal rendering an implicit decision is sustainable, even though there is a lack of reasons. The reviewing court is entitled to look at the reasons that could have been given had the issue been raised before the tribunal. Moreover, the implicit decision is owed deference on the standard of reasonableness. The headnote to the decision provides a convenient summary of the Supreme Court's approach:

The deference due to a tribunal does not disappear because its decision was implicit. Parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons. When the decision under review concerns an issue that was not raised before the decision-maker, the reviewing court can consider reasons which could have been offered in support of the decision.

[12] In *Alberta Teachers' Association*, the Supreme Court framed the pivotal question in terms of the adjudicator "implicitly" deciding that the Commissioner's failure to grant the extension within the 90 day timeframe did not result in the automatic termination of the inquiry. Applying the review standard of reasonableness, courts are instructed not to "interfere" so long as there is "a reasonable basis upon which the decision maker could have decided as it did" (para. 53). To assist in determining whether there is a "reasonable basis", it is permissible to examine the reasons given by the tribunal in other cases dealing with the same or a similar interpretative issue. Let me explain.

[13] The interpretative issue in *Alberta Teachers' Association* involved s. 50(5) of *PIPA*, which is one of the Commissioner's home statutes. However, the same

interpretative issue arises under s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 (“*FOIPA*”), which is also one of the Commissioner’s home statutes. Applying s. 69(6) of *FOIPA*, the Commissioner had earlier held the timeline could be extended after the expiration of the 90 days. Within this factual context, the Supreme Court held there was a reasonable basis on which the Commissioner and adjudicator could have decided the issue, had it been raised before them. Ultimately, the Supreme Court was unanimous in holding the implicit interpretation given to the legislation by the adjudicator was a reasonable one and the courts below had erred in concluding otherwise.

[14] The Supreme Court addressed whether the timeline issue was a true jurisdictional question and, hence, to be reviewed on the standard of correctness. The Court ruled the interpretative issue was not jurisdictional; a ruling which is consistent with a much earlier decision of the Court, but which attracted only a passing reference in one of the three concurring opinions: see *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596, [1985] S.C.J. No. 29 (QL). However, the Supreme Court was seriously divided on the approach to be taken when determining whether the law should continue to recognize a category of “true jurisdictional question”, for which correctness would be the proper review standard. On this point, the decision offers three sets of concurring reasons.

[15] Writing for the majority, Rothstein J. held that as great uncertainty had continued to plague the existence of a category of true jurisdictional issues, it was appropriate that a tribunal’s interpretation of its home statute should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on the review standard of reasonableness. Rothstein J. expressed the presumption in the following manner: “As long as the true question of jurisdiction category remains, the party seeking to invoke it must be required to demonstrate why the court should not review a tribunal’s interpretation of its home statute on the deferential standard of reasonableness” (para. 39). Alternatively stated, Rothstein J. held the law should proceed on the assumption that a question of law, tied to the tribunal’s home statute or a closely related one, is not

jurisdictional in nature. Binnie J. offered another approach. If the issue before the reviewing court relates to the interpretation or application of the tribunal's home statute or a related statute, and the issue does not raise matters of legal importance beyond the statutory scheme under review, the court should accord deference to the tribunal's decision. So too does Cromwell J. reject the use of a presumption when it comes to identifying jurisdictional issues. But he also distances himself from the approach of Binnie J. Instead, Cromwell J. shifts the emphasis to examining the intent of the legislature. As an aside, Cromwell's approach is reminiscent of the once seminal decision of Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, [1988] S.C.J. No. 101 (QL). It was in that case that the "pragmatic and functional approach" was first promulgated, not for purposes of deciding the proper standard of review, but for determining whether or not an issue was truly jurisdictional.

[16] Returning to the case at hand, the decision in *Alberta Teachers' Association* forces the question of whether the Board and the application judge erred in rejecting the argument that, in recommending the complaint move to the inquiry stage, the Commission must have implicitly decided to grant an extension of time under s. 17.1(2). The argument is all the more compelling once it is recognized that, according to the Supreme Court, the lack of reasons is not a sufficient ground for rejecting the Commission's argument. If that is so, the Board's finding that the Commission could not have implicitly granted an extension is, at the very least, difficult to sustain. This leaves for consideration the jurisdictional question: Who decides whether a particular allegation of discrimination is statute-barred: the Labour and Employment Board, acting as a Board of Inquiry, or the Court of Queen's Bench?

[17] While the Supreme Court has effectively restricted the ambit of the notion of jurisdictional issues, the Court continues to recognize that questions regarding the "jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals" so qualify and, therefore, attract the review standard of correctness. While I am not suggesting that the Court of Queen's Bench qualifies as a specialized tribunal, in the sense in which the Supreme Court was speaking, clearly the question posed herein must be regarded as

jurisdictional in scope. That being so, the proper review standard must be correctness with respect to the Board's finding that it possesses the jurisdiction to determine whether a complaint is statute-barred, rather than the Court of Queen's Bench. That issue is distinct from the question of whether an allegation is statute-barred, a question which does not raise a jurisdictional issue so as to attract the review standard of correctness.

