

**Honda Canada Inc., operating as Honda of Canada Mfg.** *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

**Kevin Keays** *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

**Canadian Human Rights Commission, Ontario Human Rights Commission, Manitoba Human Rights Commission, Alliance of Manufacturers & Exporters Canada, Human Resources Professionals Association of Ontario, National ME/FM Action Network, Council of Canadians with Disabilities, Women's Legal Education and Action Fund and Ontario Network of Injured Workers' Groups** *Interveners*

**INDEXED AS: HONDA CANADA INC. v. KEAYS**

**Neutral citation: 2008 SCC 39.**

File No.: 31739.

2008: February 20; 2008: June 27.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Employment law — Wrongful dismissal — Notice period — Employee terminated after 14 years of employment — Factors determining reasonable notice of termination of employment — Whether employee's position in company hierarchy relevant factor — Whether 15-month notice period reasonable.*

*Damages — Aggravated damages — Punitive damages — Wrongful dismissal — Employee diagnosed with chronic fatigue syndrome — Employer concerned about*

**Honda Canada Inc., faisant affaire sous la dénomination Honda of Canada Mfg.** *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

**Kevin Keays** *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

**Commission canadienne des droits de la personne, Commission ontarienne des droits de la personne, Commission des droits de la personne du Manitoba, Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada, Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario, National ME/FM Action Network, Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Ontario Network of Injured Workers' Groups** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : HONDA CANADA INC. c. KEAYS**

**Référence neutre : 2008 CSC 39.**

N° du greffe : 31739.

2008 : 20 février; 2008 : 27 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Préavis — Employé congédié après 14 années de service — Facteurs jouant dans la détermination d'un avis raisonnable de cessation d'emploi — Le niveau hiérarchique de l'employé au sein de l'entreprise doit-il être pris en compte? — Un préavis de 15 mois était-il raisonnable?*

*Domages-intérêts — Domages-intérêts majeurs — Domages-intérêts punitifs — Congédiement injustifié — Employé atteint du syndrome de la fatigue*

*employee's numerous absences and about his doctor's notes to cover absences, which provided only limited information — Employee dismissed after refusing to meet with employer's doctor — Circumstances in which aggravated damages resulting from manner of dismissal should be awarded — Whether employee entitled to aggravated and punitive damages.*

*Civil procedure — Costs — Costs premium — Whether costs premium should be awarded — Whether costs should be awarded on substantial indemnity scale.*

K had worked 11 years for the same employer, first on an assembly line and later in data entry, when, in 1997, he was diagnosed with chronic fatigue syndrome. He ceased work and received disability benefits until 1998, when his employer's insurer discontinued his benefits. K returned to work and was placed in a disability program that allows employees to take absences from work if they provide doctor's notes confirming that their absences are related to their disability. K's employer became concerned about the frequency of his absences. Moreover, the notes K offered to explain his absences changed in tone, leaving the employer to believe that the doctor did not independently evaluate whether he missed work due to disability. As such, the employer asked K to meet Dr. B, an occupational medical specialist, in order to determine how K's disability could be accommodated. On the advice of his counsel, K refused to meet B without explanation of the purpose, methodology and parameters of the consultation. On March 28, 2000, the employer gave K a letter stating that it supported K's full return to work but that K's employment would be terminated if he refused to meet B. When K remained unwilling to meet B, the employer terminated K's employment.

K sued for wrongful dismissal. The trial judge found that K was entitled to a notice period of 15 months. He held that the employer had committed acts of discrimination, harassment and misconduct against K. He increased the notice period to 24 months to award additional damages dependent on the manner of dismissal. He also awarded punitive damages against the employer in the amount of \$500,000, a costs premium, and costs on a substantial indemnity scale. The Court of Appeal reduced the costs premium and, in a majority decision, reduced the punitive damages award to \$100,000. The Court of Appeal otherwise upheld the trial judge's decision.

*chronique — Employeur rendu soupçonneux par les nombreuses absences de l'employé et par le peu d'information contenue dans les billets du médecin présentés pour justifier celles-ci — Congédiement par suite du refus de l'employé de rencontrer le médecin de l'entreprise — Cas dans lesquels des dommages-intérêts majorés devraient être accordés en raison des circonstances du congédiement — L'employé avait-il droit à des dommages-intérêts majorés et à des dommages-intérêts punitifs?*

*Procédure civile — Dépens — Prime — Y a-t-il lieu d'accorder une prime? — Les dépens devraient-ils être adjugés sur la base d'une indemnisation substantielle?*

K a travaillé 11 ans pour le même employeur, d'abord à la chaîne de montage, puis à la saisie de données. En 1997, on lui a diagnostiqué un syndrome de fatigue chronique. Il a cessé de travailler et a touché des prestations d'invalidité jusqu'à ce que, en 1998, l'assureur de l'entreprise mette fin au versement de celles-ci. K est retourné au travail et on l'a inscrit à un programme de gestion de l'invalidité permettant aux employés de s'absenter moyennant la remise d'un billet de leur médecin confirmant que leur invalidité justifie leur absence. Son employeur a commencé à se soucier de la fréquence de ses absences. De plus, la teneur des billets remis pour justifier celles-ci a changé, ce qui a amené l'employeur à croire que le médecin ne déterminait pas lui-même que l'absence était causée par la déficience. L'employeur a donc demandé à K de rencontrer le D<sup>r</sup> B, un spécialiste de la médecine du travail, pour qu'il détermine comment on pouvait composer avec sa déficience. Sur le conseil de son avocat, K a refusé de rencontrer le médecin si on ne lui expliquait pas au préalable l'objectif, la méthode et les paramètres de la consultation. Le 28 mars 2000, l'employeur a remis à K une lettre indiquant qu'il l'appuyait sans réserves dans sa reprise du travail à temps plein, mais que s'il refusait de rencontrer B, il serait congédié. Refusant toujours de se plier à l'exigence, K a été remercié de ses services.

K a intenté une action pour congédiement injustifié. Le juge de première instance a estimé qu'il avait droit à un préavis de 15 mois. Il a conclu que l'employeur s'était livré à des actes répréhensibles, y compris de la discrimination et du harcèlement, à l'endroit de K. Il a porté le préavis à 24 mois afin d'indemniser K en sus pour les circonstances du congédiement. Il a aussi accordé des dommages-intérêts punitifs s'élevant à 500 000 \$, une prime et des dépens d'indemnisation substantielle. La Cour d'appel a réduit la prime, et ses juges majoritaires ont abaissé le montant des dommages-intérêts punitifs à 100 000 \$. Elle a par ailleurs confirmé la décision de première instance.

*Held* (LeBel and Fish JJ. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed in part and the cross-appeal should be dismissed. The award of aggravated damages for manner of dismissal and the award of punitive damages should be set aside. The cost premium should be set aside and costs should be adjusted to reflect an award on the regular scale in the lower courts. Costs are awarded to the employer at the Supreme Court level.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: K was wrongfully dismissed and the award of damages reflecting the need for 15 months' notice should be maintained. In determining what constitutes reasonable notice of termination, courts should consider the character of the lost employment, the employee's length of service, the age of the employee, and the availability of similar employment having regard to the experience, training and qualifications of the employee. These factors can only be applied on a case-by-case basis and no one factor should be given disproportionate weight. No presumptions about the role that an employee's managerial level plays should be adopted in determining reasonable notice. The trial judge erred in alluding to the employer's flat management structure rather than examining K's actual functions; however, on the facts of this case there is no basis to interfere with the assessment of 15 months' notice. [2] [25] [28-30] [32]

An action for wrongful dismissal is based on an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship in the absence of just cause. Generally, damages are not available for the actual loss of a job or for pain and distress suffered as a consequence of being terminated. However, in cases where parties have contemplated at the time of the contract that a breach in certain circumstances would cause the plaintiff mental distress, the plaintiff is entitled to recover. This is consistent with the view expressed in *Fidler* that all compensatory damages for breach of contract are assessed under one rule, i.e., what was in the reasonable contemplation of the parties (*Hadley v. Baxendale*). In the employment law context, damages resulting from the manner of dismissal will be available if they result from the circumstances described in *Wallace*, namely where the employer engages in conduct during the course of dismissal that is "unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive". These damages should be awarded through an award that reflects actual damages rather than by extending the notice period. [50] [55] [57] [59]

*Arrêt* (les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie quant au pourvoi) : Le pourvoi est accueilli en partie, et le pourvoi incident est rejeté. La décision d'accorder des dommages-intérêts majorés pour les circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs est annulée. La prime est annulée, et les dépens sont rajustés selon le barème normal devant les cours inférieures. L'employeur a droit aux dépens devant notre Cour.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : K a fait l'objet d'un congédiement injustifié, et le préavis de 15 mois accordé à titre d'indemnité est confirmé. Pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi, les tribunaux doivent prendre en considération la nature de l'emploi, l'ancienneté et l'âge de l'employé, ainsi que la possibilité d'obtenir un poste similaire, compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé. L'appréciation de ces éléments ne peut se faire qu'au cas par cas, et il faut se garder d'attribuer une importance disproportionnée à l'un d'eux. Nulle présomption concernant l'importance du niveau hiérarchique de l'employé ne devrait jouer dans la détermination de l'avis raisonnable. Le juge de première instance a eu tort d'invoquer la structure de gestion peu hiérarchisée au lieu de s'attacher aux fonctions réelles de K; toutefois, vu les faits de l'espèce, il n'y a pas lieu de revenir sur le droit à un préavis de 15 mois. [2] [25] [28-30] [32]

L'action pour congédiement injustifié se fonde sur l'obligation, issue tacitement du contrat de travail, de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation d'emploi en l'absence d'un motif de congédiement valable. En règle générale, l'employé ne peut être indemnisé de la perte de son emploi non plus que des souffrances morales causées par le congédiement. Cependant, lorsque, à la formation du contrat, les parties ont envisagé que dans certaines circonstances, un manquement infligerait un préjudice moral, ce dernier est indemnisable. Cette conclusion est compatible avec l'arrêt *Fidler* dans lequel la Cour a statué que toute indemnité compensatoire pour violation de contrat est déterminée en application d'un principe unique, celui de savoir ce que les parties ont raisonnablement envisagé (*Hadley c. Baxendale*). Dans le contexte du droit du travail, le préjudice causé par les circonstances du congédiement ne sera indemnisable que s'il résulte des actes précisés dans l'arrêt *Wallace*, notamment lorsque, lors du congédiement, l'employeur agit « de façon inéquitable ou [fait] preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteu[r], trompeu[r] ou trop implacabl[e] ». L'indemnisation se fera non pas par l'allongement du préavis, mais bien par l'octroi d'une somme dont le montant reflète le préjudice réel. [50] [55] [57] [59]

Aggravated damages should not have been awarded in this case. The employer's conduct in dismissing K was in no way an egregious display of bad faith justifying an award of damages for conduct in dismissal. On this issue, the trial judge made overriding and palpable errors of fact. The employer's March 28 letter to K did not misrepresent the positions of its doctors and it should not have been faulted for relying on the advice of its medical experts. There is no evidence that B took a "hardball" attitude towards workplace absences or that K was being set up when asked to meet B. The employer's request for a meeting between K and B was normal in the circumstances. The employer's decision to stop accepting doctor's notes was not reprisal for K's decision to retain legal counsel. Rather, the employer was simply seeking to confirm K's disability. Lastly, there is no evidence that K's disability subsequent to termination was caused by the manner of termination. [34-35] [38] [40] [43] [46-48]

Similarly, punitive damages should not have been awarded. Punitive damages are restricted to advertent wrongful acts that are so malicious and outrageous that they are deserving of punishment on their own. The facts of this case demonstrate no such conduct. Courts should only resort to punitive damages in exceptional cases and the employer's conduct here was not sufficiently egregious or outrageous to warrant such damages. Even if the facts had justified an award of punitive damages, both the trial judge and the Court of Appeal should have been alert to the fact that the compensatory damages already awarded carried, under the old test, an element of deterrence and they should have questioned whether punitive damages were necessary. This failure resulted in considerable and unnecessary duplication in the award of damages. [61-62] [68-70]

Both the trial judge and the Court of Appeal also erred in concluding that the employer's "discriminatory conduct" amounted to an independent actionable wrong for the purposes of allocating punitive damages. The Ontario *Human Rights Code* provides a comprehensive scheme for the treatment of claims of discrimination. A breach of the Code cannot constitute an actionable wrong; therefore the legal requirement for the common law remedy of punitive damages is not met. Since there is no evidence of discrimination to support a claim of discrimination under the Code and no breach of human rights legislation serves as an actionable wrong, there

Des dommages-intérêts majorés n'auraient pas dû être accordés dans la présente affaire. S'agissant de la manière dont il a congédié K, l'employeur n'a nullement fait preuve d'une mauvaise foi manifeste justifiant une indemnisation pour les circonstances du congédiement. Le juge de première instance a commis des erreurs de fait manifestes et dominantes à cet égard. Dans la lettre du 28 mars qu'il a adressée à K, l'employeur n'a pas dénaturé les avis de ses médecins et l'on ne saurait lui reprocher de s'être fié à l'opinion de ses experts médicaux. Aucune preuve n'établit que B avait une attitude intransigeante vis-à-vis de l'absentéisme au travail ni qu'on a leurré K en lui demandant de le voir. Il était normal, dans les circonstances, que l'employeur demande à K de consulter B. L'employeur n'a pas cessé d'accepter les billets du médecin en guise de repréailles à la décision de K de prendre un avocat. Son intention était plutôt de confirmer l'invalidité de K. Enfin, rien ne prouve que les circonstances du congédiement sont la cause de l'invalidité de K subséquente au renvoi. [34-35] [38] [40] [43] [46-48]

De même, des dommages-intérêts punitifs n'auraient pas dû être accordés, car leur octroi est réservé aux cas où l'acte fautif délibéré est si malveillant et inacceptable qu'il justifie une sanction indépendante. L'existence d'un tel comportement ne ressort pas des faits de la présente affaire. Les tribunaux ne devraient accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à titre exceptionnel, et le comportement de l'employeur en l'espèce n'était pas inacceptable ou scandaleux au point de justifier une telle indemnisation. Même si les faits avaient justifié l'attribution de dommages-intérêts punitifs, le juge de première instance et la Cour d'appel auraient dû être conscients du fait que des dommages-intérêts compensatoires avaient déjà été accordés et que, suivant l'ancien critère, ils comportaient un élément de dissuasion. Ils auraient dû également se demander si des dommages-intérêts punitifs s'imposaient. Ces lacunes ont entraîné un chevauchement considérable et injustifié des chefs d'indemnisation. [61-62] [68-70]

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont aussi conclu à tort que le « comportement discriminatoire » de l'employeur était assimilable à une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action pour ce qui est de l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Le *Code des droits de la personne* de l'Ontario prévoit un mécanisme complet pour statuer sur les allégations de discrimination. Une violation du Code ne peut constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action; par conséquent, l'exigence juridique pour l'octroi de dommages-intérêts punitifs à titre de réparation en droit commun n'est pas remplie. Puisque aucune preuve de

is no need to deal with K's request for recognition of a distinct tort of discrimination. [62] [64] [67]

*Per* LeBel and Fish JJ. (dissenting in part on the appeal): The award of additional damages for the manner of the dismissal should stand. No overriding errors were committed by the trial judge in this respect and there is a sufficient foundation for findings of bad faith and discrimination. The punitive damages award, however, had no foundation and overlapped with the damages for manner of dismissal, and should be set aside. The costs premium also should be set aside. While a restatement of the law in respect of damages for wrongful dismissal is necessary, any reform must reflect that a contract of employment is a good faith contract informed by the values protected by the human rights codes and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, particularly in respect of discrimination. As such, it must be executed and terminated with good faith and fairness. [81-82] [114] [124]

The evidence supports the trial judge's findings that the employer was unfairly skeptical and sought to justify K's termination or to preclude him from being absent from work without discipline in reliance on his condition. It was fair to characterize the employer's conduct as interference with K's relationship with his treating physician. B was brought in to second-guess the opinion of K's physician and to legitimize efforts to eliminate the need for accommodation. The employer did benefit from K's termination to the extent that he impeded efficiency goals and affected workplace morale. The employer's letter of March 28 was misleading and did misrepresent the opinions of its doctors. B did practise a hardball approach in general toward absences and accommodating disabilities and it was not unreasonable to conclude that K was being set-up for failure by the request that he meet with B. Nor was it a palpable and overriding error to conclude that the employer cancelled K's accommodation as reprisal for asserting his right to proper accommodation through legal counsel. [87-91] [94-95] [99] [112]

discrimination n'étaye une allégation de discrimination suivant le Code et que nulle atteinte aux dispositions sur les droits de la personne ne constitue une faute donnant ouverture à un droit d'action, point n'est besoin de reconnaître un délit distinct de discrimination comme le préconise K. [62] [64] [67]

*Les* juges LeBel et Fish (dissidents en partie quant au pourvoi) : L'octroi de dommages-intérêts supplémentaires pour les circonstances du congédiement devrait être confirmé. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur dominante à cet égard, et des éléments de preuve suffisants étayaient ses conclusions relatives à la mauvaise foi et à la discrimination. L'octroi de dommages-intérêts punitifs n'avait cependant aucun fondement et faisait double emploi avec l'indemnité accordée pour les circonstances du congédiement. Il devrait être annulé, tout comme la prime. Un réexamen du droit applicable à l'indemnisation en cas de congédiement injustifié s'impose, mais toute réforme doit respecter le principe selon lequel le contrat de travail est un contrat de bonne foi intégrant les valeurs protégées par les codes des droits de la personne et la *Charte canadienne des droits et libertés*, spécialement au sujet de la discrimination. C'est pourquoi il doit être exécuté et résilié avec bonne foi et équité. [81-82] [114] [124]