[18] In the present case, the Board's jurisdictional ruling hinges primarily on the general understanding that the law seeks to avoid the bifurcation of administrative decision-making processes. In other words, the jurisdiction of the Board to make rulings with respect to the limitation issue arises by necessary implication. If one accepts that line of reasoning, it should follow that the Board also possesses, for example, the jurisdiction to rule on whether the Commission and Minister erred in finding that the complainant raised an arguable case, which is the test to be applied when ruling on whether a discrimination complaint should go to the inquiry stage. However, the existing jurisprudence of this Court supports the understanding that a recommendation to move forward with an inquiry may be challenged on judicial review in the Court of Queen's Bench: see *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick (Department of Social Development)*, 2010 NBCA 40, 360 N.B.R. (2d) 283, and the Federal Court cases cited therein. In short, bifurcation of the decision-making process is an accepted facet of the process applicable to the handling of discrimination complaints under New Brunswick's *Human Rights Code* and under the federal legislation. Finally, the notion that the Board possesses the jurisdiction to rule on whether a complaint is statute-barred raises yet another question: Was it the intention of the Legislature that a Board of Inquiry would sit on review of preliminary rulings made by the Commission and accepted by the Minister? This question is much broader than the one posed on this appeal and should be addressed when the circumstances are apposite.

[19] One final comment with respect to the jurisdiction of the Board is warranted. The Commission made no formal ruling on whether the limitation period should be extended. But if the matter had been remitted to the Commission, there can be no doubt that time would have been extended. After all, the Commission was aware of

the employer's objection based on four of the five allegations of discrimination, yet all five of the allegations were placed before the Board following the Minister's acceptance of the Commission's recommendation to appoint a Board of Inquiry. Arguably, the employer would have difficulty in opposing an extension of time on the basis of prejudice. All of the allegations occurred within a two-year period.

[20] As noted at the outset, this appeal could have been decided without reference to the limitation issue once the complainant's two substantive grounds of appeal were found materially wanting. In my respectful view, the two grounds lack merit. But for the precedential significance of the Board's ruling on the limitation and jurisdictional issues, and but for the fact those rulings were affirmed on judicial review, I would not have been compelled to deal with them in the manner outlined above.

[21] I turn now to the complainant's remaining two grounds of appeal. The complainant's first argument flows from the following factual scenario. In January of 2000, the complainant's state of mental health required his absence from work in his capacity as Circulation Supervisor. During his seven month absence, the position was abolished and upon his return to work, he was given a new job as Assistant Mailroom Supervisor at the same rate of pay. Before the Board, the complainant argued the employer had refused to place the complainant in his old position of Circulation Supervisor for fear that his disability might materialize if he assumed his old duties. However, the only evidence which the complainant relied on to support his argument came in the form of a submission. The complainant asked the Board to draw an inference that the Circulation Supervisor position was eliminated due to his disability, having regard to the timing of the employer's decision. The Board rejected the complainant's argument on the basis of factual findings: (1) the position of Circulation Supervisor did not exist at the employer's other newspapers; and (2) there was evidence from several witnesses to support the claim that the position was abolished as part of a corporate restructuring.

[22] In my view, there is no basis for interfering with what is essentially a finding of fact by the Board. Admittedly, the complainant has recast the issue in terms of

the Board applying the wrong legal test with respect to ascertaining whether the complainant had established a *prima facie* case of discrimination. The argument is without merit for this reason. The Board may well have accepted that the timing of the employer's decision to eliminate the position of Circulation Supervisor raised an inference that it was done for reasons tied to the complainant's repeated absences from work for mental health reasons. It was also open to the Board to conclude that the inference was sufficient to establish a case of *prima facie* discrimination. However, the employer led evidence to rebut the inference, which evidence the Board found credible and compelling, and this is why the complainant's argument cannot succeed.

[23] The complainant's final ground of appeal is that the trial judge erred in failing to consider the employer's procedural duty to accommodate. As I understand it, the argument flows from the allegation that the employer failed to reasonably accommodate the complainant when he was given the job of Assistant Mailroom Supervisor. The argument is that the employer failed to properly assess the complainant and to consider whether there was an alternate and more fitting position he could perform that was consistent with his experience, skills and potential. The employer acknowledges that in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, [1999] S.C.J. No. 46 (QL), the Supreme Court decided that the procedure used by an employer in considering how to reasonably accommodate is relevant in considering whether an employee has been accommodated to the point of undue hardship. The Supreme Court in *BCGSEU* stated:

Notwithstanding the overlap between the two inquiries, it may often be useful as a practical matter to consider separately, first, the procedure, if any, which was adopted to assess the issue of accommodation and, second, the substantive content of either a more accommodating standard which was offered or alternatively the employer's reasons for not offering any such standard [...]. [para. 66]

[24] The employer also acknowledges jurisprudence which suggests that there may be a separate procedural duty to accommodate that is distinct from the substantive duty to accommodate. However, there is also jurisprudence to the contrary: see *ADGA*

Group Consultants Inc. v. Lane, [2008] O.J. No. 3076 (S.C.J.) (QL), and compare with *Emergency Health Services Commission v. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, [2011] B.C.J. No. 1426 (QL). Regardless of the state of the law governing the accommodation duty, the record and the Board's decision are replete with instances in which the employer engaged the complainant in discussions regarding suitable work and the need to ensure that the complainant was not placed in a stress-filled work environment. In my view, the Board's finding of reasonable accommodation has not been shown to fall outside the "range of acceptable outcomes", as is required when applying the review standard of reasonableness.

[25] The appeal should be dismissed with costs of \$2,500 payable to the respondent, Brunswick News Inc.

LE JUGE ROBERTSON

[1] Le présent appel est formé à l'encontre du rejet d'une requête en révision judiciaire d'une décision de la Commission du travail et de l'emploi, qui agissait à titre de commission d'enquête en vertu du *Code des droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11 (actuellement, L.R.N.-B. 2011, ch. 171). La commission d'enquête avait été formée pour statuer sur le bien-fondé de plusieurs allégations de discrimination de la part de l'employeur. La commission d'enquête, formée d'un seul membre, a tranché une question préliminaire en disant que tous les cas de discrimination présumée, sauf un, dépassaient le délai de prescription d'un an prévu par le *Code*. Bien que la Commission possède la compétence requise pour proroger le délai, la commission d'enquête a déclaré que la Commission ne l'avait pas fait et qu'en conséquence, ces allégations étaient prescrites. La commission d'enquête a également rejeté l'argument de la Commission concernant la compétence, à savoir que la question de la prescription devait être tranchée à la Cour du Banc de la Reine. Toutefois, la commission d'enquête a ensuite examiné le fond de toutes les allégations, au cas où sa décision serait infirmée en révision judiciaire. Au cours des 12 mois suivants, la commission d'enquête a tenu 17 jours d'audiences. Sa décision compte 101 pages et comprend 186 paragraphes. Bien que la commission d'enquête ait conclu qu'aucune des allégations de discrimination n'avait été prouvée, des évaluations provisoires ont été faites à l'égard des diverses demandes de dommages-intérêts. La commission d'enquête a également déclaré que les dépens pouvaient être adjugés à un plaignant qui a gain de cause sous le régime du *Code*. Au total, l'appelant réclamait une indemnité de près de 700 000 \$.

[2] En révision judiciaire, six questions ont été soulevées, mais la juge saisie de la requête n'a trouvé aucun motif de modifier la décision de la commission d'enquête. Seulement trois questions sont soulevées dans le présent appel. La juge saisie de la requête aurait fait erreur : 1) en confirmant la décision de la commission d'enquête sur la question de la prescription; 2) en imposant au plaignant la charge de la preuve montrant

qu'il y a eu discrimination; 3) en ne tenant pas compte de l'obligation de l'employeur de prendre des mesures d'adaptation en faveur de l'employé. Comme on le montrera clairement, l'appelant (ci-après le « plaignant ») ne peut pas avoir gain de cause dans cet appel à moins de nous convaincre que la juge saisie de la requête a fait erreur quant à la première question, celle de la prescription. Toutefois, puisque, à mon avis, les motifs ou questions 2) et 3) sont sans fondement, il ne serait pas nécessaire d'aborder la question de la prescription, n'eût été le fait que la jurisprudence récente de la Cour suprême donne lieu de douter que les décisions de la commission d'enquête sur la prescription et la compétence soient correctes : voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654. Il en va de même de la décision de la commission d'enquête selon laquelle on peut adjuger les dépens à un plaignant qui a gain de cause : voir *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471. Les présents motifs visent à assurer que la décision de notre Cour ne sera pas invoquée comme précédent en faveur de propositions qui devront être réexaminées après une discussion approfondie et après mûre réflexion.