La preuve appuie la conclusion du juge de première instance que l'employeur s'est montré indûment soupçonneux à l'endroit de K et qu'il cherchait à justifier le congédiement de K ou à l'empêcher d'invoquer son état pour s'absenter du travail sans encourir de mesures disciplinaires. On pouvait à bon droit qualifier le comportement de l'employeur d'immixtion dans la relation entre K et son médecin traitant. Les services de B ont été retenus pour remettre en question l'opinion du médecin de K et légitimer les efforts de l'employeur en vue de faire en sorte que des mesures d'adaptation ne soient plus nécessaires. Dans la mesure où K nuisait à la réalisation de l'objectif d'efficacité de l'entreprise et au moral des autres employés, l'employeur a tiré avantage de son congédiement. La lettre datée du 28 mars était trompeuse et dénaturait l'avis des médecins de l'employeur. B avait généralement une attitude intransigeante à l'égard de l'absentéisme au travail et de l'adaptation aux déficiences. Il n'était pas déraisonnable de conclure que l'employeur avait tendu un piège à K en lui demandant de rencontrer B alors qu'il savait la démarche vouée à l'échec. Il n'y a pas non plus d'erreur manifeste et dominante dans la conclusion selon laquelle l'employeur a mis fin à la mesure d'adaptation en guise de représailles à la décision de K de prendre un avocat pour faire valoir son droit à une mesure d'adaptation appropriée. [87-91] [94-95] [99] [112]

Additional or *Wallace* type damages should be available where the manner of dismissal causes mental distress that was in the contemplation of the parties. There is an obligation of good faith and fair dealing on the part of employers in dismissing employees. There is ample evidence here that the employer acted in bad faith and this is a case where the employer's failure to properly discharge its obligation made it foreseeable that K's dismissal would cause mental distress. Most notably, the letter of March 28 mischaracterized the opinions of the employer's doctors by implying that they did not believe that K's absences were medically necessary yet neither doctor recommended that K be removed from the disability program or claimed that any absences related to chronic fatigue syndrome are unjustified. A further concern is the employer's lack of candour and its own uncertainty with respect to the purpose of K's meeting with B. Its refusal to provide written clarification of the purpose is suspicious. Finally, it is reasonable to conclude that the employer's conduct and not the mere fact of K's termination alone, led to K's worsened state after he was terminated. However, given the lack of evidence on the precise loss K suffered as a result of the employer's misconduct, the compensation the trial judge granted over and above the 15-month notice period appears reasonable and should be maintained. [114-117]

The development of tort law is informed by the prohibitions of human rights codes and the *Charter*. Discrimination was a troubling aspect of the decision to terminate K and this impacts on the good faith of the termination. While monitoring employee absences is a valid objective, there was no assessment in this case of whether the employer's method of accommodation and of monitoring K's absences addressed K's particular disability. If variable, self-reporting conditions characterize the very nature of K's disability, then it is arguable that the employer acted in a discriminatory manner in subjecting K to the kind of scrutiny that occurred, denying him accommodation for his disability. [119-123]

### Cases Cited

By Bastarache J.

**Considered:** *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; **explained:** *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; **applied:** *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18; *Walker v. Ritchie*, [2006] 2 S.C.R. 428, 2006 SCC

Des dommages-intérêts supplémentaires ou fondés sur l'arrêt *Wallace* devraient pouvoir être accordés lorsque les circonstances du congédiement ont infligé un préjudice moral que les parties avaient envisagé. L'employeur a une obligation de bonne foi et de traitement équitable lors d'un congédiement. La conclusion selon laquelle l'employeur a agi de mauvaise foi s'appuie amplement sur la preuve offerte en l'espèce, et l'omission de l'employeur de s'acquitter convenablement de son obligation a rendu prévisible l'infliction d'un préjudice moral à K. Surtout, la lettre du 28 mars a dénaturé l'avis des médecins de l'employeur en laissant entendre que ces derniers ne croyaient pas les absences de K nécessaires sur le plan médical, alors qu'aucun d'eux n'a recommandé l'exclusion de K du programme de gestion de l'invalidité ni prétendu que toute absence liée au syndrome de la fatigue chronique était injustifiée. Le manque de franchise de l'employeur et son incertitude quant à l'objet de la rencontre entre K et B constituent un autre sujet de préoccupation. Le refus de l'employeur de préciser cet objet par écrit est suspect. Enfin, il était raisonnable de conclure que le comportement de l'employeur, et non le seul congédiement, avait aggravé l'état de santé de K. Toutefois, vu l'imprécision de la preuve du préjudice causé à K par le comportement répréhensible de l'employeur, l'indemnisation accordée en première instance en sus du droit à un préavis de 15 mois paraît raisonnable et devrait être confirmée. [114-117]

Les prescriptions des codes des droits de la personne et de la *Charte* orientent l'évolution de la common law. La décision de congédier K comporte un aspect discriminatoire préoccupant qui permet de douter que le lien d'emploi ait été rompu de bonne foi. Certes, le contrôle de l'absentéisme des employés demeure un objectif légitime, mais, dans la présente affaire, nul ne s'est demandé si la mesure d'adaptation et le mode de contrôle des absences de K retenus par l'employeur composaient avec l'invalidité particulière de K. S'il est de la nature même de la déficience de K que ses manifestations varient et que ce soit K qui en dresse la liste, il est possible de soutenir que l'employeur a agi de façon discriminatoire en soumettant K à un tel contrôle et en refusant de composer avec son handicap. [119-123]

### Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

**Arrêt examiné :** *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; **arrêt expliqué :** *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; **arrêts appliqués :** *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18; *Walker c. Ritchie*, [2006]

45; **referred to:** *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38; *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111; *Byers v. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30; *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673; *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4.

By LeBel J. (dissenting in part on the appeal)

*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 5.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Feldman J.J.A.) (2006), 82 O.R. (3d) 161, 274 D.L.R. (4th) 107, 216 O.A.C. 3, 52 C.C.E.L. (3d) 165, [2006] C.L.L.C. ¶230-030, [2006] O.J. No. 3891 (QL), 2006 CarswellOnt 5885, reversing in part a decision of McIsaac J. (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258, [2005] C.L.L.C. ¶230-013, [2005] O.J. No. 1145 (QL), 2005 CarswellOnt 1131. Appeal allowed in part, LeBel and Fish J.J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

*Earl A. Cherniak, Q.C., Jasmine T. Akbarali and Roslynn J. Kogan*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

*Hugh R. Scher*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

2 R.C.S. 428, 2006 CSC 45; **arrêts mentionnés :** *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Bramble c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 111; *Byers c. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345; *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30; *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673; *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie quant au pourvoi)

*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 5.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Feldman) (2006), 82 O.R. (3d) 161, 274 D.L.R. (4th) 107, 216 O.A.C. 3, 52 C.C.E.L. (3d) 165, [2006] C.L.L.C. ¶230-030, [2006] O.J. No. 3891 (QL), 2006 CarswellOnt 5885, qui a infirmé en partie une décision du juge McIsaac (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258, [2005] C.L.L.C. ¶230-013, [2005] O.J. No. 1145 (QL), 2005 CarswellOnt 1131. Pourvoi accueilli en partie, les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

*Earl A. Cherniak, c.r., Jasmine T. Akbarali et Roslynn J. Kogan*, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

*Hugh R. Scher*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

*Philippe Dufresne*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

*Anthony D. Griffin*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

*Sarah Lugtig*, for the intervener the Manitoba Human Rights Commission.

*George Avraam* and *Mark Mendl*, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada.

*Stuart E. Rudner* and *Stephen Rotstein*, for the intervener the Human Resources Professionals Association of Ontario.

*Chris G. Paliare* and *Andrew K. Lokan*, for the intervener the National ME/FM Action Network.

*Frances M. Kelly* and *Gwen Brodsky*, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

*Susan Ursel* and *Kim Bernhardt*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

*Debra M. McAllister* and *Ivana Petricone*, for the intervener the Ontario Network of Injured Workers' Groups.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

#### 1. Overview

[1] On March 29, 2000, after 14 years of employment, the respondent, Kevin Keays, was terminated from his employment at Honda Canada Inc. (“Honda”). Keays sued for wrongful dismissal. The trial judge found that Keays was entitled to a notice period of 15 months. He then considered additional damages dependent on the manner of dismissal (the so-called “Wallace damages”) and increased

*Philippe Dufresne*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*Anthony D. Griffin*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

*Sarah Lugtig*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

*George Avraam* et *Mark Mendl*, pour l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada.

*Stuart E. Rudner* et *Stephen Rotstein*, pour l'intervenante l'Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario.

*Chris G. Paliare* et *Andrew K. Lokan*, pour l'intervenant National ME/FM Action Network.

*Frances M. Kelly* et *Gwen Brodsky*, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Susan Ursel* et *Kim Bernhardt*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

*Debra M. McAllister* et *Ivana Petricone*, pour l'intervenant Ontario Network of Injured Workers' Groups.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

#### 1. Aperçu

[1] Le 29 mars 2000, l'intimé, Kevin Keays, a été licencié par Honda Canada Inc. (« Honda ») après 14 années de service. Il a intenté une action pour congédiement injustifié. Le juge de première instance lui a accordé un préavis de 15 mois. Après s'être penché sur l'opportunité d'accorder, sur le fondement de l'arrêt *Wallace*, des dommages-intérêts supplémentaires pour la manière dont le congédiement avait été



the notice period to 24 months. In addition, the trial judge awarded punitive damages against Honda in the amount of \$500,000, plus costs on a substantial indemnity scale with a 25 percent premium. The Court of Appeal unanimously upheld the finding of wrongful termination as well as the regular damages and the damages for manner of dismissal (*Wallace* damages). It also ordered that the costs premium be reduced. A majority (Goudge J.A. dissenting) ordered that the quantum of punitive damages be reduced from \$500,000 to \$100,000.

[2] I would allow the appeal in part. The regular damages award should be maintained. The Court of Appeal erred however in maintaining the damages for manner of dismissal (*Wallace* damages) and simply reducing the quantum of punitive damages. These awards, as well as the costs premium, must thus be set aside. I would deny the cross-appeal dealing with the reduction of the award of punitive damages.

[3] Keays started working for Honda in 1986, first on the assembly line and later in data entry. In 1997, his diagnosis of chronic fatigue syndrome (“CFS”) was confirmed by a doctor from the Sleep Disorder Clinic in Toronto, Dr. Moldofsky. He ceased work and received disability insurance benefits through an independent insurance provider, London Life Insurance Co., until 1998 when his benefits were discontinued based on the insurer’s evaluation that Keays could return to work full-time. Keays’ appeal to the insurer on this evaluation was denied. Honda had no part in the decision to terminate Keays’ benefits.

[4] Although London Life’s decision was based on medical opinion that Keays could return to work without restrictions, Keays continued to absent himself. He was placed in the Honda Disability Program, which permits disabled employees to take absences without the invocation of Honda’s attendance policy by confirming that the absence from work is related to the disability. However, Keays

effectué, il a porté le préavis à 24 mois. Il a en outre condamné Honda à des dommages-intérêts punitifs de 500 000 \$, et adjugé des dépens d’indemnisation substantielle et une prime de 25 p. 100. La Cour d’appel a confirmé à l’unanimité la conclusion de congédiement injustifié, ainsi que les dommages-intérêts généraux et ceux accordés pour les circonstances du congédiement (fondés sur l’arrêt *Wallace*). Elle a cependant réduit la prime. Les juges majoritaires (le juge Goudge étant dissident) ont abaissé le montant des dommages-intérêts punitifs de 500 000 \$ à 100 000 \$.

[2] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie sans modifier le montant des dommages-intérêts généraux. Toutefois, la Cour d’appel a eu tort de confirmer les dommages-intérêts accordés pour les circonstances du congédiement (sur le fondement de l’arrêt *Wallace*) et de ne réduire que le montant des dommages-intérêts punitifs. La décision d’accorder ces indemnités ainsi que la prime doit donc être infirmée. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi incident formé contre la réduction du montant des dommages-intérêts punitifs.

[3] M. Keays a commencé à travailler chez Honda en 1986, d’abord à la chaîne de montage, puis à la saisie de données. En 1997, un médecin de la clinique des troubles du sommeil de l’hôpital de Toronto, le Dr Moldofsky, a confirmé qu’il était atteint du syndrome de la fatigue chronique (« SFC »). M. Keays a cessé de travailler, et un assureur indépendant, London Life, compagnie d’assurance-vie, lui a versé des prestations d’assurance-invalidité jusqu’à ce qu’il détermine, en 1998, qu’il était apte à reprendre le travail à temps plein. L’appel de la décision de l’assureur de mettre fin aux prestations — dans laquelle Honda n’a joué aucun rôle — a été rejeté.

[4] Même si suivant l’avis médical sur lequel reposait la décision de London Life, il pouvait reprendre le travail sans réserve, M. Keays a continué de s’absenter, et Honda l’a inscrit à son programme de gestion de l’invalidité. Grâce à ce programme, un employé invalide pouvait s’absenter du travail sans encourir de sanctions disciplinaires s’il confirmait que l’absence était attribuable à sa déficience.

missed more work than his diagnosing physician, Dr. Morris, had predicted, and the notes he offered to explain his absences changed in tone leaving the employer to believe that the doctor did not independently evaluate whether he missed work due to disability.

[5] In late 1999, Honda's administrative coordinator, Susan Selby arranged for Keays to see Dr. Lester Affoo, an independent physician hired by Honda, because of the increasing frequency of absences. In January and February 2000, Keays again experienced increased absences (14 days in total). This prompted Betty Magill, Keays' manager, to raise the issue with Selby. They met on March 3 and decided to ask Keays to meet with Dr. Brennan, an occupational medicine specialist, in order to determine how his disability could be accommodated. After this meeting, but before Honda had a chance to meet with Keays, Keays decided to retain counsel to attempt to mediate his concern that he would ultimately be terminated. On March 17, Honda received a letter from Keays' counsel outlining his concerns and offering to work towards a resolution. Honda did not respond.

[6] On March 21, Magill and Selby met with Keays to explain their concerns about the deficiencies in the doctors' notes, described as "cryptic" by Dr. Reinders, and asked him to meet with Dr. Brennan to determine what could be done to support him at his work. They also discussed the letter they had received from Keays' lawyer a few days earlier and explained that they had not responded to the lawyer because they had a practice of dealing with associates directly, not with third party advocates. At this meeting, Keays agreed to meet with Dr. Brennan. However, the next day he told Honda that, on the advice of counsel, he would not meet with Dr. Brennan without explanation of the purpose, methodology and parameters of the consultation. Keays did not come to work for a week following this incident. Upon his return to work, on March 28, 2000, Selby gave Keays a letter ("March 28 letter") which I think it is useful to reproduce in its entirety:

M. Keays s'est cependant absenté davantage que ce qu'avait prévu son médecin, le D<sup>r</sup> Morris, et la teneur des billets de ce dernier présentés pour justifier les absences a changé, ce qui a incité l'employeur à croire que le médecin ne déterminait pas lui-même que M. Keays s'absentait du travail en raison de sa déficience.

[5] À la fin de l'année 1999, comme M. Keays s'absentait de plus en plus souvent, la coordonnatrice administrative de Honda, Susan Selby, a pris les dispositions nécessaires pour qu'un médecin indépendant dont Honda a retenu les services, le D<sup>r</sup> Lester Affoo, le rencontre. En janvier et en février 2000, les absences de M. Keays ont été encore plus nombreuses (14 jours au total). La supérieure de M. Keays, Betty Magill, en a alors discuté avec M<sup>me</sup> Selby. Lors de leur rencontre le 3 mars, elles ont décidé de demander à M. Keays de consulter un spécialiste de la médecine du travail, le D<sup>r</sup> Brennan, pour que ce dernier détermine comment il fallait composer avec sa déficience. Avant que la direction de Honda n'ait pu le rencontrer, M. Keays a retenu les services d'un avocat en vue d'une médiation, car il craignait d'être finalement congédié. Le 17 mars, Honda a reçu une lettre de l'avocat exposant les craintes de M. Keays et proposant un règlement négocié. Elle n'y a pas répondu.

[6] Le 21 mars, M<sup>mes</sup> Magill et Selby ont rencontré M. Keays pour lui faire part des lacunes des billets de son médecin qualifiés de « sibyllins » par le D<sup>r</sup> Reinders. Elles lui ont demandé de consulter le D<sup>r</sup> Brennan afin de déterminer quelles mesures pouvaient être prises pour l'aider au travail. Elles ont également dit avoir reçu quelques jours plus tôt la lettre de son avocat, mais ne pas y avoir répondu parce qu'elles avaient pour principe de s'adresser directement aux employés. M. Keays a accepté de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Or, le lendemain, il a informé Honda que, sur le conseil de son avocat, il ne le rencontrerait que si on lui expliquait au préalable l'objectif, la méthode et les paramètres de l'évaluation. M. Keays s'est ensuite absenté pendant une semaine. À son retour, le 28 mars 2000, M<sup>me</sup> Selby lui a remis une lettre dont je juge utile de reproduire le texte intégral :

As you know, Betty Magill and I met with you on March 21, 2000, to discuss your current employment situation at Honda. After you left the meeting, you returned for some clarification and we had another detailed discussion.

The following is a summary of the matters we discussed:

1. You were told that we have been reviewing your absenteeism as well as the doctor's notes that you had been providing to cover those absences. We discussed your situation with Dr. Affoo who is familiar with your case. In addition, we had Dr. Brennan (a new physician) review your complete medical file. Both doctors advised us that they could find no diagnosis indicating that you are disabled from working.
2. The doctor's notes that you have been providing to cover your absences have provided limited information. The notes were merely repeating what you were telling the doctor. There was no independent diagnosis or prognosis.
3. It was our intention to meet with you following the March break, to discuss our expectations. Before we had a chance to do so, we received a letter from your lawyer dated March 17, 2000. In that letter, your lawyer was asking that you no longer be required to bring notes to support your absences.
4. When we met on March 21, 2000, we advised you that we would no longer accept that you have a disability requiring you to be absent. Dr. Brennan and Dr. Affoo both believe that you should be attending work on a regular basis. In order for Dr. Brennan to get to know you and understand completely your condition, we advised that we would arrange for Dr. Brennan to meet with you. The plan was that Dr. Brennan would then communicate directly with your doctor to effectively manage your condition.
5. Before the meeting ended, you were agreeable to meeting with Dr. Brennan and I was to proceed to schedule the appointment.