[3] Je commence par les faits essentiels. Tous les renvois au *Code des droits de la personne* citeront la version de 1973, qui était en vigueur pendant la période pertinente. Le 10 juin 2002, l'employeur intimé, Nouvelles Brunswick Inc. (ci-après l'« employeur »), a congédié le plaignant après 37 années de service. Il a soutenu que le congédiement était [TRADUCTION] « motivé ». Le 4 décembre 2002, le plaignant a déposé une plainte à la Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick en affirmant que l'employeur avait fait preuve de discrimination envers lui en raison de son incapacité mentale, comme l'énonce l'art. 3 du *Code des droits de la personne*. La plainte faisait état de pas moins de cinq cas distincts de traitement discriminatoire. À première vue, quatre sembleraient excéder le délai de prescription d'un an établi au par. 17.1(1). Par ailleurs, le par. 17.1(2) prévoit que la Commission peut prolonger le délai de prescription si elle est d'avis qu'une prolongation est justifiée. Avant que la Commission rende une décision sur la question de savoir si le plaignant avait soulevé une cause défendable, l'employeur a attiré l'attention de la Commission sur la question de la

prescription. Le plaignant n'a pas fait de demande de prolongation du délai de prescription, et la Commission n'a rien dit à ce sujet avant ou après avoir recommandé au ministre responsable de l'application du *Code* la tenue d'une enquête afin d'examiner le bien-fondé des plaintes. Le Ministre a accepté la recommandation de la Commission et, conformément à l'al. 20(1)b), a choisi de confier la tenue de l'enquête à la Commission du travail et de l'emploi.

[4] Dès le début, l'employeur a soutenu que quatre des cinq allégations de discrimination étaient prescrites. Voici à peu près ce qui est arrivé. Le plaignant prenait des congés autorisés temporaires en raison de problèmes de santé mentale qui étaient clairement visés par l'art. 3 du *Code des droits de la personne*. À son retour au travail, le plaignant était affecté à une tâche ou à un travail différent. Cela s'est produit à plusieurs occasions. Dans la plainte pour discrimination déposée à la Commission, le plaignant a soutenu que son employeur avait manqué à son obligation de prendre des mesures d'adaptation convenables en sa faveur. La cinquième allégation de discrimination découlait de la décision de l'employeur de congédier le plaignant pour un motif déterminé. Puisque cette allégation n'avait pas de rapport avec l'obligation de prendre des mesures d'adaptation en faveur d'un employé, la commission d'enquête a conclu qu'il ne s'agissait pas d'un cas de [TRADUCTION] « discrimination continue » de telle sorte que les cas de discrimination antérieurs puissent être englobés par le cinquième, ce qui éviterait l'application du délai de prescription d'un an.

[5] La commission d'enquête a également rejeté deux arguments additionnels de la Commission. Tout d'abord, celle-ci a affirmé l'existence d'une présomption voulant qu'elle ait effectivement prolongé le délai de dépôt lorsqu'elle a recommandé au Ministre que les allégations soient portées à l'étape de l'enquête. La commission d'enquête a rejeté cet argument pour le motif suivant : [TRADUCTION] « Il me semble que, pour qu'on présume l'existence d'une décision de proroger le délai et pour que cette décision soit sujette à révision, il doit y avoir une preuve montrant que l'organisme décideur s'est réuni, a examiné le fond de la question et a formulé une décision » (par. 110). Puisqu'il n'existait aucun élément de preuve indiquant que la Commission avait examiné la

question de la prescription, la commission d'enquête a conclu qu'il ne pouvait pas y avoir prorogation implicite du délai.

[6] Le deuxième argument de la Commission était que la commission d'enquête n'avait pas la compétence requise pour déterminer si certaines allégations étaient prescrites en application du par. 17.1(1). La Commission a soutenu que cette compétence appartenait à la Cour du Banc de la Reine dans le cadre d'une requête en révision judiciaire. La commission d'enquête a également rejeté cet argument. Elle a signalé que la jurisprudence contenait de nombreux exemples où des tribunaux des droits de la personne ont interprété et appliqué les délais de prescription pertinents. En ce qui concerne les dispositions du *Code*, la commission d'enquête a conclu qu'elle possédait la compétence requise; sinon, [TRADUCTION] « [l]e dédoublement du processus et le fait de refuser à la commission d'enquête la compétence requise pour appliquer la disposition sur la prescription iraient à l'encontre du principe général voulant que tous les litiges entre les mêmes parties au sujet de la même question soient tranchés en même temps : voir le par. 26(9) de la *Loi sur l'organisation judiciaire* » (par. 111). Soit dit en passant, le par. 26(9) de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, autorise la Cour à accorder à la fois des mesures réparatoires en common law et en equity dans la même instance.

[7] Bref, la commission d'enquête a conclu que les allégations de discrimination liées à l'obligation de prendre des mesures d'adaptation étaient prescrites, de sorte qu'il restait à examiner l'allégation de discrimination liée au congédiement du plaignant. Toutefois, la commission d'enquête a également déclaré que pour le cas où elle aurait [TRADUCTION] « commis une erreur » sur la question de la prescription, il y aurait lieu d'examiner le fond des diverses allégations de discrimination et de prendre une décision. C'est ce que la commission d'enquête a fait, et elle a conclu que l'employeur n'avait fait preuve de discrimination contre l'appelant pour aucun des motifs soulevés dans la plainte. La commission d'enquête a également fait des évaluations provisoires à l'égard des diverses demandes de dommages-intérêts. Enfin, elle a conclu que si le plaignant avait gain de cause à l'égard de certaines de ses demandes, la commission

d'enquête possédait la compétence requise pour adjuger des dépens au plaignant qui a gain de cause. Toutefois, la commission d'enquête a tranché la question des dépens sans avoir pu connaître la décision récente de la Cour suprême dans l'affaire *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que le tribunal fédéral des droits de la personne n'avait pas la compétence requise pour adjuger les dépens au plaignant qui a obtenu gain de cause. Les arguments d'interprétation présentés dans cette affaire à l'appui du droit d'adjuger les dépens uniquement à cette partie ressemblent à ceux que la commission d'enquête a examinés en l'espèce. C'est pourquoi l'arrêt de la Cour suprême met fortement en doute la décision de la commission d'enquête.

[8] Au sujet de la question de la prescription, la juge saisie de la requête a rendu trois décisions : voir 2011 NBBR 224, 376 R.N.-B. (2^e) 81. Premièrement, elle a déclaré que la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle la Commission n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire d'accorder une prorogation du délai était une question de fait, pour laquelle la déférence était de mise. Deuxièmement, elle a souscrit à la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle celle-ci avait compétence pour décider si certaines allégations étaient prescrites. La juge saisie de la requête a ajouté : [TRADUCTION] « Il est tout aussi raisonnable de supposer que la Commission, puisqu'elle avait renvoyé toute l'affaire à la commission d'enquête, voulait que celle-ci tranche toutes les questions soulevées, y compris le moyen de défense fondé sur la prescription » (par. 25). Troisièmement, après avoir appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable, la juge saisie de la requête a affirmé que la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle quatre des cinq motifs de discrimination étaient prescrits appartenait « aux issues possibles ».

[9] La question de la prescription englobe deux questions séparées : 1) La Commission a-t-elle prorogé implicitement le délai pour le dépôt de quatre des cinq plaintes pour discrimination? 2) La commission d'enquête possède-t-elle la compétence voulue pour statuer sur la question de la prescription, ou cette compétence appartient-elle à la Cour du Banc de la Reine dans le cadre d'une requête en révision judiciaire? À mon

avis, la seconde question constitue une véritable question de compétence, pour laquelle la norme de contrôle est celle de la décision correcte, question dont je traiterai bientôt. Au contraire, la recherche de la norme de contrôle appropriée à l'égard de la première question ne va pas de soi. D'après le raisonnement de la commission d'enquête, l'existence d'une prorogation implicite du délai n'est pas concevable, étant donné l'obligation de formuler des motifs. Maintenant, comparons la démarche de la commission d'enquête à celle qu'a adoptée la Cour suprême dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*. En toute justice, il faut reconnaître que la décision de la Cour suprême a été publiée après que la commission d'enquête a rendu sa décision.

[10] Voici une version simplifiée des faits de l'affaire *Alberta Teachers' Association*. Le commissaire à la protection de la vie privée de l'Alberta a reçu des plaintes selon lesquelles l'Alberta Teachers' Association aurait divulgué des renseignements personnels en violation de la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta, S.A. 2003, c. P-6.5. Aux termes de la *Personal Information Protection Act*, le commissaire avait 90 jours pour terminer une enquête, à moins qu'il n'avise les parties qu'il prorogait le délai et ne leur indique une date prévue de fin de l'enquête. Le commissaire a attendu 22 mois avant de proroger le délai, et une arbitre déléguée par le commissaire a pris sept mois additionnels avant de rendre une ordonnance déclarant que l'Alberta Teachers' Association avait enfreint la *Personal Information Protection Act*. L'association a présenté une requête en révision judiciaire et a soutenu pour la première fois, devant le juge siégeant en cabinet, que le commissaire avait perdu sa compétence par suite de son défaut d'accorder la prorogation dans le délai de 90 jours. Le juge siégeant en cabinet a accepté cet argument, de même que la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta. En pourvoi, la Cour suprême du Canada a dégagé plusieurs questions : 1) La question du délai aurait-elle dû être examinée en révision judiciaire, même si elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? 2) Corrélativement, l'affaire devrait-elle être renvoyée à la déléguée pour qu'elle rende une décision? 3) Si la question devait être examinée en révision judiciaire, quelle serait la norme de contrôle applicable, étant donné l'absence de motifs de décision? 4) La question du délai était-elle une

véritable question de compétence, pour laquelle la norme de contrôle serait celle de la décision correcte?