The next day (March 22, 2000), you submitted a letter declining to meet with Dr. Brennan. You requested clarification on the "purpose, the methodology and the parameters of the assessment." Since that date, you have called in sick with return to work date unknown. You returned to work today.

[TRADUCTION] Comme vous le savez, le 21 mars 2000, nous nous sommes réunis, Betty Magill, vous et moi, pour discuter de votre situation d'emploi actuelle chez Honda. Après la réunion, vous nous avez demandé des éclaircissements, et nous avons eu une autre discussion approfondie.

En voici le résumé :

1. Nous vous avons dit que nous nous penchions sur vos absences et sur leurs justifications par le médecin. Nous avons consulté le D<sup>r</sup> Affoo, qui connaît votre cas. En outre, nous avons demandé au D<sup>r</sup> Brennan (un nouveau médecin) d'examiner votre dossier médical en entier. L'un et l'autre médecins ont dit ne pas pouvoir établir de diagnostic vous rendant inapte au travail.
2. Votre médecin donne très peu de renseignements dans ses billets. Il reprend seulement ce que vous lui avez dit. Il n'établit pas un diagnostic ou un pronostic indépendant.
3. Nous avions l'intention de vous rencontrer après le congé de mars pour vous faire part de nos attentes. Toutefois, avant que nous ayons pu le faire, nous avons reçu une lettre de votre avocat datée du 17 mars 2000 demandant que vous n'ayez plus à présenter de billets pour justifier vos absences.
4. Lors de notre rencontre du 21 mars 2000, nous vous avons dit ne plus estimer qu'une déficience justifiait vos absences. Les D<sup>rs</sup> Brennan et Affoo croient que vous devriez vous présenter au travail régulièrement. Pour permettre au D<sup>r</sup> Brennan de mieux vous connaître et de bien comprendre votre situation, nous avons voulu vous le faire rencontrer. L'idée était que le D<sup>r</sup> Brennan puisse ensuite communiquer directement avec votre médecin pour assurer un bon suivi.
5. Avant la fin de la réunion, vous avez accepté, et je devais prendre le rendez-vous.

Le lendemain (22 mars 2000), vous avez envoyé une lettre dans laquelle vous refusiez de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Vous demandiez des précisions sur « l'objectif, la méthode et les paramètres de l'évaluation ». Depuis, vous vous êtes porté malade sans préciser la date de votre retour. Vous êtes rentré au travail aujourd'hui.

Our position remains as we explained it to you on March 21, 2000. Kevin, we do not accept the need for your recent absence nor do we intend to elaborate further on the purpose of your meeting with Dr. Brennan. This was all explained to you carefully on March 21, 2000. Our position remains the same. We expect you to meet with Dr. Brennan and, we expect you to come to work.

Kevin, we sincerely hope that you will co-operate with our efforts. As you have admitted, your condition has not improved over the past three years and you would do anything to get better and come to work on a regular basis. We are committed to supporting you in a full return to work. We sincerely hope that you will co-operate with us.

Kevin, you must understand that the current situation is unacceptable. If you do not agree to meet with Dr. Brennan, we will have no alternative but to terminate your employment.

[7] Later the same day, Selby telephoned Keays to urge him to reread the letter and re-consider. Keays remained unwilling to meet Dr. Brennan. In accordance with its warning, Honda terminated his employment.

## 2. Decisions Below

2.1 *Ontario Superior Court of Justice* (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258

[8] McIsaac J. concluded that Honda bore the burden to show just cause for termination and that it had failed to carry that burden. McIsaac J. found that Honda's direction to meet with Dr. Brennan was not reasonable under the circumstances, and that Keays had a reasonable excuse for resisting that direction. The termination was not proportional to his refusal. The trial judge then concluded that Keays was entitled to 15 months' notice based on the principles of *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (Ont. H.C.J.). Moreover, McIsaac J. decided that, given the "egregious bad faith displayed by Honda in the manner of this termination and the medical consequences flowing therefrom", that notice period should be extended to 24 months (para. 48). Since he had increased the notice period, McIsaac J. did not consider it

Notre position, que nous vous avons expliquée le 21 mars 2000, demeure inchangée. Kevin, nous ne croyons pas que votre absence récente soit justifiée et nous ne comptons pas vous donner d'explications supplémentaires sur l'objectif de la consultation du D<sup>f</sup> Brennan. Nous en avons longuement discuté le 21 mars 2000. Notre position demeure la même. Nous souhaitons que vous rencontriez le D<sup>f</sup> Brennan et que vous vous présentiez au travail.

Kevin, nous souhaitons sincèrement obtenir votre collaboration. Comme vous l'avez reconnu, votre état ne s'est pas amélioré au cours des trois dernières années et vous feriez n'importe quoi pour aller mieux et travailler normalement. Nous sommes résolu à vous appuyer dans le cadre d'une reprise du travail à temps plein. Nous espérons sincèrement obtenir votre collaboration.

Kevin, vous devez comprendre que la situation actuelle est inacceptable. Si vous refusez de rencontrer le D<sup>f</sup> Brennan, nous n'aurons d'autre choix que de mettre fin à votre emploi.

[7] Plus tard le même jour, M<sup>me</sup> Selby a téléphoné à M. Keays pour l'exhorter à relire la lettre et à revenir sur sa décision. M. Keays a persisté dans son refus de rencontrer le D<sup>f</sup> Brennan. Comme il en avait été prévenu, il a alors été congédié.

## 2. Décisions des juridictions inférieures

2.1 *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258

[8] Le juge McIsaac a conclu que Honda avait l'obligation de justifier sa décision de congédier M. Keays et qu'elle ne s'en était pas acquittée. Il a ajouté qu'il n'avait pas été raisonnable, dans les circonstances, d'exiger que M. Keays rencontre le D<sup>f</sup> Brennan, et que M. Keays avait eu un motif valable de refuser. Le congédiement était disproportionné au refus. Le juge a conclu que M. Keays avait droit à un préavis de 15 mois suivant les principes énoncés dans la décision *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C.J. Ont.). Qui plus est, il a porté le préavis à 24 mois en raison [TRADUCTION] « de la mauvaise foi flagrante manifestée par Honda lors du congédiement et des répercussions de cette mesure sur la santé de [M. Keays] » (par. 48). Vu l'allongement du préavis, il n'a pas jugé opportun d'accorder en sus des

appropriate to offer Keays an additional award on the basis of intentional infliction of nervous shock/emotional distress.

[9] McIsaac J. determined that the court was without jurisdiction to consider a tort based on whether Honda breached his rights under the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. He accepted, however, that such complaints could constitute “independent actionable wrongs” such as to trigger an award of punitive damages, assuming they also merit punishment (para. 50).

[10] McIsaac J. denied Keays’ claim for compensation based on “lost” disability benefits that would have been available from the insurer based on his total disability caused by the wrongful termination. Such relief was unavailable, the trial judge explained, because Keays did not plead aggravated damages. I take it that the trial judge meant by this that Keays had not argued that there was an independent cause of action to support his further claim for true aggravated damages as defined in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

[11] McIsaac J. noted that punitive damages are exceptional but he had “no difficulty in finding that the plaintiff has proved that Honda committed a litany of acts of discrimination and harassment in relation to his attempts to resolve his accommodation difficulties” (para. 57). McIsaac J. attributed to Honda a “conspiracy to insinuate Dr. Brennan into the plaintiff’s long-established medical relationship with his own doctors and, hopefully, to exclude them from any participation in advocating for his patient’s rights” (para. 60). In light of all the circumstances, the trial judge awarded \$500,000 in punitive damages.

[12] McIsaac J. awarded costs to Keays on a substantial indemnity basis adding a 25 percent premium which together totalled \$610,000.

dommages-intérêts pour choc nerveux et trouble émotionnel infligés délibérément.

[9] Le juge McIsaac a estimé ne pas avoir compétence pour se prononcer sur un délit qui aurait consisté dans la violation par Honda des droits garantis à M. Keays par le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19. Il a toutefois reconnu qu’une telle violation pouvait constituer une [TRADUCTION] « faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action », de sorte que des dommages-intérêts punitifs puissent être accordés, dans la mesure où l’acte reproché justifie lui-aussi une sanction (par. 50).

[10] Le juge McIsaac a refusé d’indemniser M. Keays pour la « perte » des prestations d’invalidité que l’assureur lui aurait versées du fait de l’incapacité totale causée par son congédiement injustifié. Il a expliqué que M. Keays ne pouvait obtenir réparation à cet égard parce qu’il n’avait pas étayé sa demande de dommages-intérêts majorés. Je suppose qu’il a voulu dire que M. Keays n’avait pas plaidé l’existence d’une cause d’action indépendante à l’appui de sa demande supplémentaire de dommages-intérêts majorés proprement dits au sens de l’arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

[11] Le juge McIsaac a souligné le caractère exceptionnel des dommages-intérêts punitifs, mais il [TRADUCTION] « n’a pas hésité à conclure que le demandeur a bel et bien établi que Honda s’est livré à une multitude d’actes de discrimination et de harcèlement en réponse à ses tentatives de résoudre ses difficultés d’adaptation » (par. 57). À son avis, Honda avait ourdi un [TRADUCTION] « complot pour que le D<sup>r</sup> Brennan s’immisce dans la relation de longue date du demandeur avec ses médecins et arrive à écarter toute participation de ceux-ci à la défense des droits de leur patient » (par. 60). Vu l’ensemble des circonstances, il a accordé 500 000 \$ à titres de dommages-intérêts punitifs.

[12] Il a adjugé des dépens d’indemnisation substantielle ainsi qu’une prime de 25 p. 100, soit au total 610 000 \$.

2.2 *Ontario Court of Appeal (Rosenberg and Feldman J.J.A., and Goudge J.A. (dissenting in part))* (2006), 82 O.R. (3d) 161

[13] The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal. Goudge J.A., writing for the court, except with respect to the quantum of punitive damages, noted that heavily fact-laden conclusions by the trial judge were entitled to substantial deference. In particular, Goudge J.A. perceived no reason to interfere with the trial judge's conclusions that the order to see Dr. Brennan was unreasonable, that Keays had a reasonable excuse for not complying with the order, and that the dismissal of Keays was a disproportionate response to his alleged insubordination and therefore was done without just cause. Goudge J.A. also upheld the trial judge's conclusions regarding the appropriate notice period required.

[14] Goudge J.A. wrote for the court regarding the availability of punitive damages. He cited *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, for the proposition that acts of discrimination in breach of human rights legislation may serve as a separate actionable wrong so as to give rise to a punitive damages award in a wrongful dismissal case. Goudge J.A. rejected Honda's argument that the Ontario *Human Rights Code* offers a complete remedial scheme that permits punitive damages only in the event of prosecution with the written consent of the Attorney General and only to a maximum fine of \$25,000. Goudge J.A. thus upheld the trial judge's finding of an independent actionable wrong. Given Honda's conduct, an award of punitive damages was a rational response on the part of the trial judge.

[15] With respect to the quantum of punitive damages, Goudge J.A. wrote for himself alone. He noted that an appellate court should review the quantum awarded by asking whether the amount was rationally required in all the circumstances to punish the defendant's misconduct. Goudge J.A. concluded that \$500,000 in punitive damages did not exceed what was rationally required to punish Honda.

2.2 *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg et Feldman, et le juge Goudge, dissident en partie)* (2006), 82 O.R. (3d) 161

[13] La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel. Le juge Goudge, s'exprimant au nom de la cour, sauf au sujet du montant des dommages-intérêts punitifs, a signalé que certaines conclusions du juge de première instance, fondées principalement sur les faits, justifiaient une grande déférence. Plus particulièrement, il n'a vu aucune raison de modifier les conclusions selon lesquelles la directive de consulter le D<sup>r</sup> Brennan était déraisonnable, M. Keays avait un motif valable de ne pas obtempérer et le congédiement était disproportionné à l'insubordination alléguée et, partant, injustifié. Il a également confirmé les conclusions du juge de première instance sur le préavis requis.

[14] Le juge Goudge a rédigé les motifs de la Cour d'appel sur la possibilité d'accorder des dommages-intérêts punitifs. S'appuyant sur l'arrêt *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38, il a estimé qu'un acte discriminatoire contraire aux dispositions sur les droits de la personne pouvait constituer une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action, de sorte que des dommages-intérêts punitifs pouvaient être accordés dans une affaire de congédiement injustifié. Il a rejeté la prétention de Honda selon laquelle le *Code des droits de la personne* de l'Ontario établissait un régime de réparation complet qui ne permettait l'octroi de tels dommages-intérêts que dans le cas d'une poursuite intentée avec l'autorisation écrite du procureur général et jusqu'à concurrence de 25 000 \$. Il a donc confirmé qu'il y avait eu faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action. Le comportement de Honda justifiait l'octroi de dommages-intérêts punitifs.

[15] Sur la question du montant de cette indemnité, le juge Goudge s'est exprimé en son seul nom. À son avis, une cour d'appel devait réviser le montant accordé en se demandant si, compte tenu de toutes les circonstances, il s'imposait rationnellement pour sanctionner le comportement répréhensible du défendeur. Il a conclu qu'une somme de 500 000 \$ n'était pas excessive à cet égard.

[16] Once again writing for the court, Goudge J.A. discussed Honda's argument that the trial judge created a reasonable apprehension of bias, requiring a new trial. He acknowledged that the trial judge used "several colourful metaphors" but rejected allegations that this reflected a want of fairness or impartiality (para. 75).

[17] With regard to costs, Goudge J.A. noted that he would reduce the premium to \$77,500 from \$155,000. He dismissed the cross-appeal.

[18] Rosenberg J.A. wrote for the majority on the question of the quantum of punitive damages, which he reduced to \$100,000. He did so because he believed that the trial judge had relied on findings of fact not supported by the evidence and because the award failed to accord with the fundamental principle of proportionality. In particular, Rosenberg J.A. found no evidence of a protracted corporate conspiracy. The trial judge also referred to "five years" of outrageous conduct whereas the case involved a mere seven-month period. According to Rosenberg J.A., a punitive damage award on the scale imposed by the trial judge in this case could be justified only by extraordinary circumstances. He used *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, as a comparison and noted (at para. 110) that a comment from that case regarding the fact that "it takes a large whack to wake up a wealthy and powerful defendant to its responsibilities" had been taken by the trial judge out of context. Bearing in mind the trial judge's findings that were supported by the evidence, and especially evidence pointing to conduct by Honda suggesting planned and deliberate attempts to intimidate and then dismiss a vulnerable employee, Rosenberg J.A. concluded that an award in excess of those awarded in other wrongful dismissal cases was appropriate. He saw an award of no more than \$100,000 as justified. He reduced the punitive damages award accordingly. In all other respects, Rosenberg J.A. concurred with Goudge J.A.

[16] Le juge Goudge a examiné la prétention de Honda selon laquelle le juge de première instance avait fait naître une crainte raisonnable de partialité justifiant la tenue d'un nouveau procès. S'exprimant à nouveau au nom de la Cour d'appel, il a reconnu l'emploi de [TRADUCTION] « plusieurs métaphores colorées », mais il a refusé d'y voir un manque d'équité ou d'impartialité (par. 75).

[17] Pour ce qui est des dépens, le juge Goudge a fait passer la prime de 155 000 \$ à 77 500 \$. Il a rejeté l'appel incident.

[18] Le juge Rosenberg a rédigé les motifs majoritaires sur la question du montant des dommages-intérêts punitifs, qu'il a abaissés à 100 000 \$, parce que, selon lui, la preuve n'était pas les conclusions de fait du juge de première instance et la somme accordée ne respectait pas le principe fondamental de la proportionnalité. Plus particulièrement, il n'a vu aucune preuve d'un complot de longue date de la part de l'entreprise. Le juge de première instance avait fait mention de « cinq ans » de comportement scandaleux, alors que les faits considérés s'étaient déroulés sur seulement sept mois. Selon le juge Rosenberg, seules des circonstances exceptionnelles pouvaient justifier le montant accordé à titre de dommages-intérêts punitifs. En guise de comparaison, il a invoqué (au par. 110) l'arrêt *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, faisant observer que le juge de première instance avait cité le passage suivant hors contexte : « Pour rappeler à un défendeur riche et puissant ses responsabilités, il faut [ . . . ] frapper encore plus fort. » Vu les conclusions du juge de première instance étayées par la preuve et, plus particulièrement, les éléments établissant que Honda avait sciemment tenté d'intimider un employé vulnérable, puis de le renvoyer, le juge Rosenberg a conclu qu'il convenait d'accorder une indemnité supérieure à celle octroyée dans d'autres affaires de congédiement injustifié. À son avis, une somme d'au plus 100 000 \$ était justifiée. Il a donc abaissé en conséquence le montant accordé à titre de dommages-intérêts punitifs. Sur tous les autres points, le juge Rosenberg s'est dit d'accord avec le juge Goudge.

### 3. Analysis

[19] This appeal raises a number of important issues related to the proper allocation of damages in wrongful dismissal cases. Before assessing the validity of the separate heads of damages awarded by the trial judge and the Court of Appeal, it is essential to point out, as will be later demonstrated, that the trial judge made a number of palpable and overriding errors, some of which are mentioned by Rosenberg J.A. Two errors in particular have, in my view, coloured the trial judge's judgment, making other findings and inferences suspect. The trial judge first found that Honda's "misconduct" was "planned and deliberate and formed a protracted corporate conspiracy" (para. 60). As concluded by the Court of Appeal, and as will be further discussed below, there is simply no evidence to support the trial judge's allegation of a conspiracy. Secondly, the trial judge insisted that the "outrageous conduct" had continued for five years when in fact the problem period was no more than seven months. He therefore was considering the wrong period when dealing with Honda's conduct; this error was seemingly attributable to the fact that he considered the cancellation of Keays' long-term benefits by London Life to be a relevant factor in assessing the conduct of Honda, while all evidence points to the fact that the decision was entirely independent of Honda.

[20] The remaining analysis will reveal more palpable and overriding errors of fact. However, the above examples alone would suffice to question carefully the factual basis for the trial judge's conclusions. I am therefore compelled to review the record in some detail in my analysis.

[21] Beyond creating the need to address the many overriding and palpable errors of the trial judge, this appeal presents the Court with the opportunity to clarify and redefine some aspects of the law of damages in the context of employment.

### 3. Analyse

[19] Le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions importantes en ce qui concerne les dommages-intérêts qu'il convient d'accorder en cas de congédiement injustifié. Avant d'examiner le bien-fondé des différents chefs de dommages-intérêts accordés en première instance et en appel, il est à mon avis essentiel de signaler que le juge de première instance — je le démontre plus loin — a commis un certain nombre d'erreurs manifestes et dominantes, dont certaines ont été mentionnées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel. Deux erreurs entachent tout particulièrement le jugement de première instance et rendent suspects d'autres conclusions et inférences. D'abord, le juge a estimé que le [TRADUCTION] « comportement répréhensible » de Honda était « planifié et délibéré et constituait un complot de longue date de la part de l'entreprise » (par. 60). La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait tout simplement pas d'élément étayant la thèse du complot. J'y reviendrai. Deuxièmement, le juge de première instance a affirmé que le [TRADUCTION] « comportement scandaleux » s'était poursuivi pendant cinq ans, alors que dans les faits, la période en question avait duré tout au plus sept mois. Il a donc statué sur le comportement de Honda en fonction d'une période qui n'était pas la bonne. Il a apparemment commis cette erreur parce qu'il a considéré la cessation des prestations d'invalidité de longue durée versées par London Life comme un facteur pertinent pour juger le comportement de Honda, alors que l'ensemble de la preuve tend à établir que la décision de l'assureur était totalement indépendante.

[20] D'autres erreurs de fait manifestes et dominantes ressortent de l'analyse. Toutefois, les exemples qui précèdent justifient à eux seuls la remise en cause du fondement factuel des conclusions tirées en première instance. Il me faut donc faire un examen relativement détaillé du dossier.

[21] Notre Cour doit certes corriger les nombreuses erreurs manifestes et dominantes du juge de première instance, mais le présent pourvoi lui offre par ailleurs l'occasion de clarifier et de redéfinir certains volets des règles de l'indemnisation dans le contexte d'un lien d'emploi.



[22] First, I would like to clarify what factors should be considered when allocating compensatory damages in lieu of notice for wrongful dismissal.

[23] Second, a review of the basis for and calculation of damages for conduct in dismissal must be undertaken.

[24] Third, in considering the allocation of punitive damages in this case, I conclude that it is not necessary to reconsider whether breaches of the Ontario *Human Rights Code* are independent actionable wrongs for the purposes of punitive damages. I will however discuss the need to avoid overlap of damages for conduct in dismissal and punitive damage awards.

### 3.1 *General Damages: The 15-Month Notice Period*

[25] After finding that Keays had been wrongfully dismissed, the trial judge determined that he was entitled to an award of damages reflecting the need for 15 months' notice. In doing so, he followed *Bardal and Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270 (Ont. C.A.), at p. 293, wherein it was held that an appropriate notice period is to be determined in consideration of factors including, but not limited to, the character of the employment, length of service, the age of the employee and the availability of other employment. In arriving at 15 months, McIsaac J. pointed to: Honda's "flat" (i.e., egalitarian) management structure as limiting the effect of Keays' lower position in Honda's hierarchy; the fact that Keays had specialized training to compensate for his lack of formal education; his long service; and the lack of comparable employment in Alliston. The Court of Appeal agreed with this assessment.

[26] On appeal before this Court, Honda did not contest the finding of wrongful dismissal. However, Honda argued that the 15-month notice period allocated by the trial judge was excessive

[22] Premièrement, je préciserai quels facteurs doivent être pris en compte pour l'octroi de dommages-intérêts tenant lieu de préavis en cas de congédiement injustifié.

[23] Deuxièmement, il convient de revoir le fondement des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et le calcul de leur montant.

[24] Troisièmement, en ce qui concerne l'opportunité de dommages-intérêts punitifs en l'espèce, je ne juge pas nécessaire de réexaminer la question de savoir si la violation du *Code des droits de la personne* de l'Ontario constitue une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action. Je me pencherai néanmoins sur la nécessité de faire en sorte que les dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et les dommages-intérêts punitifs ne fassent pas double emploi.

### 3.1 *Domages-intérêts généraux — Le préavis de 15 mois*

[25] Après avoir conclu au caractère injustifié du congédiement, le juge de première instance a statué que M. Keays avait droit à un préavis de 15 mois et aux dommages-intérêts correspondants. Il s'est appuyé sur la décision *Bardal* et l'arrêt *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 168 D.L.R. (4th) 270 (C.A. Ont.), p. 293, ayant établi que le préavis raisonnable doit être déterminé en fonction de divers facteurs, dont la nature de l'emploi, l'ancienneté et l'âge de l'employé, ainsi que la possibilité de trouver un nouvel emploi. Pour fixer le préavis à 15 mois, le juge McIsaac a tenu compte du fait que la structure de gestion « peu hiérarchisée » (ou égalitaire) de l'employeur limitait l'incidence du niveau peu élevé du poste de M. Keays et que la formation spécialisée de ce dernier compensait son absence de scolarisation, ainsi que des longs états de service de l'employé et de l'inexistence d'emplois comparables à Alliston. La Cour d'appel a fait sienne cette évaluation.

[26] Devant notre Cour, Honda ne conteste pas le caractère injustifié du congédiement. Elle fait toutefois valoir que le préavis de 15 mois est excessif, car le juge de première instance n'a pas bien analysé les

because he failed to conduct a proper analysis of Keays' job functions. Specifically, Honda claimed that an analysis of Keays' job functions shows that his responsibilities were minimal and that he spent a large percentage of his time on data entry. According to Honda, in view of Keays' 14 years of service, his little formal education and the character of his employment, 8 to 10 months would have been appropriate. The fact that Keays' had no management function was crucial.

[27] It is true that Honda's "flat management structure" did not truly illuminate the character of Keays' employment and that this label should not matter: what matters is experience, qualifications and other factors mentioned in *Bardal*.

[28] In determining what constitutes reasonable notice of termination, the courts have generally applied the principles articulated by McRuer C.J.H.C. in *Bardal*, at p. 145:

There can be no catalogue laid down as to what is reasonable notice in particular classes of cases. The reasonableness of the notice must be decided with reference to each particular case, having regard to the character of the employment, the length of service of the servant, the age of the servant and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the servant.

[29] These four factors were adopted by this Court in *Machtiger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986. They can only be determined on a case-by-case basis.

[30] It is true that there has been some suggestion that a person's position in the hierarchy should be irrelevant to assessing damages for wrongful dismissal (see *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111 (C.A.), and *Byers v. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345 (C.A.)). The traditional assumptions about the relevance of a person's position in the hierarchy was not directly challenged in this case. It will therefore suffice to say here that

fonctions de M. Keays. Plus particulièrement, elle soutient que l'analyse aurait dû révéler que l'intéressé n'avait que très peu de responsabilités et qu'il consacrait une grande partie de son temps à saisir des données. Selon elle, étant donné les 14 années de service, le faible niveau de scolarisation et la nature de l'emploi, un préavis de 8 à 10 mois aurait été indiqué. Le fait que M. Keays n'exerçait aucune fonction de gestion était déterminant.

[27] Il est vrai que la « structure de gestion peu hiérarchisée » de Honda ne faisait pas vraiment ressortir la nature de l'emploi de M. Keays. Or, cette qualification importe peu, contrairement à l'expérience, aux compétences et aux autres éléments mentionnés dans la décision *Bardal*.

[28] Pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi, les tribunaux ont généralement appliqué les principes énoncés par le juge en chef McRuer dans la décision *Bardal* (p. 145) :

[TRADUCTION] Il est impossible de préciser ce qui constitue un préavis raisonnable dans des catégories particulières de cas. Le caractère raisonnable du préavis est à déterminer au cas par cas, eu égard à la nature de l'emploi, à l'ancienneté de l'employé, à l'âge de celui-ci et à la possibilité d'obtenir un poste similaire, compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé.

[29] La Cour a retenu ces quatre facteurs dans l'arrêt *Machtiger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986. Leur appréciation ne peut se faire qu'au cas par cas.

[30] D'aucuns ont certes laissé entendre que le niveau hiérarchique d'une personne ne devait pas influencer l'appréciation du préjudice infligé par un congédiement injustifié (voir *Bramble c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 111 (C.A.), et *Byers c. Prince George (City) Downtown Parking Commission* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 345 (C.A.)). L'importance accordée jusqu'à ce jour au niveau hiérarchique de l'employé congédié n'est pas directement contestée en l'espèce. Il suffit donc de dire que la

Honda's management structure has no part to play in determining reasonable notice in this case. The "flat management structure" said nothing of Keays' employment. It does not describe the responsibilities and skills of that worker, nor the character of the lost employment. The particular circumstances of the individual should be the concern of the courts in determining the appropriate period of reasonable notice. Traditional presumptions about the role that managerial level plays in reasonable notice can always be rebutted by evidence.

[31] This position is consistent with the original formulation of the *Bardal* test where McRuer C.J.H.C. stated:

There can be no catalogue laid down as to what is reasonable notice in particular classes of cases. [Emphasis added; p. 145.]

[32] No one *Bardal* factor should be given disproportionate weight. In the present case, the trial judge erred in applying one of the factors, alluding to the flat management structure, rather than examining the actual functions of Keays. Despite this error, the 15-month notice period is entitled to deference since, on the entirety of the circumstances here, there is no basis to interfere with the conclusions of the trial judge. Keays was one of the first employees hired at Honda's plant. He spent his entire adult working life with Honda. He did not have any formal education and suffered from an illness which greatly incapacitated him. All these factors will substantially reduce his chances of re-employment and justify an assessment of 15 months' notice.

### 3.2 Damages for Conduct in Dismissal

[33] In applying *Wallace*, the trial judge concluded that Honda's manner of dismissing Keays was an egregious display of bad faith that warranted an extension of the notice period to 24 months. He made the following findings of fact in support of his award:

structure de gestion de Honda ne joue aucun rôle dans la détermination d'un préavis raisonnable en l'espèce. La « structure de gestion peu hiérarchisée » ne permet pas de définir la fonction de M. Keays, non plus que ses responsabilités et ses aptitudes, ni la nature de l'emploi qu'il a perdu. Le tribunal doit s'attacher à la situation particulière de l'intéressé pour arrêter la durée du préavis raisonnable. Toute présomption appliquée jusqu'à ce jour concernant le rôle du niveau hiérarchique à cet égard peut toujours être réfutée par la preuve.

[31] Ce point de vue concorde avec la formulation initiale du critère dans la décision *Bardal*, où le juge en chef McRuer a dit :

[TRADUCTION] Il est impossible de préciser ce qui constitue un préavis raisonnable dans des catégories particulières de cas. [Je souligne; p. 145.]

[32] Il faut se garder d'accorder une importance disproportionnée à l'un ou l'autre des facteurs énoncés dans cette décision. En l'espèce, le juge de première instance a eu tort d'appliquer l'un des facteurs — la structure de gestion peu hiérarchisée — au lieu de se pencher sur les fonctions réelles de M. Keays. Malgré cette erreur, la décision de fixer le préavis à 15 mois commande la déférence, car au vu de l'ensemble des circonstances, rien ne justifie la Cour de modifier les conclusions tirées en première instance. M. Keays figurait au nombre des premiers employés embauchés à l'usine de Honda. Il y a passé la totalité de sa vie active. Il n'avait pas fait d'études et souffrait d'une maladie particulièrement incapacitante. Tous ces éléments réduisent grandement ses chances de trouver un nouvel emploi et justifient donc le préavis de 15 mois.

### 3.2 Dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement

[33] Le juge de première instance a appliqué l'arrêt *Wallace* et conclu que Honda avait congédié M. Keays en faisant preuve d'une mauvaise foi manifeste, de sorte qu'il était justifié de porter le préavis à 24 mois. Il s'est fondé sur les conclusions de fait suivantes :

- In the letter dated March 28, Honda deliberately misrepresented the views of its doctors.
- Keays was being “set up” when asked to see Dr. Brennan.
- Keays’ condition worsened after the dismissal: he became depressed, developed an adjustment disorder for 3-4 months, and has been unable to work since then.
- Honda’s decision to cancel the “accommodation” was a form of reprisal for Keays’ retaining legal counsel.
- Dans la lettre du 28 mars, Honda a délibérément dénaturé les avis de ses médecins.
- On a leurré M. Keays en lui demandant de consulter le D<sup>r</sup> Brennan.
- L’état de santé de M. Keays s’est détérioré après son congédiement; il est devenu dépressif, il a souffert d’un trouble d’adaptation pendant trois à quatre mois et il a été incapable de travailler par la suite.
- Honda a mis fin aux mesures d’« adaptation » en guise de représailles à la décision de M. Keays de retenir les services d’un avocat.

[34] The Court of Appeal concluded that given the factual nature of determining whether Honda acted in bad faith, Honda had to demonstrate that the trial judge committed a palpable and overriding error. It concluded that Honda had failed to demonstrate this and that the trial judge’s decision was sufficiently supported in the evidence. I cannot agree with this conclusion. A proper reading of the record shows that Honda’s conduct in dismissing Keays was in no way an egregious display of bad faith justifying an award of damages for conduct in dismissal.

[34] La Cour d’appel a statué qu’en raison de la nature factuelle de la conclusion selon laquelle il y avait eu mauvaise foi de sa part, Honda devait démontrer que le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante. À son avis, Honda ne l’avait pas fait, et la décision de première instance était suffisamment étayée par la preuve. Je ne suis pas d’accord. Suivant une juste interprétation du dossier, s’agissant de la manière dont elle a congédié M. Keays, Honda n’a nullement fait preuve d’une mauvaise foi manifeste justifiant une indemnisation pour les circonstances du congédiement.

[35] As earlier mentioned, it is my view that the trial judge made a number of significant overriding and palpable factual errors that relate directly to the factual matrix that justified, according to him, an award of damages for manner of dismissal (*Wallace* damages). For that reason alone, the decision cannot stand. I will elaborate on this. I note, however, that this case sheds light on the legal problems associated with the allocation of these damages. It is therefore appropriate for this Court to reconsider the *Wallace* approach and make some adjustments.

[35] Je le répète, le juge de première instance a commis un certain nombre d’erreurs de fait manifestes et dominantes à partir d’un fondement factuel qui justifiait, à son avis, une indemnisation selon l’arrêt *Wallace*, à savoir des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement. Pour ce seul motif, sa décision doit être infirmée. J’y reviendrai. Je signale toutefois que la présente affaire met en évidence les problèmes que soulève en droit l’octroi de tels dommages-intérêts. Il convient donc que la Cour réexamine la démarche préconisée dans l’arrêt *Wallace* et qu’elle apporte les correctifs qui s’imposent.

### 3.2.1 The Factual Analysis

[36] None of the four foundations accepted by the trial judge for his “*Wallace* award” of damages is valid. I will examine them individually.

### 3.2.1 L’analyse des faits

[36] Aucun des quatre motifs invoqués par le juge de première instance pour l’octroi de dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace* n’est valable. Je les examine à tour de rôle.

3.2.1.1 *The March 28 Letter*

[37] In its submissions to this Court, Honda points out that the trial judge had no basis for concluding that the March 28 letter (set out in para. 6 above) was callous and insensitive. In reviewing the facts and reading the letter, it is clear that Honda was relying on expert advice and simply conveying the information obtained from experts to Keays. The following two paragraphs were the most “contentious” of the letter:

1. You were told that we have been reviewing your absenteeism as well as the doctor’s notes that you had been providing to cover those absences. We discussed your situation with Dr. Affoo who is familiar with your case. In addition, we had Dr. Brennan (a new physician) review your complete medical file. Both doctors advised us that they could find no diagnosis indicating that you are disabled from working.

. . .

4. When we met on March 21, 2000, we advised you that we would no longer accept that you have a disability requiring you to be absent. Dr. Brennan and Dr. Affoo both believe that you should be attending work on a regular basis. In order for Dr. Brennan to get to know you and understand completely your condition, we advised that we would arrange for Dr. Brennan to meet with you. The plan was that Dr. Brennan would then communicate directly with your doctor to effectively manage your condition. [Emphasis added.]

[38] The trial judge accepted Keays’ submission that Honda deliberately misrepresented the positions of both physicians for the purpose of intimidation, excluding his own doctors, and forcing him to meet with Dr. Brennan. The evidence contradicts this finding.

[39] First, Dr. Affoo concluded that Keays was able to work and should try to work as much as possible. He communicated this information to Selby. Dr. Affoo’s testimony is clear on this point:

Q . . . did you have any conversation with anyone at Honda about Mr. Keays?

3.2.1.1 *La lettre du 28 mars*

[37] Honda fait valoir devant notre Cour que rien ne permettait au juge de première instance de conclure au caractère brutal et implacable de sa lettre du 28 mars (dont le texte est reproduit au par. 6 des présents motifs). Il ressort des faits et de la lettre que Honda s’appuyait sur un avis d’expert et ne faisait que transmettre à M. Keays les renseignements obtenus de spécialistes. Les deux extraits suivants de la lettre sont les plus « litigieux » :

[TRADUCTION]

1. Nous vous avons dit que nous nous penchions sur vos absences et sur leurs justifications par le médecin. Nous avons consulté le D<sup>r</sup> Affoo, qui connaît votre cas. En outre, nous avons demandé au D<sup>r</sup> Brennan (un nouveau médecin) d’examiner votre dossier médical en entier. L’un et l’autre médecins ont dit ne pas pouvoir établir de diagnostic vous rendant inapte au travail.