[11] La Cour suprême a déclaré qu'il était permis de soulever la question du délai devant le juge siégeant en cabinet, puisqu'il n'y avait eu ni irrégularité sur le plan de la preuve, ni préjudice causé aux parties. La Cour a également déclaré que l'idée qu'un tribunal administratif ait rendu une décision implicite est défendable, malgré l'absence de motifs. La cour de révision a le droit d'examiner les motifs qui auraient pu être formulés si la question avait été soulevée devant le tribunal administratif. De plus, la décision implicite doit être traitée avec déférence d'après la norme de la décision raisonnable. Le sommaire de la décision résume de façon pratique l'optique de la Cour suprême :

Un tribunal administratif ne cesse pas d'avoir droit à la déférence parce que sa décision est implicite. Les parties ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due à ce dernier. Lorsque la décision contestée porte sur une question qui n'a pas été soulevée devant le décideur, la juridiction de révision peut prendre en compte les motifs qui auraient pu être donnés à l'appui.

[12] Dans l'arrêt *Alberta Teachers' Association*, la Cour suprême a formulé la question cruciale en disant que la déléguée avait « implicitement » décidé que le défaut du commissaire d'accorder la prorogation dans le délai de 90 jours n'avait pas automatiquement mis fin à l'enquête. Si on applique la norme de contrôle de la décision raisonnable, la directive donnée aux tribunaux est de « déférer » à la décision du moment que « la décision pourrait avoir une assise raisonnable » (par. 53). Pour aider à déterminer s'il existe une « assise raisonnable », il est permis d'examiner les motifs rendus par le tribunal administratif dans d'autres affaires soulevant la même question d'interprétation ou une question semblable. Je m'explique.

[13] Dans l'affaire *Alberta Teachers' Association*, la question d'interprétation concernait le par. 50(5) de la *Personal Information Protection Act*, qui est l'une des lois habilitantes du commissaire. Toutefois, la même question d'interprétation se pose au sujet du par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25, qui est également l'une des lois habilitantes du commissaire. Celui-ci, en appliquant le par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, avait affirmé plus tôt que le délai pouvait être prorogé après l'expiration des 90 jours. Dans ce contexte factuel, la Cour suprême a déclaré qu'il existait une assise raisonnable qui aurait permis au commissaire et à sa déléguée de trancher la question si elle avait été soulevée devant eux. À la fin, la Cour suprême a déclaré à l'unanimité que l'interprétation implicite donnée à la loi par la déléguée était raisonnable et que les tribunaux d'instance inférieure avaient fait erreur en tirant la conclusion contraire.

[14] La Cour suprême a examiné si la question du délai était une véritable question de compétence et devait être contrôlée en conséquence selon la norme de la décision correcte. La Cour a déclaré que la question d'interprétation n'avait pas trait à la compétence, décision conforme à un arrêt de la Cour qui est beaucoup plus ancien mais qui a seulement fait l'objet d'une brève mention dans l'une des trois opinions concordantes : voir *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, [1985] A.C.S. n° 29 (QL). Toutefois, de profondes divergences prévalaient au sein de la Cour suprême quant à la démarche à adopter pour déterminer si le droit devrait continuer de reconnaître la catégorie de la « véritable question de compétence », pour laquelle la norme de contrôle appropriée serait celle de la décision correcte. Sur ce point, la décision contient trois ensembles de motifs concordants.

[15] Le juge Rothstein, au nom de la majorité, a déclaré que, étant donné qu'une grande incertitude continue de peser sur l'existence d'une catégorie des véritables questions de compétence, il convenait de présumer que l'interprétation donnée par un tribunal administratif à sa loi constitutive est une question d'interprétation législative commandant la déférence suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable. Le

juge Rothstein a formulé cette présomption comme suit : « Tant que subsiste la catégorie des véritables questions de compétence, la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif ne devrait pas s'effectuer au regard de la norme déférente de la décision raisonnable. » (Par. 39) Le juge Rothstein a exprimé la même idée autrement en disant que le droit devrait supposer au point de départ qu'une question de droit liée à la loi constitutive du tribunal administratif ou à une loi apparentée n'a rien à voir avec la compétence. Le juge Binnie a proposé une autre démarche. Si la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l'interprétation ou à l'application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d'une loi connexe et qu'elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente envers la décision du tribunal administratif. Le juge Cromwell, lui aussi, rejette le recours à une présomption quand il s'agit de cerner les questions de compétence, mais il se dissocie également de la démarche du juge Binnie. Le juge Cromwell met plutôt l'accent sur l'examen de l'intention du législateur. Soit dit en passant, la démarche du juge Cromwell rappelle l'ancienne décision de principe du juge Beetz dans l'affaire *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, [1988] A.C.S. n° 101 (QL). C'est dans cet arrêt que la démarche « pragmatique et fonctionnelle » a été préconisée pour la première fois, non afin de déterminer la norme de contrôle appropriée, mais pour décider si une question se rapportait véritablement à la compétence.