. . .

4. Lors de notre rencontre du 21 mars 2000, nous vous avons dit ne plus estimer qu’une déficience justifiait vos absences. Les D<sup>rs</sup> Brennan et Affoo croient que vous devriez vous présenter au travail régulièrement. Pour permettre au D<sup>r</sup> Brennan de mieux vous connaître et de bien comprendre votre situation, nous avons voulu vous le faire rencontrer. L’idée était que le D<sup>r</sup> Brennan puisse ensuite communiquer directement avec votre médecin pour assurer un bon suivi. [Je souligne.]

[38] Le juge de première instance a fait droit à la prétention de M. Keays selon laquelle Honda avait délibérément dénaturé les avis des deux médecins dans le but de l’intimider, d’écarter ses médecins à lui et de l’obliger à rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. La preuve contredit cette conclusion.

[39] Premièrement, le D<sup>r</sup> Affoo a opiné que M. Keays était apte au travail et qu’il devait essayer de travailler le plus possible. Il en a informé M<sup>me</sup> Selby. Le témoignage du D<sup>r</sup> Affoo est clair sur ce point :

[TRADUCTION]

Q : . . . avez-vous discuté du cas de M. Keays avec quelqu’un chez Honda?

A. Subsequently I reported back to Associate Services, Susan Selby, as to our meeting. I explained to her that Mr. Keays had been diagnosed with a diagnosis of chronic fatigue syndrome, as he assured me he had. We talked about him missing a lot of time off work, and I explained to her that from Mr. Keays' point of view he didn't feel that -- he felt that, that he was doing his best and that we could expect him to be off work as he has been in the past.

Q. Any other conversation that you recall?

A. Probably within those terms.

Q. Do you recall if you made any suggestion as to whether or not Mr. Keays' condition, as you understood it, warranted absenteeism?

A. Well, I felt that he was coping quite well at Honda. You know, I discussed -- I told her the fact that, that he was at a desk and so on and so forth, and he seemed to be coping quite well at his work place. I felt that, that in my experience with chronic fatigue one, you know, one wants him to come to work, and, and we should try and get him to work as, as, as much as we can. And certainly, I didn't think he needed to be off work the kind of pattern he had in the past. I felt that, you know, that he could be off -- I felt that he probably would be off work maybe three or four times a month, possibly, from his condition, but with a regimented lifestyle, and you know, with the things that he's being, that he's being treated with by his own physician, that he should be able to do well. [Emphasis added.]

[40] Second, Dr. Brennan communicated to Honda that he was *unable* to diagnose Keays with CFS without meeting with him first. During his examination, Dr. Brennan stated the following:

I did not accept the diagnosis of chronic fatigue syndrome, largely because I didn't feel that I had all the information. [Emphasis added.]

There is nothing misleading or false with Honda's assertion that both doctors advised that they could find no diagnosis that would bar Keays from working. Dr. Affoo clearly stated that he thought it would be good for Keays to work, and Dr. Brennan clearly could find no diagnosis of CFS without first meeting Keays. Honda was simply relaying the information it received from its experts to Keays. Given this evidence, I do not see how the trial judge could

R : Par la suite, j'ai fait rapport de notre rencontre à Susan Selby, du service des employés. Je lui ai expliqué que M. Keays disait souffrir du syndrome de la fatigue chronique, un diagnostic qui avait été établi par ses médecins. Nous avons parlé des nombreuses absences de M. Keays, et je lui ai expliqué le point de vue de ce dernier, c'est-à-dire qu'il avait l'impression de faire le maximum et que nous devions nous attendre à ce qu'il s'absente aussi souvent que dans le passé.

Q : Vous souvenez-vous avoir eu d'autres échanges?

R : Vraisemblablement de la même nature.

Q : Vous souvenez-vous avoir indiqué qu'à votre avis, l'état de M. Keays justifiait ou non son absentéisme?

R : Eh bien, j'estimais qu'il se débrouillait quand même assez bien chez Honda. Vous savez, j'ai discuté -- je lui ai dit [à M<sup>me</sup> Selby] qu'il travaillait à un bureau et ainsi de suite et qu'il paraissait s'en tirer assez bien au travail. À mon avis, d'après ce que je savais du syndrome de la fatigue chronique, vous comprenez, on souhaite que l'employé se présente au travail et on l'y incite le plus possible. C'est certain que je ne pensais pas qu'il avait besoin de s'absenter aussi souvent qu'il l'avait fait auparavant. Je croyais, vous comprenez, qu'il pouvait s'absenter -- je croyais qu'il s'absenterait probablement trois ou quatre fois par mois, peut-être, à cause de sa maladie, mais qu'il pourrait, grâce à un régime de vie strict, vous comprenez, grâce aux soins que lui prodiguait son propre médecin, il devrait pouvoir bien s'en tirer. [Je souligne.]

[40] Deuxièmement, le D<sup>r</sup> Brennan a fait savoir à Honda qu'il *ne pouvait* diagnostiquer le SFC sans d'abord rencontrer M. Keays. Voici ce qu'il a dit lors de son interrogatoire :

[TRADUCTION] Je ne pouvais confirmer le diagnostic du SFC, principalement parce que je ne croyais pas disposer de toutes les données nécessaires. [Je souligne.]

Les propos de Honda selon lesquels les deux médecins ne pouvaient diagnostiquer une affection empêchant M. Keays de travailler n'avaient rien de trompeurs ou d'inexactes. Le D<sup>r</sup> Affoo a clairement estimé qu'il aurait été bénéfique que M. Keays travaille, et le D<sup>r</sup> Brennan ne pouvait manifestement pas diagnostiquer le SFC sans rencontrer d'abord M. Keays. Honda ne faisait que communiquer à M. Keays les renseignements obtenus de

have concluded that Honda was trying to intimidate Keays by twisting the positions of the physicians. The physicians' positions were clear, and Honda had no reason not to accept the expert advice it was receiving. The trial judge made an overriding and palpable error in faulting Honda for relying on the advice of its medical experts.

[41] The trial judge stated, at para. 43 of his decision:

Although parts of the letter may have been accurate in isolation, when considered in its entirety, it presented a “twisted” view of his condition.

[42] The trial judge gave no reason to explain why, in its “entirety”, the letter presents such a view. For a written document to have a certain flavour or sense “in its entirety”, there must be indicators that create such a flavour within that document. In this case, the letter contains no such clues. “[I]n its entirety”, the March 28 letter simply conveyed to Keays that Honda wanted him to meet with Dr. Brennan because their experts had advised them that his condition did not preclude him from working. The whole context is one in which Honda recognizes that Keays has a disability and that it has to be dealt with; this is an important consideration in determining good faith on the part of Honda.

### 3.2.1.2 *No “Set-Up”; No “Hardball”*

[43] The trial judge concluded, at para. 45 of his judgment, that Keays was being “set up” for failure because Dr. Brennan had already made up his mind that his condition was bogus. First, I think it is important to note that there is no evidence that Dr. Brennan took on a “hardball” attitude. A careful analysis of the record reveals that Dr. Brennan simply could not, with the information that was provided to him, accept a diagnosis of CFS without first meeting Keays.

[44] The trial judge stated, at para. 45, that a note written by Dr. Brennan to Honda on December 3,

ses experts. Au vu de ces éléments de preuve, je ne vois pas comment le juge de première instance a pu conclure que Honda tentait d'intimider M. Keays en déformant les avis des médecins. Ceux-ci étaient clairs, et Honda n'avait aucune raison de mettre en doute leur bien-fondé. Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en reprochant à Honda de s'être fiée à l'avis de ses médecins.

[41] Il a dit au par. 43 de ses motifs :

[TRADUCTION] Bien que des éléments de la lettre puissent être justes si on les considère isolément, dans le contexte global, l'état de santé de M. Keays est présenté de manière déformée.

[42] Il n'a pas précisé en quoi, dans son « contexte global », la lettre déformait la réalité. Pour qu'un document écrit donne une certaine impression lorsqu'il est considéré dans son « contexte global », des indices doivent s'y trouver. En l'espèce, la lettre n'en contient aucun. Considérée dans son « contexte global », la lettre du 28 mars informe tout simplement M. Keays que Honda veut lui faire rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan parce que, selon ses experts, son état de santé ne l'empêche pas de travailler. Le contexte global s'entend du fait que Honda reconnaît la déficience de M. Keays et son obligation de composer avec elle. Il s'agit d'une considération importante pour juger de la bonne foi de Honda.

### 3.2.1.2 *Ni leurre ni intransigeance*

[43] Au par. 45 de ses motifs, le juge de première instance a conclu que M. Keays avait été [TRADUCTION] « leurré » parce que le D<sup>r</sup> Brennan avait déjà conclu qu'il n'était pas vraiment malade. D'abord, il faut signaler qu'aucune preuve n'étaye le caractère [TRADUCTION] « intransigent » de l'attitude du D<sup>r</sup> Brennan. Une analyse minutieuse du dossier révèle que le médecin ne pouvait tout simplement pas, à la lumière des renseignements qui lui avaient été fournis et sans d'abord rencontrer M. Keays, confirmer que celui-ci souffrait du SFC.

[44] Selon le juge de première instance (par. 45), dans une note transmise à Honda le 3 décembre

2000 reveals that Dr. Brennan “referenced the fact that the diagnosis of CFS carries ‘considerable controversy’ and that ‘many physicians’ do not believe it should be taken as a ‘stand alone’ diagnosis” and that “[h]e himself was of the view that it ‘may well be a bona fide medical condition’, but only in certain ‘very limited circumstances’”. These assertions alone should not lead one to believe that Dr. Brennan was taking a “hardball” approach to workplace absences. But there is more that has to be taken into account here. After stating that he believed that chronic fatigue syndrome is a *bona fide* medical condition under very limited circumstances, he continued to say:

Those circumstances are those as outlined by the Center for Disease Control (CDC) in Atlanta. The CDC has developed some strict diagnostic criteria for Chronic Fatigue Syndrome (CFS) to aid in its diagnosis and differentiation from depression, fatigue of chronic illness, malingering, multiple rheumatic diseases etc.

[45] Dr. Brennan was thus simply espousing the prevalent approach adopted by the CDC. I do not see how this can be qualified as “hardball”, as he was reiterating the information at his disposal. However, even if one were to conclude that Dr. Brennan was taking a somewhat “hardball” approach to workplace absences, Honda cannot be faulted for accepting his expert advice unless a conspiracy exists. As concluded by the Court of Appeal, there simply was no conspiracy to terminate Keays. Rosenberg J.A. correctly stated at paras. 91 and 93 of his reasons that:

There is no evidence to support the finding of a protracted corporate conspiracy. The appellant accommodated the respondent’s increasingly more serious disability over several years. The fact that the company ran a lean operation in which it was difficult to accommodate prolonged absences was not proof of a conspiracy.

... there is no evidence to support this conspiracy to interfere with the respondent’s relationship with his own physician. In fact, the trial judge’s finding on this issue is inconsistent with his broad finding that the appellant intended to dismiss the respondent. There would be no

2000, le D<sup>r</sup> Brennan [TRADUCTION] « mentionne que le SFC suscite une “grande controverse” et que, de l’avis de “nombreux médecins”, il ne faut pas l’assimiler à une maladie “en soi” et que, pour sa part, il “peut très bien s’agir d’un état pathologique réel”, mais uniquement “dans de très rares cas” ». Ces seules affirmations ne devraient pas permettre de conclure à l’attitude intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan concernant l’absentéisme au travail. D’autres éléments doivent cependant être pris en compte. Après avoir opiné que le SFC constituait un état pathologique réel dans de très rares cas, le D<sup>r</sup> Brennan a ajouté :

[TRADUCTION] Ces cas correspondent à ceux recensés par le Centre for Disease Control (CDC) d’Atlanta. Le CDC a établi des critères stricts pour diagnostiquer le syndrome de la fatigue chronique (SFC) et le différencier notamment de la dépression, de la fatigue causée par une maladie chronique, de la simulation et des diverses maladies rhumatismales.

[45] Le D<sup>r</sup> Brennan adhérait donc simplement à la thèse dominante retenue par le CDC. Je ne vois pas comment on peut qualifier son attitude d’intransigeante puisqu’il reprenait les données mises à sa disposition. Si néanmoins son attitude était intransigeante vis-à-vis de l’absentéisme au travail, on ne peut reprocher à Honda d’avoir accepté son avis d’expert, à moins que l’existence d’un complot ne soit avérée. Or, la Cour d’appel a conclu qu’aucun complot n’était à l’origine du congédiement de M. Keays. Le juge Rosenberg dit à juste titre (par. 91 et 93) :

[TRADUCTION] Rien n’étaye la thèse d’un complot de longue date de la part de l’entreprise. Pendant plusieurs années, l’appelante a composé avec la déficience de l’intimé, qui allait s’aggravant. Comme elle fonctionnait à partir d’un minimum de ressources, il lui était difficile de composer avec les absences prolongées, mais il n’y a là aucune preuve de complot.

... rien n’étaye la thèse d’un complot visant l’immixtion du D<sup>r</sup> Brennan dans la relation entre l’intimé et son médecin. En fait, la conclusion du juge de première instance sur ce point ne concorde pas avec sa conclusion plus générale voulant que l’appelante ait



need to “insinuate” Dr. Brennan into the relationship if the company’s intent all along was to terminate the employment.

[46] As such, it was not open to the Court of Appeal to accept the trial judge’s finding that Keays was being set up when asked to meet with Dr. Brennan. Honda was merely listening to expert advice that can hardly be qualified as “hardball”. There is no rational way to justify the conclusion that the request for a meeting between Keays and Dr. Brennan was not perfectly normal in the circumstances.

### 3.2.1.3 *No Reprisal*

[47] The trial judge committed another overriding and palpable error in concluding that Honda’s decision to cancel its accommodation was a form of reprisal for Keays’ decision to retain legal counsel. The decision to stop accepting doctors’ notes was not reprisal for Keays seeking legal counsel. Rather, as concluded by Rosenberg J.A. in Court of Appeal, at para. 98, Honda was simply seeking to confirm Keays’ disability. Here again, it is important to note that Honda does not deny that there is a problem that has to be dealt with in a professional and fair way. As earlier mentioned, the notes had changed in character and were “cryptic” (para. 6 above). Moreover, as stated in para. 5 above, Shelby and Magill met to address the deficiencies in Keays’ doctors notes and Keays’ absences well before Keays’ lawyer sent his letter.

### 3.2.1.4 *Keays’ Condition Worsened*

[48] The trial judge committed an overriding and palpable error in considering Keays’ disability subsequent to termination; this was not compensable under the *Wallace* umbrella because there was no evidence that the disability was caused by the manner of termination.

eu l’intention de congédier l’intimé. En effet, une telle immixtion n’aurait pas été nécessaire si l’intention de l’entreprise avait toujours été de congédier l’intimé.

[46] Partant, il n’était pas loisible à la Cour d’appel de faire sienne la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Keays avait été leurré lorsqu’on lui avait demandé de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan. Honda donnait tout simplement suite à un avis d’expert qu’on peut difficilement qualifier d’intransigeant. Nul motif rationnel ne justifie la conclusion qu’il n’était pas tout à fait normal, dans les circonstances, de demander à M. Keays de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan.

### 3.2.1.3 *L’absence de représailles*

[47] Le juge de première instance a commis une autre erreur manifeste et dominante lorsqu’il a conclu que Honda avait mis fin aux mesures d’adaptation en guise de représailles à la décision de M. Keays de retenir les services d’un avocat. La décision de Honda de ne plus accepter les billets du médecin ne visait pas à punir M. Keays, mais bien, comme l’a conclu le juge Rosenberg de la Cour d’appel (par. 98), à obtenir simplement la confirmation de l’invalidité. Encore une fois, il importe de signaler que Honda ne nie pas l’existence d’un problème devant être résolu de manière professionnelle et équitable. Je le répète, la teneur des billets avait changé : ils étaient devenus « sibyllins » (par. 6 des présents motifs). Qui plus est, comme je l’indique au par. 5, M<sup>mes</sup> Selby et Magill se sont rencontrées pour discuter des lacunes des billets du médecin et des absences de l’employé bien avant que l’avocat de M. Keays n’envoie sa lettre.

### 3.2.1.4 *La détérioration de l’état de M. Keays*

[48] Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en tenant compte de l’invalidité de M. Keays subséquente à son congédiement. En effet, les principes énoncés dans l’arrêt *Wallace* ne permettaient pas d’indemnisation à cet égard, car rien ne prouvait que les circonstances du congédiement étaient la cause de cette invalidité.

### 3.2.2 The Legal Analysis

[49] The trial judge's decision in this case highlights the problems we face in dealing with damages for conduct in the context of termination of employment. In particular, it raises questions about the propriety of damages for manner of dismissal, whereby damages are awarded by extending the notice period (*Wallace* damages). This re-evaluation is mandated particularly by this Court's recent decision in *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, 2006 SCC 30.

#### 3.2.2.1 *Current State of the Law*

[50] An action for wrongful dismissal is based on an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship in the absence of just cause. Thus, if an employer fails to provide reasonable notice of termination, the employee can bring an action for breach of the implied term (*Wallace*, at para. 115). The general rule, which stems from the British case of *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), is that damages allocated in such actions are confined to the loss suffered as a result of the employer's failure to give proper notice and that no damages are available to the employee for the actual loss of his or her job and/or pain and distress that may have been suffered as a consequence of being terminated. This Court affirmed this rule in *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, at p. 684:

... the damages cannot be increased by reason of the circumstances of dismissal whether in respect of the [employee's] wounded feelings or the prejudicial effect upon his reputation and chances of finding other employment.

[51] Later in *Vorvis v. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, McIntyre J. stated at p. 1103:

... I would conclude that while aggravated damages may be awarded in actions for breach of contract in appropriate cases, this is not a case where they should be given. The rule long established in the *Addis* and

### 3.2.2 L'analyse juridique

[49] La décision du juge de première instance en l'espèce fait ressortir les problèmes de l'indemnisation pour le comportement de l'employeur lors du congédiement. Elle soulève spécialement des questions quant à l'opportunité d'accorder des dommages-intérêts pour les circonstances du renvoi (fondés sur l'arrêt *Wallace*) par l'allongement du préavis. Le récent arrêt *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, 2006 CSC 30, en particulier, commande le réexamen de la question.

#### 3.2.2.1 *L'état actuel du droit*

[50] L'action pour congédiement injustifié se fonde sur l'obligation, découlant tacitement du contrat de travail, de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation d'emploi en l'absence d'un motif valable de le faire. Ainsi, l'employé auquel l'employeur ne donne pas un préavis raisonnable de cessation d'emploi peut tenter une action pour manquement à cette obligation tacite (*Wallace*, par. 115). Suivant la règle générale issue de l'arrêt britannique *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), des dommages-intérêts ne sont alors accordés que pour le préjudice causé par l'omission de l'employeur de donner le préavis requis, et l'employé ne peut être indemnisé de la perte de son emploi non plus que des souffrances morales causées par le congédiement. Notre Cour a confirmé cette règle dans l'arrêt *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, p. 684 :

[TRADUCTION] ... il est impossible de majorer les dommages-intérêts en raison des circonstances du renvoi, que ce soit à l'égard de l'humiliation subie par l'[employé] ou des effets néfastes sur sa réputation et sur ses chances de se trouver un autre emploi.

[51] Plus tard, dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corp. of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, le juge McIntyre a dit (p. 1103) :

... je suis d'avis de conclure qu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts majorés dans une action pour violation de contrat lorsque cela est indiqué, mais qu'en l'espèce il n'y a pas lieu de les accorder. On a

*Peso Silver Mines* cases has generally been applied to deny such damages, and the employer/employee relationship (in the absence of collective agreements which involve consideration of the modern labour law régime) has always been one where either party could terminate the contract of employment by due notice, and therefore the only damage which could arise would result from a failure to give such notice.

[52] The Court in *Vorvis* nevertheless left open the possibility of allocating aggravated damages in wrongful dismissal cases where the acts complained of were also independently actionable. McIntyre J. stated at p. 1103:

I would not wish to be taken as saying that aggravated damages could never be awarded in a case of wrongful dismissal, particularly where the acts complained of were also independently actionable, a factor not present here. [Emphasis added.]

[53] In *Wallace*, Iacobucci J. endorsed a strict interpretation of the *Vorvis* “independently actionable wrong” approach, rejecting both an implied contractual duty of good faith and a tort of bad faith discharge. At para. 73, he said:

Relying upon the principles enunciated in *Vorvis*, *supra*, the Court of Appeal held that any award of damages beyond compensation for breach of contract for failure to give reasonable notice of termination “must be founded on a separately actionable course of conduct” (p. 184). Although there has been criticism of *Vorvis* . . . this is an accurate statement of the law. . . . An employment contract is not one in which peace of mind is the very matter contracted for (see e.g. *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.)) and so, absent an independently actionable wrong, the foreseeability of mental distress or the fact that the parties contemplated its occurrence is of no consequence. . . . [Emphasis added.]

[54] This brings us to *Fidler*, where the Court, *per* McLachlin C.J. and Abella J., concluded that it

généralement appliqué la règle établie depuis longtemps dans les arrêts *Addis* et *Peso Silver Mines* pour refuser l’attribution de tels dommages-intérêts. Dans les relations entre employeur et employés (en l’absence de conventions collectives qui font intervenir le régime moderne de droit du travail), il a toujours été loisible à l’une ou l’autre des parties de résilier le contrat de travail moyennant un préavis raisonnable et, en conséquence, le seul préjudice qui pourrait en découler serait celui qui résulte de l’omission de donner ce préavis.

[52] Néanmoins, dans cet arrêt, la Cour n’a pas exclu la possibilité d’accorder des dommages-intérêts majorés pour congédiement injustifié dans le cas où les actes reprochés donnent eux-mêmes ouverture à un droit d’action. Voici ce qu’a affirmé le juge McIntyre (p. 1103) :

Je ne voudrais pas qu’on conclue de mes propos que des dommages-intérêts majorés ne peuvent jamais être accordés dans une affaire de renvoi injustifié, surtout quand les actes reprochés donneraient eux-mêmes ouverture à un droit d’action, ce qui n’est pas le cas en l’espèce. [Je souligne.]

[53] Dans l’arrêt *Wallace*, le juge Iacobucci a interprété strictement l’arrêt *Vorvis* et l’analyse fondée sur la « faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action », rejetant à la fois l’obligation contractuelle tacite d’agir de bonne foi et la responsabilité délictuelle pour manquement à cette obligation lors d’un congédiement (par. 73) :

S’appuyant sur les principes énoncés dans l’arrêt *Vorvis*, précité, la Cour d’appel a jugé que toute attribution de dommages-intérêts en sus d’une indemnisation de rupture de contrat en raison du défaut de donner un préavis raisonnable de cessation d’emploi [TRADUCTION] « doit se fonder sur un comportement donnant lui-même ouverture à un droit d’action » (p. 184). Bien que l’arrêt *Vorvis* ait été critiqué [ . . . ], il représente un énoncé exact de l’état du droit. [ . . . ] Un contrat de travail n’est pas un contrat dans lequel la tranquillité d’esprit est elle-même visée (voir, par exemple, l’arrêt *Jarvis c. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.)), et ainsi, en l’absence d’une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action, la prévisibilité des souffrances morales ou le fait que les parties aient envisagé qu’elles surviendraient n’a aucune conséquence . . . [Je souligne.]

[54] Ce qui nous amène à l’arrêt *Fidler* dans lequel, par la voix de la juge en chef McLachlin et

was no longer necessary that there be an independent actionable wrong before damages for mental distress can be awarded for breach of contract, whether or not it is a “peace of mind” contract. It stated at para. 49:

We conclude that the “peace of mind” class of cases should not be viewed as an exception to the general rule of the non-availability of damages for mental distress in contract law, but rather as an application of the reasonable contemplation or foreseeability principle that applies generally to determine the availability of damages for breach of contract.

This conclusion was based on the principle, articulated in *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, that damages are recoverable for a contractual breach if the damages are “such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally . . . from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties” (p. 151). The court in *Hadley* explained the principle of reasonable expectation as follows:

Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. [p. 151]

[55] Thus, in cases where parties have contemplated at the time of the contract that a breach in certain circumstances would cause the plaintiff mental distress, the plaintiff is entitled to recover (*Fidler*, at para. 42; *Vorvis*, at p. 1102). This principle was reaffirmed in para. 54 of *Fidler*, where the Court recognized that the *Hadley* rule explains the extended notice period in *Wallace*:

de la juge Abella, la Cour a statué que l’existence d’une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action n’était plus une exigence pour l’indemnisation de la souffrance morale causée par la rupture d’un contrat, que celui-ci vise ou non la « tranquillité d’esprit ». Voici ce qu’elle a dit (par. 49) :

Nous concluons qu’il ne faut pas voir les affaires de « tranquillité d’esprit » comme une exception à la règle générale interdisant l’indemnisation de la souffrance morale en matière contractuelle, mais plutôt comme des cas d’application du principe de la prévisibilité raisonnable qui régit généralement l’attribution de dommages-intérêts pour violation de contrat.

Cette conclusion s’appuyait sur le principe énoncé dans l’arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, selon lequel la réparation susceptible d’être obtenue pour rupture du contrat est [TRADUCTION] « celle qu’on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle découlant naturellement [. . .] de cette rupture du contrat, soit comme celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager » (p. 151). Voici comment, dans *Hadley*, on a expliqué le principe de la prévisibilité raisonnable :

[TRADUCTION] Cependant, si les demandeurs avaient porté à la connaissance des défendeurs les circonstances spéciales dans lesquelles le contrat avait été conclu et qu’elles aient été connues des deux parties, les dommages-intérêts exigibles par suite de la rupture du contrat et envisagés par les deux parties seraient donc fondés sur le préjudice découlant normalement d’une rupture de contrat dans les circonstances particulières telles qu’elles étaient connues et avaient été révélées. Mais d’un autre côté, si ces circonstances spéciales étaient totalement inconnues de la partie qui rompt le contrat, tout au plus pourrait-on considérer qu’elle avait en vue le préjudice qui découlerait généralement et dans la majorité des cas, abstraction faite de toutes circonstances particulières, à la suite d’une rupture de contrat. [p. 151]

[55] En conséquence, dans le cas où, lors de la formation du contrat, les parties ont envisagé que, dans certaines circonstances, un manquement infligerait un préjudice moral, ce dernier est indemnifiable (*Fidler*, par. 42; *Vorvis*, p. 1102). La Cour l’a réaffirmé au par. 54 de l’arrêt *Fidler* en reconnaissant que la règle de l’arrêt *Hadley* expliquait l’allongement du préavis dans l’affaire *Wallace* :

It follows that there is only one rule by which compensatory damages for breach of contract should be assessed: the rule in *Hadley v. Baxendale*. The *Hadley* test unites all forms of contractual damages under a single principle. It explains why damages may be awarded where an object of the contract is to secure a psychological benefit, just as they may be awarded where an object of the contract is to secure a material one. It also explains why an extended period of notice may have been awarded upon wrongful dismissal in employment law: see *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701. In all cases, these results are based on what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation. [Emphasis deleted.]

[56] We must therefore begin by asking what was contemplated by the parties at the time of the formation of the contract, or, as stated in para. 44 of *Fidler*: “[W]hat did the contract promise?” The contract of employment is, by its very terms, subject to cancellation on notice or subject to payment of damages in lieu of notice without regard to the ordinary psychological impact of that decision. At the time the contract was formed, there would not ordinarily be contemplation of psychological damage resulting from the dismissal since the dismissal is a clear legal possibility. The normal distress and hurt feelings resulting from dismissal are not compensable.

[57] Damages resulting from the manner of dismissal must then be available only if they result from the circumstances described in *Wallace*, namely where the employer engages in conduct during the course of dismissal that is “unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive” (para. 98).

[58] The application of *Fidler* makes it unnecessary to pursue an extended analysis of the scope of any implied duty of good faith in an employment contract. *Fidler* provides that “as long as the promise in relation to state of mind is a part of the bargain in the reasonable contemplation of the contracting parties, mental distress damages arising from its breach are recoverable” (para. 48). In *Wallace*, the Court held employers “to an obligation

Il s’ensuit qu’une seule règle permet que des dommages-intérêts compensatoires soient accordés pour violation d’un contrat : la règle de l’arrêt *Hadley c. Baxendale*. Le critère de cet arrêt réunit en un principe unique toutes les formes de dommages-intérêts en matière contractuelle. Ce qui explique pourquoi des dommages-intérêts peuvent être accordés lorsque le contrat a notamment pour objet d’assurer un avantage psychologique, tout comme ils peuvent être accordés lorsque le contrat a notamment pour objet d’assurer un avantage matériel. Cela explique aussi qu’une prolongation de la période de préavis ait pu être accordée dans un cas de congédiement injustifié en droit de l’emploi : voir *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701. Dans tous les cas, ces résultats sont fondés sur ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat. [Italiques dans l’original omis.]

[56] Il nous faut donc d’abord nous demander ce qu’ont envisagé les parties lors de la formation du contrat ou, comme l’a dit la Cour au par. 44 de l’arrêt *Fidler*, « qu’était-il promis au contrat? » Suivant son libellé, le contrat d’emploi est susceptible de résiliation moyennant préavis ou paiement d’une indemnité en tenant lieu, indépendamment du préjudice psychologique normal causé par une telle mesure. Au moment de la formation du contrat, le préjudice psychologique éventuel infligé par le congédiement n’est habituellement pas envisagé puisqu’une telle mesure est usitée et parfaitement légale. La souffrance morale normale causée par un congédiement n’est pas indemnisable.

[57] Des dommages-intérêts ne doivent donc être accordés pour les circonstances du congédiement que lorsqu’est remplie la condition énoncée dans l’arrêt *Wallace*, à savoir que l’employeur se soit comporté, lors du congédiement, « de façon inéquitable ou [en faisant] preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteu[r], trompeu[r] ou trop implacabl[e] » (par. 98).

[58] L’application de l’arrêt *Fidler* rend inutile l’analyse approfondie de la portée de l’obligation de bonne foi découlant tacitement du contrat d’emploi. Dans cet arrêt, la Cour a dit que « si la promesse se rapportant à l’état d’esprit fait partie du marché raisonnablement envisagé par les parties, la souffrance morale causée par le manquement à cette promesse peut donner lieu à des dommages-intérêts » (par. 48). Dans l’arrêt *Wallace*, elle a

of good faith and fair dealing in the manner of dismissal” (para. 95) and created the expectation that, in the course of dismissal, employers would be “candid, reasonable, honest and forthright with their employees” (para. 98). At least since that time, then, there has been expectation by both parties to the contract that employers will act in good faith in the manner of dismissal. Failure to do so can lead to foreseeable, compensable damages. As aforementioned, this Court recognized as much in *Fidler* itself, where we noted that the principle in *Hadley* “explains why an extended period of notice may have been awarded upon wrongful dismissal in employment law” (para. 54).

[59] To be perfectly clear, I will conclude this analysis of our jurisprudence by saying that there is no reason to retain the distinction between “true aggravated damages” resulting from a separate cause of action and moral damages resulting from conduct in the manner of termination. Damages attributable to conduct in the manner of dismissal are always to be awarded under the *Hadley* principle. Moreover, in cases where damages are awarded, no extension of the notice period is to be used to determine the proper amount to be paid. The amount is to be fixed according to the same principles and in the same way as in all other cases dealing with moral damages. Thus, if the employee can prove that the manner of dismissal caused mental distress that was in the contemplation of the parties, those damages will be awarded not through an arbitrary extension of the notice period, but through an award that reflects the actual damages. Examples of conduct in dismissal resulting in compensable damages are attacking the employee’s reputation by declarations made at the time of dismissal, misrepresentation regarding the reason for the decision, or dismissal meant to deprive the employee of a pension benefit or other right, permanent status for instance (see also the examples in *Wallace*, at paras. 99-100).

statué que les employeurs ont « une obligation de bonne foi et de traitement équitable dans le mode de congédiement » (par. 95) et qu’ils devraient, dans le cadre d’une telle mesure, être « francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés » (par. 98). Depuis cette décision, à tout le moins, les deux parties au contrat s’attendent donc à ce que l’employeur agisse de bonne foi s’il congédie l’employé, faute de quoi il y aura préjudice prévisible susceptible d’indemnisation. Je le rappelle, notre Cour l’a reconnu tout autant dans l’arrêt *Fidler* lui-même en précisant que le principe de l’arrêt *Hadley* « explique [. . .] qu’une prolongation de la période de préavis ait pu être accordée dans un cas de congédiement injustifié en droit de l’emploi » (par. 54).

[59] Pour clarifier tout à fait ma pensée, je conclus cette analyse de la jurisprudence de notre Cour en affirmant qu’il n’y a aucune raison de continuer de faire une distinction entre les « dommages-intérêts majorés proprement dits » accordés sur le fondement d’une cause d’action distincte et les dommages-intérêts accordés pour le préjudice moral infligé par le comportement de l’employeur lors du congédiement. Le préjudice causé par les circonstances du congédiement est toujours indemnisable suivant le principe de l’arrêt *Hadley*, à condition qu’il y ait eu manquement à l’obligation de bonne foi examinée précédemment. Par ailleurs, lorsque le droit à l’indemnisation est reconnu, il n’y a pas lieu d’allonger le préavis pour déterminer le juste montant de l’indemnité. Le montant de l’indemnisation est calculé en appliquant les mêmes principes et de la même manière que pour les autres préjudices moraux. Partant, lorsque l’employé ne peut prouver que les circonstances du congédiement lui ont infligé un préjudice moral que les parties avaient envisagé, l’indemnisation se fera non pas par l’allongement arbitraire du préavis, mais bien par l’octroi d’une somme dont le montant reflète le préjudice réel. À titre d’exemples de comportements qui infligent un préjudice indemnisable, mentionnons l’atteinte à la réputation de l’employé découlant de déclarations faites lors du congédiement, l’inexactitude du motif invoqué ou le dessein de priver l’employé d’un droit, notamment celui à des prestations de retraite ou à la titularisation (voir les exemples donnés dans l’arrêt *Wallace*, par. 99-100).

[60] In light of the above discussion, the confusion between damages for conduct in dismissal and punitive damages is unsurprising, given that both have to do with conduct at the time of dismissal. It is important to emphasize here that the fundamental nature of damages for conduct in dismissal must be retained. This means that the award of damages for psychological injury in this context is still intended to be compensatory. The Court must avoid the pitfall of double-compensation or double-punishment that has been exemplified by this case.

### 3.2.2.2 *Application of the Revised Test to This Case*

[61] I have reviewed the major overriding and palpable errors which undermine the trial judge's finding that Honda acted in "bad faith" when terminating Keays. There was, in my opinion, no such breach and no justification for an award of damages for conduct in dismissal.

### 3.3 *Punitive Damages*

[62] In *Vorvis*, McIntyre J., for the majority, held that punitive damages are recoverable provided the defendant's conduct said to give rise to the claim is itself "an actionable wrong". This position stood until 2002 when my colleague Binnie J., writing for the majority, dealt comprehensively with the issue of punitive damages in the context of the *Whiten* case. He specified that an "actionable wrong" within the *Vorvis* rule does not require an independent tort and that a breach of the contractual duty of good faith can qualify as an independent wrong. Binnie J. concluded, at para. 82, that "[a]n independent actionable wrong is required, but it can be found in breach of a distinct and separate contractual provision or other duty such as a fiduciary obligation." In the case at hand, the trial judge and the Court of Appeal concluded that Honda's "discriminatory conduct" amounted to an independent actionable wrong for the purposes of allocating punitive damages. This being said, there is no need to discuss the concept of "actionable wrong"

[60] Au vu de ce qui précède, la confusion entre les dommages-intérêts accordés pour les circonstances du congédiement et les dommages-intérêts punitifs n'a rien d'étonnant, les deux indemnités étant versées à cause du comportement de l'employeur lors du congédiement. Il convient de signaler l'importance de préserver la nature fondamentale des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement, c'est-à-dire que la somme accordée pour le préjudice psychologique doit toujours viser l'indemnisation. La Cour doit éviter la double indemnisation ou la double sanction, comme celles intervenues dans la présente affaire.