[16] Pour revenir à la présente affaire, l'arrêt *Alberta Teachers' Association* nous oblige à nous demander si la commission d'enquête et la juge saisie de la requête ont fait erreur en rejetant l'argument selon lequel, en recommandant que la plainte soit amenée à l'étape de l'enquête, la Commission a dû décider implicitement d'accorder une prorogation de délai conformément au par. 17.1(2). Cet argument est d'autant plus convaincant une fois qu'on a reconnu que, selon la Cour suprême, l'absence de motifs n'est pas un motif suffisant de rejeter l'argument de la Commission. Si cela est vrai, la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle la Commission ne pouvait pas accorder implicitement une prorogation est, à tout le moins, difficile à défendre. Il nous

reste alors à examiner la question de la compétence : qui décide si une allégation de discrimination est prescrite, la Commission du travail et de l'emploi agissant à titre de commission d'enquête, ou la Cour du Banc de la Reine?

[17] Bien que la Cour suprême ait rétréci en pratique la notion de questions de compétence, elle continue de reconnaître comme telles les questions qui touchent la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents », qui commandent en conséquence la norme de contrôle de la décision correcte. Je ne veux certes pas dire que la Cour du Banc de la Reine constitue un tribunal spécialisé au sens donné à cette expression par la Cour suprême, mais il est clair que la question posée en l'espèce doit être considérée comme une question de compétence. Il s'ensuit que la norme de la décision correcte doit être la norme de contrôle appropriée à appliquer à la conclusion de la commission d'enquête voulant que ce soit elle, plutôt que la Cour du Banc de la Reine, qui possède la compétence requise pour déterminer si une plainte est prescrite. Cette question est distincte de celle de savoir si une allégation est prescrite, laquelle ne soulève pas de question de compétence et ne commande donc pas la norme de contrôle de la décision correcte.

[18] En l'espèce, la décision de la commission d'enquête au sujet de la compétence est fondée surtout sur la proposition générale voulant que le droit cherche à éviter le dédoublement du processus décisionnel en matière administrative : autrement dit, la compétence décisionnelle de la commission d'enquête quant à la question de la prescription découlerait d'une inférence nécessaire. Si on admettait ce mode de raisonnement, il s'ensuivrait que la commission d'enquête possède aussi, par exemple, la compétence requise pour décider si la Commission et le Ministre ont fait erreur en concluant que le plaignant a soulevé une cause défendable, ce qui est le critère à appliquer au moment de décider si une plainte pour discrimination devrait être portée à l'étape de l'enquête. Toutefois, la jurisprudence actuelle appuie la proposition voulant qu'une recommandation de procéder à une enquête puisse être contestée en révision judiciaire à la Cour du Banc de la Reine : voir l'arrêt *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère du*

Développement social), 2010 NBCA 40, 360 R.N.-B. (2^e) 283, et la jurisprudence de la Cour fédérale qui y est citée. Bref, le dédoublement du processus décisionnel est un aspect reconnu du processus applicable au traitement des plaintes pour discrimination sous le régime du *Code des droits de la personne* du Nouveau-Brunswick et de la législation fédérale en la matière. Enfin, l'idée que la commission d'enquête possède la compétence requise pour décider si une plainte est prescrite soulève encore une autre question : l'intention du législateur était-elle qu'une commission d'enquête siège en révision des décisions préliminaires rendues par la Commission et acceptées par le Ministre? Cette question est beaucoup plus large que celle qui est posée dans le présent appel et devrait être abordée lorsque les circonstances s'y prêteront.

[19] Une dernière remarque est indiquée quant à la compétence de la commission d'enquête. La Commission n'a pas rendu de décision officielle indiquant si le délai de prescription devrait être prorogé, mais si cette question lui avait été renvoyée, nul ne peut douter que le délai aurait été prorogé. Après tout, la Commission était consciente de l'objection de l'employeur à l'égard de quatre des cinq allégations de discrimination; pourtant, les cinq allégations ont toutes été soumises à la commission d'enquête après que le Ministre a accepté la recommandation de la Commission préconisant la constitution d'une commission d'enquête. Il est permis de croire que l'employeur aurait difficilement pu s'opposer à une prorogation du délai en soutenant qu'il subirait un préjudice. Tous les incidents allégués se sont produits pendant une période de deux ans.

[20] Comme je l'ai indiqué au début, on aurait pu statuer sur le présent appel sans faire mention de la question de la prescription après avoir conclu que les deux moyens d'appel du plaignant qui concernent le fond étaient nettement insuffisants. Avec égards, je suis d'avis qu'ils sont dénués de fondement. Cependant, n'eût été l'importance jurisprudentielle des décisions de la commission d'enquête sur les questions de prescription et de compétence et le fait que ces décisions ont été confirmées en révision judiciaire, je n'aurais pas été contraint de les discuter comme je l'ai fait ci-dessus.