### 3.2.2.2 *L'application du critère révisé à la présente espèce*

[61] J'ai analysé les principales erreurs manifestes et dominantes qui entachent la conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda a agi de « mauvaise foi » en congédiant M. Keays. J'estime qu'il n'y a pas eu de tel manquement et qu'il n'était pas justifié d'accorder des dommages-intérêts pour les circonstances du congédiement.

### 3.3 *Dommages-intérêts punitifs*

[62] Dans l'arrêt *Vorvis*, le juge McIntyre a statué au nom des juges majoritaires que des dommages-intérêts punitifs peuvent être accordés lorsque l'acte reproché constitue en lui-même un « méfait donnant ouverture à un droit d'action ». En 2002, dans l'arrêt *Whiten*, le juge Binnie, au nom des juges majoritaires, a de nouveau approfondi la question des dommages-intérêts punitifs. Il a précisé qu'une « faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action » au sens de la règle énoncée dans l'arrêt *Vorvis* n'exige pas qu'un délit indépendant soit commis ni que le manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi constitue une faute indépendante. Il a conclu qu'« [i]l faut certes une faute indépendante donnant ouverture à [un droit d'] action, mais [qu'] elle peut découler de la violation d'une stipulation contractuelle distincte ou d'une autre obligation, telle une obligation de fiduciaire » (par. 82). Dans la présente affaire, le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu que le [TRADUCTION] « comportement

here; this was done in *Whiten*. What matters here is that there was no basis for the judge's decision on the facts. I will therefore examine the facts and determine why punitive damages were not well justified according to the criteria in *Whiten*. I will also discuss the need to avoid duplication in damage awards. Damages for conduct in the manner of dismissal are compensatory; punitive damages are restricted to advertent wrongful acts that are so malicious and outrageous that they are deserving of punishment on their own. This distinction must guide judges in their analysis.

[63] In this case, the trial judge awarded punitive damages on the basis of discriminatory conduct by Honda. Honda argues that discrimination is precluded as an independent cause of action under *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181. In that case, this Court clearly articulated that a plaintiff is precluded from pursuing a common law remedy when human rights legislation contains a comprehensive enforcement scheme for violations of its substantive terms. The reasoning behind this conclusion is that the purpose of the Ontario *Human Rights Code* is to remedy the effects of discrimination; if breaches to the Code were actionable in common law courts, it would encourage litigants to use the Code for a purpose the legislature did not intend — namely, to punish employers who discriminate against their employees. Thus, a person who alleges a breach of the provisions of the Code must seek a remedy within the statutory scheme set out in the Code itself. Moreover, the recent amendments to the Code (which would allow a plaintiff to advance a breach of the Code as a cause of action in connection with another wrong) restrict monetary compensation to loss arising out of the infringement, including any injuries to dignity, feelings

discriminatoire » de Honda était assimilable à une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action pour ce qui est de l'attribution de dommages-intérêts punitifs. Cela dit, il n'est pas nécessaire d'approfondir la notion de « faute donnant ouverture à un droit d'action »; la Cour l'a fait dans l'affaire *Whiten*. L'élément déterminant en l'espèce est que la décision n'a pas d'assise factuelle. Il faut donc déterminer, après examen des faits, les raisons pour lesquelles l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'était pas bien justifié suivant le critère issu de l'arrêt *Whiten*. J'examinerai aussi la nécessité d'éviter le chevauchement dans l'indemnisation. Les dommages-intérêts accordés pour les circonstances du congédiement sont de nature compensatoire. Les dommages-intérêts punitifs sont accordés uniquement lorsque l'acte fautif délibéré est si malveillant et inacceptable qu'il justifie une sanction indépendante. Cette distinction doit orienter l'analyse du tribunal.

[63] En l'espèce, le juge de première instance a accordé des dommages-intérêts punitifs en raison du comportement discriminatoire de l'employeur. Or, selon Honda, dans l'arrêt *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, la Cour a statué que la discrimination ne pouvait constituer une cause d'action indépendante. Dans cet arrêt, notre Cour a clairement indiqué qu'une réparation ne pouvait être obtenue sur le fondement du droit commun lorsque les dispositions substantielles d'une loi sur les droits de la personne se doublaient d'un mécanisme complet d'application. Suivant son raisonnement, le *Code des droits de la personne* de l'Ontario visait à remédier aux effets de la discrimination, et permettre de saisir un tribunal de droit commun en cas de violation de ses dispositions aurait encouragé son application à une fin non prévue par le législateur, à savoir celle de punir l'employeur qui prend une mesure discriminatoire envers un employé. La personne qui alléguait le non-respect du code devait donc demander réparation en application du régime établi par celui-ci. Qui plus est, les modifications subséquentes apportées au code (permettant au demandeur d'invoquer sa violation comme cause d'action en liaison avec une autre faute) précisaient



and self-respect. In this respect, they confirm the Code's remedial thrust.

[64] The Court of Appeal, relying on *McKinley*, concluded that *Bhadauria* only precludes a civil action based directly on a breach of the Code — but does not preclude finding an independent actionable wrong for the purpose of allocating punitive damages. It is my view that the Code provides a comprehensive scheme for the treatment of claims of discrimination and *Bhadauria* established that a breach of the Code cannot constitute an actionable wrong; the legal requirement is not met.

[65] Keays argued in cross-appeal before this Court that the decision in *Bhadauria* should be set aside and that a separate tort of discrimination should be recognized. In *Bhadauria*, Laskin C.J., writing for the Court, held that the plaintiff was precluded from pursuing a common law remedy because the applicable human rights legislation (the Code) contained a comprehensive enforcement scheme for violations of its substantive terms. The subtext of the *Bhadauria* decision is a concern that the broad, unfettered tort of discrimination created by the Court of Appeal would lead to indeterminate liability. Laskin C.J. wrote, at p. 189:

It is one thing to apply a common law duty of care to standards of behaviour under a statute; that is simply to apply the law of negligence in the recognition of so-called statutory torts. It is quite a different thing to create by judicial fiat an obligation — one in no sense analogous to a duty of care in the law of negligence — to confer an economic benefit upon certain persons, with whom the alleged obligor has no connection . . .

The concern that a tort of discrimination does not contain an effective limiting device was raised by interveners in this appeal. Moreover, as noted by the intervener Manitoba Human Rights Commission, jurisdictions outside Ontario have human rights

que seul le préjudice causé par l'atteinte, notamment à la dignité, aux sentiments et à l'estime de soi, pouvait faire l'objet d'une indemnisation pécuniaire. À cet égard, ces modifications confirmaient l'objectif réparateur du Code.

[64] S'appuyant sur l'arrêt *McKinley*, la Cour d'appel a conclu que l'arrêt *Bhadauria* faisait obstacle à une instance civile reposant directement sur une violation du Code, mais non à une conclusion qu'une faute donne elle-même ouverture à un droit d'action pour ce qui est de l'obtention de dommages-intérêts punitifs. À mon sens, le Code prévoit un mécanisme complet pour statuer sur les allégations de discrimination, et l'arrêt *Bhadauria* a établi qu'une violation du Code ne peut constituer une faute donnant ouverture à un droit d'action; l'exigence juridique n'est pas remplie.

[65] Dans son pourvoi incident, M. Keays soutient que la Cour devrait revenir sur l'arrêt *Bhadauria* et reconnaître le délit distinct de discrimination. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin a statué au nom de la Cour qu'une réparation ne pouvait être obtenue sur le fondement du droit commun lorsque les dispositions substantielles sur les droits de la personne (celles du Code) se doublent d'un mécanisme complet d'application. La crainte sous-jacente était que le délit de discrimination large et non circonscrit créé par la Cour d'appel ne fasse naître une responsabilité indéterminée. Le juge en chef Laskin écrit à la p. 189 :

C'est une chose que de faire appliquer une obligation de diligence découlant de la *common law* aux normes de comportement prévues par une loi; il s'agit simplement là d'appliquer le droit en matière de négligence à la reconnaissance des délits civils visés par la loi. C'est tout autre chose que de créer par autorisation judiciaire une obligation — qui n'est aucunement assimilable à une obligation de diligence dans le droit en matière de négligence — de conférer un avantage économique à certaines personnes avec lesquelles le prétendu obligé n'a aucun rapport . . .

Des intervenants au présent pourvoi disent craindre qu'un délit de discrimination ne soit pas bien circonscrit. En outre, comme l'a fait observer l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba, les dispositions sur les droits de la

legislation that vests jurisdiction exclusively with the provincial/territorial human rights tribunal. Accordingly, the concern in *Bhadauria* that recognition of a tort of discrimination would be inconsistent with legislative intent is still real.

[66] The Council of Canadians with Disabilities, another intervener, raised the concern that recognition of a tort of discrimination may undermine the statutory regime which, for many victims of discrimination, is a more accessible and effective means by which to seek redress.

[67] This said, there is no need to reconsider the position in *Bhadauria* in this case and deal with Keays' request for recognition of a distinct tort of discrimination. There was no evidence of discrimination to support a claim under s. 5 of the Ontario *Human Rights Code*, therefore no breach of human rights legislation serving as an actionable wrong, as required by Goudge J.A. Furthermore, there was no evidence of conduct meeting the strict requirements in *Whiten*. The trial judge concluded that the accommodation provided by admission to the disability program was itself discriminatory because Keays "had to 'earn' each dispensation from being 'coached' for any absences by presenting a 'note' from his doctor like some child who is suspected of 'playing hooky' from school" (para. 53). The trial judge then added that it made little sense to have a disability program and then deter its use by asking for doctors' notes. The association of coaching and the requirement of notes made by the trial judge here is puzzling. The requirement of notes was in effect part of the accommodation because it permitted absences without the possibility of the same leading to disciplinary action for failing to meet work requirements. There was no detriment in being part of the disability program and being treated differently from persons with "mainstream illnesses". The differential treatment was meant to accommodate the particular circumstances of persons with a particular type of disability and to provide a benefit to them. It is indeed apparent from the record that the program was designed to establish a continuous relation between management

personne confèrent une compétence exclusive en la matière au tribunal des droits de la personne de la province ou du territoire, sauf en Ontario. Par conséquent, la crainte exprimée par notre Cour dans l'arrêt *Bhadauria* que la reconnaissance d'un délit de discrimination aille à l'encontre de l'intention du législateur demeure bien réelle.

[66] L'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences fait valoir que la reconnaissance d'un délit de discrimination pourrait affaiblir un régime législatif qui offre à de nombreuses victimes un moyen plus facile et plus efficace d'obtenir réparation.

[67] Cela dit, point n'est besoin en l'espèce de revenir sur l'arrêt *Bhadauria* ni de reconnaître un délit distinct de discrimination comme le préconise M. Keays. Aucune preuve de discrimination n'étayait une allégation fondée sur l'art. 5 du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, de sorte qu'aucune atteinte aux dispositions sur les droits de la personne ne constituait une faute donnant ouverture à un droit d'action, comme l'exigeait le juge Goudge, de la Cour d'appel. De plus, nul élément de preuve n'établissait que le comportement satisfaisait aux exigences strictes de l'arrêt *Whiten*. Le juge de première instance a conclu que la mesure d'adaptation prise par l'inscription au programme de gestion de l'invalidité était elle-même discriminatoire, car M. Keays [TRADUCTION] « devait, pour chaque absence, être dispensé d'«encadrement» en présentant un billet de son médecin, comme un élève susceptible de faire l'école buissonnière » (par. 53). Il a ensuite précisé qu'il était absurde d'offrir aux employés un programme de gestion de l'invalidité puis de les décourager d'y avoir recours en exigeant qu'ils présentent des billets du médecin. Le lien qu'il a établi entre l'encadrement et l'exigence de tels billets est déroutant. Celle-ci découlait en effet de la mesure d'adaptation en ce qu'elle permettait à l'employé de s'absenter sans encourir une mesure disciplinaire pour non-respect de l'obligation d'assiduité. Aucun préjudice ne découlait du fait de participer au programme de gestion de l'invalidité et d'être traité différemment des personnes affligées de « maladies courantes ». La différence de traitement constituait une mesure d'adaptation

and treating physicians and monitor absences in order to establish in particular an expected rate of absences which would not give rise to disciplinary action. The suggestion that the program itself was discriminatory is not supported by the facts.

[68] Even if I were to give deference to the trial judge on this issue, this Court has stated that punitive damages should “receive the most careful consideration and the discretion to award them should be most cautiously exercised” (*Vorvis*, at pp. 1104-5). Courts should only resort to punitive damages in exceptional cases (*Whiten*, at para. 69). The independent actionable wrong requirement is but one of many factors that merit careful consideration by the courts in allocating punitive damages. Another important thing to be considered is that conduct meriting punitive damages awards must be “harsh, vindictive, reprehensible and malicious”, as well as “extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment” (*Vorvis*, at p. 1108). The facts of this case demonstrate no such conduct. Creating a disability program such as the one under review in this case cannot be equated with a malicious intent to discriminate against persons with a particular affliction.

[69] The majority of the Court of Appeal upheld the award of punitive damages, but reduced the quantum to \$100,000. The findings supporting this decision are demonstrably wrong and, in some cases, contradict the Court of Appeal’s own findings. Before delving into the factual analysis, however, it is worth mentioning that even if the facts had justified an award of punitive damages, the lower courts should have been alert to the fact that compensatory damages were already awarded, and that under the old test, they carried an element of deterrence. This stems from the important principle that courts, when allocating punitive damages, must focus on the defendant’s misconduct, not on

à la situation particulière d’une personne atteinte d’une déficience particulière et elle visait à accorder un avantage. Il appert du dossier que l’objectif du programme était l’établissement d’une relation suivie entre la direction et le médecin traitant, ainsi que le contrôle des absences pour déterminer en particulier un taux d’absentéisme qui ne donnerait pas lieu à des mesures disciplinaires. L’allégation selon laquelle le programme était lui-même discriminatoire n’est pas étayée par les faits.

[68] Même si je déférais à l’avis du juge de première instance sur ce point, notre Cour a statué que « l’attribution de dommages-intérêts punitifs doit toujours se faire après mûre réflexion et que le pouvoir discrétionnaire de les accorder doit être exercé avec une très grande prudence » (*Vorvis*, p. 1104-1105). Les tribunaux ne devraient en accorder qu’à titre exceptionnel (*Whiten*, par. 69), et la faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action n’est qu’un des nombreux éléments qu’ils doivent alors examiner attentivement avant de le faire. Un autre élément important est que le comportement en cause ait été « dur, vengeur, répréhensible et malicieux » et « de nature extrême et [qu’il] mérite, selon toute norme raisonnable, d’être condamné et puni » (*Vorvis*, p. 1108). L’existence d’un tel comportement ne ressort pas des faits de la présente affaire. La mise sur pied d’un programme de gestion de l’invalidité comme celui considéré en l’espèce ne peut être assimilée à l’intention malveillante de faire preuve de discrimination envers des personnes atteintes de certaines affections.

[69] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé les dommages-intérêts punitifs accordés, mais abaissé leur montant à 100 000 \$. Les conclusions étayant cette décision sont manifestement erronées et, dans certains cas, elles contredisent celles de la Cour d’appel. Toutefois, avant de pousser l’analyse factuelle, il convient de signaler que même si les faits avaient justifié l’attribution de dommages-intérêts punitifs, les tribunaux inférieurs auraient dû être conscients du fait que des dommages-intérêts compensatoires avaient déjà été accordés et que, suivant l’ancien critère, ils comportaient un élément de dissuasion. En effet, un principe important veut que l’octroi de dommages-intérêts

the plaintiff's loss (*Whiten*, at para. 73). In this case, the same conduct underlays the awards of damages for conduct in dismissal and punitive damages. The lower courts erred by not questioning whether the allocation of punitive damages was necessary for the purposes of denunciation, deterrence and retribution, once the damages for conduct in dismissal were awarded. Be that as it may, we now have a clearer foundation to distinguish between damages for conduct in dismissal and punitive damages.

[70] As earlier mentioned, there was considerable duplication in the award of damages for conduct in dismissal and punitive damages in this case. The discussion of punitive damages must nevertheless begin with a consideration of the conduct attributed to Honda that justified the award.

[71] As earlier mentioned, the main allegation was that Honda discriminated by requiring Keays to bring in a doctor's note to justify each absence when employees with "mainstream illnesses" did not have to do so. The trial judge also found that this requirement had the effect of lengthening absences, ignoring the evidence of Ms. Selby who testified that Honda did not require the employee to produce a doctor's note as a precondition to returning to work. As discussed earlier, employees outside the disability program did not require notes for absences of less than five days but were subject to discipline for excessive absences (A.R., at pp. 282-83), whereas employees in the program were allowed regular absences without discipline beyond the usual attendance requirement under a system of supervision based on regular contacts with doctors. The object of the disability program is to maintain regular contact with the family doctor in order to support treatment. It allows for disability-related absences, a form of accommodation determined in consultation with doctors. The program requires that medical notes be provided to establish that absences are in fact related to the disability. There is no stereotyping or arbitrariness here (*McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de*

punitifs tiennent non pas à la perte du demandeur, mais à la conduite répréhensible du défendeur (*Whiten*, par. 73). En l'espèce, le même comportement est à l'origine des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs. Les tribunaux inférieurs ont eu tort de ne pas se demander si, pour atteindre les objectifs de la réprobation, de la dissuasion et de la punition, des dommages-intérêts punitifs s'imposaient en sus des dommages-intérêts déjà accordés pour les circonstances du congédiement. Quoi qu'il en soit, la distinction entre les deux sortes de dommages-intérêts est désormais plus claire.