[21] Je passe maintenant aux deux autres moyens d'appel du plaignant. Le premier argument du plaignant est fondé sur le scénario factuel suivant. En janvier 2000, l'état de santé mentale du plaignant l'a obligé à s'absenter de son travail de superviseur du tirage. Pendant son absence de sept mois, le poste a été aboli, et à son retour au travail, on lui a confié un nouveau poste, celui de superviseur adjoint de la salle du courrier, au même salaire. Devant la commission d'enquête, le plaignant a soutenu que l'employeur avait refusé de lui redonner son ancien poste de superviseur du tirage par crainte de voir son incapacité réapparaître s'il assumait ses anciennes fonctions. Toutefois, la seule preuve invoquée par le plaignant à l'appui de son assertion a été présentée sous forme de mémoire. Le plaignant demandait à la commission d'enquête d'inférer que le poste de superviseur du tirage avait été éliminé en raison de son incapacité, étant donné le moment où l'employeur a pris cette décision. La commission d'enquête a rejeté l'argument du plaignant en s'appuyant sur deux conclusions de fait : 1) le poste de superviseur du tirage n'existait pas dans les bureaux des autres journaux de l'employeur; 2) la preuve provenant de plusieurs témoins appuyait l'assertion selon laquelle le poste avait été aboli dans le cadre d'une restructuration de l'entreprise.

[22] À mon avis, il n'existe aucun motif de modifier ce qui est essentiellement une conclusion de fait tirée par la commission d'enquête. Certes, le plaignant a reformulé la question en disant que la commission d'enquête a appliqué un critère juridique inapproprié pour décider si le plaignant avait présenté une preuve de discrimination suffisante à première vue. L'argument est sans fondement, pour la raison suivante : la commission d'enquête a très bien pu admettre que le moment où l'employeur a décidé d'éliminer le poste de superviseur du tirage permettait d'inférer qu'il a pris cette décision pour des raisons liées aux absences répétées du plaignant pour cause de problèmes de santé mentale. Il était également loisible à la commission d'enquête de conclure que l'inférence était suffisante pour constituer une preuve de discrimination suffisante à première vue. Toutefois, l'employeur a présenté une preuve pour réfuter cette inférence, que la commission d'enquête a trouvée crédible et convaincante, et c'est pourquoi l'argument du plaignant ne peut pas être admis.

[23] Comme dernier moyen d'appel, le plaignant prétend que la juge du procès a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'obligation procédurale de l'employeur de prendre des mesures d'adaptation. À mon avis, cet argument découle de l'assertion voulant que l'employeur n'ait pas pris des mesures d'adaptation raisonnables en faveur du plaignant lorsque celui-ci a obtenu le poste de superviseur adjoint de la salle du courrier. Selon cet argument, l'employeur n'a pas évalué convenablement le plaignant et n'a pas examiné s'il y avait un autre poste mieux adapté qu'il pouvait exercer et qui s'harmonisait avec son expérience, ses compétences et son potentiel. L'employeur reconnaît que dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, [1999] A.C.S. n° 46 (QL), la Cour suprême a décidé que la procédure suivie par un employeur lorsqu'il examine comment prendre des mesures d'adaptation raisonnables est pertinente pour la question de savoir si l'employeur a composé avec l'employé tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive. Dans l'arrêt *BCGSEU*, la Cour suprême a affirmé :

Malgré le chevauchement des deux examens, il peut souvent se révéler utile, en pratique, d'examiner séparément, d'abord, la procédure, s'il en est, qui a été adoptée pour étudier la question de l'accommodement, et, ensuite, la teneur réelle d'une norme plus conciliante qui a été offerte ou, subsidiairement, celle des raisons pour lesquelles l'employeur n'a pas offert une telle norme [...].
[Par. 66]

[24] L'employeur reconnaît aussi qu'il existe une jurisprudence indiquant qu'il peut y avoir une obligation procédurale de prendre des mesures d'adaptation, distincte de l'obligation de fond de prendre des mesures d'adaptation. Toutefois, il existe aussi une jurisprudence en sens contraire : voir *ADGA Group Consultants Inc. c. Lane*, [2008] O.J. No. 3076 (C.S.J.) (QL), et comparer avec *Emergency Health Services Commission c. Cassidy*, 2011 BCSC 1003, [2011] B.C.J. No. 1426 (QL). Quel que soit l'état du droit régissant l'obligation de prendre des mesures d'adaptation, le dossier et la décision de la commission d'enquête révèlent nombre d'occasions où l'employeur a entrepris des discussions avec le plaignant au sujet d'un travail convenable et du besoin de veiller à ce que le plaignant ne soit pas placé dans un milieu de travail stressant. À mon avis, on n'a

pas montré que la conclusion de la commission d'enquête selon laquelle des mesures d'adaptation raisonnables ont été prises n'appartient pas « aux issues possibles », critère qu'il faut respecter en appliquant la norme de contrôle de la décision raisonnable.

[25] L'appel devrait être rejeté, avec dépens de 2 500 \$ à verser à l'intimée
Nouvelles Brunswick Inc.