[70] Je le répète, le chevauchement des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs est considérable en l'espèce. L'analyse portant sur ces derniers doit néanmoins débiter par l'examen du comportement reproché à Honda qui a justifié leur attribution.

[71] Suivant la principale allégation, Honda aurait adopté un comportement discriminatoire en obligeant M. Keays à présenter un billet de son médecin pour chacune de ses absences, alors que les employés souffrant de « maladies courantes » n'y étaient pas tenus. Le juge de première instance a également conclu que cette exigence avait eu pour effet d'accroître la durée des absences, faisant fi du témoignage de M<sup>me</sup> Selby selon lequel Honda ne faisait pas de la remise d'un billet du médecin une condition préalable au retour au travail. Rappelons que les employés qui ne participaient pas au programme de gestion de l'invalidité n'avaient pas à présenter un billet pour une absence de moins de cinq jours, mais ils s'exposaient à une mesure disciplinaire en cas d'absentéisme excessif (d.a., p. 282-283). En revanche, les employés inscrits au programme pouvaient s'absenter périodiquement et manquer à l'obligation d'assiduité générale sans encourir de mesures disciplinaires grâce à un mécanisme de surveillance fondé sur un suivi avec les médecins. Le programme de gestion de l'invalidité vise à assurer le suivi avec le médecin de famille dans l'intérêt du traitement. Il permet des absences pour invalidité, une mesure d'adaptation arrêtée avec les médecins. Un billet du médecin est exigé pour attester le lien entre

*l'Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, 2007 SCC 4, at para. 49). In addition, I accept that the need to monitor the absences of employees who are regularly absent from work is a *bona fide* work requirement in light of the very nature of the employment contract and responsibility of the employer for the management of its workforce.

[72] The trial judge also found the refusal to remove the “coaching” record from Keays’ file to be discriminatory, even if there was no evidence of any adverse consequences to the existence of a coaching file. The evidence was that coaching is not a disciplinary procedure and would simply permit entry into the disability program allowing absences without disciplinary consequences (A.R., at pp. 306-14).

[73] The trial judge also based his decision on harassment; he seemed to relate this entirely to a suggestion made by Dr. Affoo that Keays consider taking a position with a light physical component (para. 55). It is certainly difficult to see a course of conduct in a single incident. Moreover, this was a single suggestion made by an independent expert, never acted upon. I have already dealt with this argument at para. 39 when discussing the damages for conduct in dismissal.

[74] A final basis for the finding that punitive damages were justified is that Honda had “retaliated” against Keays. I have dealt with this at para. 47.

[75] The Court of Appeal pointed to the finding that Honda knew that Keays valued his employment and was dependent upon it for disability benefits. It is no doubt true that Keays valued his job and that he was dependent upon that employment for his disability benefits. However, knowledge of this cannot justify an award of punitive damages. All employees

l’absence et la déficience. Il n’y a pas de caractéristiques stéréotypées ou arbitraires attribuées en l’espèce (*Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, 2007 CSC 4, par. 49). De plus, j’estime qu’un employeur doit assurer le suivi du dossier des employés qui s’absentent régulièrement, étant donné la nature même du contrat d’emploi et l’obligation qui lui incombe de gérer ses ressources humaines.

[72] Le juge de première instance a également jugé discriminatoire le refus de retirer du dossier de M. Keays le « rapport d’encadrement », même si rien ne prouvait que l’existence d’un tel rapport serait préjudiciable. La preuve révélait que l’encadrement n’était pas une mesure disciplinaire et qu’il rendait simplement admissible au programme de gestion de l’invalidité, lequel écartait toute sanction disciplinaire en cas d’absence (d.a., p. 306-314).

[73] Le juge de première instance a par ailleurs invoqué à l’appui de sa décision le harcèlement dont aurait fait l’objet M. Keays et qu’il a semblé relier entièrement à la recommandation du D<sup>r</sup> Affoo que M. Keays envisage la possibilité d’exercer une fonction exigeant peu d’effort physique (par. 55). Il est certes difficile d’établir une ligne de conduite à partir d’un seul incident. Aussi, il s’agissait d’une simple recommandation d’un expert indépendant à laquelle Honda n’a jamais donné suite. J’ai déjà examiné l’argument en me penchant sur les dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement (par. 39 des présents motifs).

[74] Enfin, les dommages-intérêts punitifs seraient justifiés parce que Honda aurait exercé des « représailles » contre M. Keays. (Se reporter au par. 47 des présents motifs.)

[75] La Cour d’appel a fait état de la conclusion selon laquelle Honda savait que M. Keays tenait à son emploi et en dépendait pour l’obtention de prestations d’invalidité. Ces faits ne sont pas remis en cause. Or, ils ne sauraient justifier des dommages-intérêts punitifs. Tout employé tient à son emploi. Ce qui importe c’est le comportement de Honda à

value their jobs. What matters is Honda's conduct with regards to Keays' need for medical attention and special accommodation. In this respect, it was wrong to blame Honda for Keays' loss of disability benefits. London Life's decision to cut off Keays' long-term disability benefits had nothing to do with Honda. It was therefore erroneous to attribute the insurer's decision to Honda and allow for punitive damages on such grounds.

[76] The Court of Appeal found that Honda knew Keays was particularly vulnerable because of his medical condition. However, according to the Court of Appeal's own findings, Honda did not know about the seriousness or true nature of Keays' medical condition because Keays would not facilitate an exchange of information about it. Honda was sceptical about Keays' disability and was taking steps to confirm it. His medical file did not disclose a definitive diagnosis of CFS and Keays refused to meet with Dr. Brennan despite repeated assurances that the meeting was only a "get to know you" session, to be followed by contacts with Keays' personal physician.

[77] Finally, the Court of Appeal pointed to Honda's refusal to deal with Keays' counsel. There is no legal obligation on the part of any party to deal with an employee's counsel while he or she continues with his or her employer. Parties are always entitled to deal with each other directly. What was egregious was the fact that Honda told Keays that hiring outside counsel was a mistake and that it would make things worse. This was surely a way of undermining the advice of the lawyer. This conduct was ill-advised and unnecessarily harsh, but it does not provide justification for an award of punitive damages.

[78] The evidence and the Court of Appeal's own findings lead me to conclude that Honda's conduct was not sufficiently egregious or outrageous to warrant an award of punitive damages under the *Whiten* criteria. The Court of Appeal's award must thus be overturned.

l'égard du suivi médical et des mesures d'adaptation nécessitées par M. Keays. Sur ce point, il était erroné de tenir Honda responsable de la cessation du versement des prestations d'assurance-invalidité de longue durée, car London Life avait pris seule sa décision. Il était donc infondé d'imputer à Honda la décision de l'assureur et d'accorder en conséquence des dommages-intérêts punitifs.

[76] La Cour d'appel a conclu que Honda savait que l'état de santé de M. Keays le rendait particulièrement vulnérable. Elle a toutefois conclu que l'employeur ne connaissait ni la gravité ni la nature véritable de l'affection dont souffrait M. Keays, car ce dernier ne facilitait pas l'échange de renseignements sur le sujet. Honda entretenait des doutes sur la déficience dont se disait atteint M. Keays et elle cherchait à confirmer son existence. Dans le dossier médical de l'employé, le SFC n'était pas diagnostiqué de manière définitive. De plus, M. Keays refusait toute rencontre avec le D<sup>r</sup> Brennan malgré les assurances répétées qu'elle devait uniquement permettre au médecin de mieux le connaître, après quoi le D<sup>r</sup> Brennan aurait communiqué avec le médecin traitant.

[77] Enfin, la Cour d'appel a relevé le refus de Honda de s'adresser à l'avocat de M. Keays. Nul employeur n'est légalement tenu de s'adresser à l'avocat d'un employé pendant la durée du contrat d'emploi. Les parties ont toujours le droit de communiquer directement l'une avec l'autre. Il était cependant inadmissible que Honda dise à M. Keays qu'il avait eu tort de prendre un avocat et que cela allait envenimer les choses. C'était certes un moyen de mettre à mal les conseils de l'avocat. Ce comportement était inapproprié et inutilement dur, mais il ne justifie pas l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

[78] La preuve et les conclusions de la Cour d'appel m'amènent à conclure que le comportement de Honda n'était pas inacceptable ou scandaleux au point de justifier des dommages-intérêts punitifs suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Whiten*. Par conséquent, la décision de la Cour d'appel doit être infirmée sur ce point.

#### 4. The Cost Premium

[79] The final issue that must be addressed relates to the cost premium. In *Walker v. Ritchie*, [2006] 2 S.C.R. 428, 2006 SCC 45, this Court found that the risk of non-payment of lawyer's fees is not a relevant factor under the Ontario *Rules of Civil Procedure* (Rule 57.01). This decision, which was released after the cost premium was awarded in this case, and Honda's success on this appeal are determinative. Thus, the cost premium should be set aside.

#### 5. Conclusion

[80] The appeal is allowed in part and the cross-appeal is dismissed. The damages for conduct in dismissal and punitive damages awards are set aside. Costs on this appeal and cross-appeal are awarded to Honda. At other levels, costs should be at a partial indemnity scale and the cost premium set aside.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

[81] LEBEL J. (dissenting in part on the appeal) — I have read the reasons of my colleague Justice Bastarache. I agree with him that there was no basis for the claim for punitive damages and that it overlaps with the award of what were formerly known as “Wallace damages”. I also agree with him that there is a need to review the categories of damages for dismissal. But any revision must reflect the view accepted by this Court that the contract of employment is a good faith contract that is informed by the values protected by and recognized in the human rights codes and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, particularly in respect of discrimination. As the Court found in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, the contract of employment often reflects substantial power imbalances. As a result, it must be performed and terminated in good faith, and fairly.

#### 4. La prime

[79] La dernière question à trancher est celle de la prime. Dans l'arrêt *Walker c. Ritchie*, [2006] 2 R.C.S. 428, 2006 CSC 45, notre Cour a statué que le risque de non-paiement des honoraires de l'avocat ne constituait pas un facteur pertinent pour l'application des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (règle 57.01). Cet arrêt rendu après que la prime eut été accordée, ainsi que la décision favorable à Honda rendue par notre Cour dans le cadre du présent pourvoi, sont décisifs. Par conséquent, la prime est annulée.

#### 5. Conclusion

[80] Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté. La décision d'accorder des dommages-intérêts liés aux circonstances du congédiement et des dommages-intérêts punitifs est annulée. Les dépens du présent pourvoi et du pourvoi incident sont adjugés à Honda. Devant les autres cours, les dépens sont adjugés sur la base d'une indemnisation partielle, et la prime est annulée.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

[81] LE JUGE LEBEL (dissident en partie quant au pourvoi) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Bastarache. Je conviens avec lui que l'octroi de dommages-intérêts punitifs n'avait aucun fondement et faisait double emploi avec l'indemnité anciennement appelée « dommages-intérêts fondés sur l'arrêt *Wallace* ». Je reconnais également qu'il y a lieu de revoir la classification des catégories d'indemnité accordée en cas de congédiement. Cependant, il importe que toute réforme du droit respecte le principe reconnu par notre Cour selon lequel le contrat de travail est un contrat de bonne foi. Ce contrat intègre les valeurs protégées et reconnues par les codes des droits de la personne et la *Charte canadienne des droits et libertés*, spécialement au sujet de la discrimination. Comme l'a conclu notre Cour dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, le contrat d'emploi traduit souvent d'importantes inégalités de pouvoir. Pour ces motifs, il doit être exécuté et résilié avec bonne foi et équité.

[82] With respect, I believe that on the facts of this case, the award of additional damages for manner of dismissal (formerly “Wallace damages”) should stand. The trial judge committed no over-riding errors in this respect ((2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258). Although his review of the facts may not have been flawless, there was a sufficient basis for the findings of bad faith and discrimination in the manner in which the employment of the respondent, Kevin Keays, was terminated by Honda.

[83] After discussing this, I will add a few comments on this Court’s judgment in *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, and on its impact on the development of the law of torts.

#### I. Appellate Review and the Findings of Bad Faith

[84] This Court’s jurisprudence has had a significant impact on the review of facts by appellate courts. Indeed, the Court recognizes that it too is bound by the principle of deference to the findings of a trier of fact (*St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at paras. 37 and 46, *per* Gonthier J.). The trial in the Superior Court of Justice lasted 30 days. The trial judge heard extensive, and often conflicting, evidence about which he made numerous findings of fact. Despite some flaws in his review of the facts, his findings of bad faith and discrimination had an adequate factual foundation. Given the way the issues were addressed in this Court, I will discuss the errors allegedly committed by the trial judge in some detail in order to show that the factual foundation for those findings was adequate.

[85] I have reviewed the errors identified by the majority of the Court of Appeal, as well as those

[82] En tout respect pour mes collègues d’avis contraire, je crois, au vu des faits de l’espèce, que l’octroi de dommages-intérêts supplémentaires pour les circonstances du congédiement (les dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*) devrait être confirmé. Le juge de première instance n’a commis aucune erreur dominante à cet égard ((2005), 40 C.C.E.L. (3d) 258). Son analyse des faits n’est peut-être pas irréprochable, mais des éléments de preuve suffisants étayaient ses conclusions selon lesquelles Honda a fait preuve de mauvaise foi et de discrimination en mettant fin à l’emploi de l’intimé, Kevin Keays.

[83] En guise de conclusion aux présents motifs, je me permets quelques remarques sur la décision de notre Cour dans l’affaire *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181, et son incidence sur l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle.

#### I. Contrôle judiciaire et conclusions de mauvaise foi

[84] La jurisprudence de notre Cour a considérablement influencé le rôle des cours d’appel à l’égard de la révision des faits. D’ailleurs, notre Cour reconnaît être elle aussi assujettie au principe selon lequel les conclusions du juge des faits justifient la déférence (*St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 37 et 46, le juge Gonthier). Le procès instruit par la Cour supérieure de justice a duré 30 jours. Le juge de première instance a entendu de nombreux témoignages, souvent contradictoires, à partir desquels il a tiré de nombreuses conclusions de fait. Même si son analyse des faits n’est pas irréprochable, ses conclusions sur la mauvaise foi et la discrimination conservent un fondement factuel suffisant. En raison de la manière dont les questions en litige ont été abordées devant la Cour, je devrai examiner de façon assez détaillée les erreurs que le juge de première instance aurait commises, afin de déterminer si ses conclusions de mauvaise foi et de discrimination possédaient un fondement factuel suffisant.

[85] J’ai examiné les erreurs relevées par les juges majoritaires de la Cour d’appel, ainsi que



identified by Justice Bastarache to support his conclusion that *Wallace*, or manner of dismissal, damages were not warranted in this case. In my view, several of the findings the majority of the Court of Appeal identified as errors were in fact supported by the evidence. The findings my colleague identifies as errors are also, in my opinion, generally supported by the evidence. I will review each alleged error in turn below.

[86] I agree that the trial judge wrongly associated the termination of Mr. Keays' long-term disability insurance with Honda. The majority of the Court of Appeal properly rejected this finding, as there was no evidence that Honda was involved in the cancellation or in Mr. Keays' failed appeal. The majority of the Court of Appeal also identified the following findings as errors:

1. The appellant's misconduct was "planned and deliberate and formed a protracted corporate conspiracy". The majority found that this was not supported by the evidence.
2. The appellant conspired to interfere with the respondent's relationship with his own physician. The majority found that this contradicted the trial judge's finding that the appellant intended to dismiss the respondent. If it intended to dismiss him, there was no need to introduce Dr. Brennan into the relationship between Mr. Keays and his own physician.
3. The appellant benefited from its misconduct because it rid itself of a "problem associate". The majority could find no evidence to support this conclusion.
4. The appellant's in-house counsel breached the Rules of Professional Conduct of the Law Society of Upper Canada. The majority concluded that at most the behaviour was technical

celles invoquées par le juge Bastarache à l'appui de sa conclusion selon laquelle des dommages-intérêts fondés sur l'arrêt *Wallace* (ou liés aux circonstances du congédiement) n'étaient pas justifiés en l'espèce. À mon sens, plusieurs des conclusions jugées erronées par la Cour d'appel trouvaient appui dans la preuve. Les conclusions jugées erronées par mon collègue restent elles aussi, selon moi, généralement étayées par la preuve. J'examinerai ces prétendues erreurs à tour de rôle.

[86] Je reconnais que le juge de première instance a eu tort d'associer Honda à la décision de cesser de verser à M. Keays des prestations d'invalidité de longue durée. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont à juste titre écarté sa conclusion faute de preuve que Honda avait joué un rôle dans la décision de mettre fin aux prestations ou de rejeter l'appel formé par M. Keays à ce sujet. Je résume ci-après les autres erreurs qu'ils imputent au premier juge :

1. Le comportement répréhensible de l'appelante était [TRADUCTION] « planifié et délibéré et constituait un complot de longue date de la part de l'entreprise ». Les juges majoritaires ont estimé que la preuve n'était pas concluante à cet égard.
2. L'appelante a ourdi un complot pour s'immiscer dans la relation entre l'intimé et son médecin. Selon les juges majoritaires, cette opinion contredisait la conclusion du juge de première instance voulant que l'appelante ait voulu congédier l'intimé. Si telle avait été son intention, il aurait été inutile d'imposer l'intervention du D<sup>r</sup> Brennan.
3. L'appelante a tiré avantage de son comportement répréhensible, car elle s'est débarrassée d'un [TRADUCTION] « employé à problèmes ». La majorité n'a pu trouver un élément de preuve à l'appui de cette conclusion.
4. L'avocat de l'entreprise a manqué au Code de déontologie du Barreau du Haut-Canada. Selon les juges majoritaires, ses actes pouvaient tout au plus constituer une violation technique des

misconduct and that it provided no basis for increasing the punitive damages.

((2006), 82 O.R. (3d) 161, at paras. 91, 93, 98, 100 and 101)

[87] In the case of the first finding, it may be that the trial judge exaggerated the extent of Honda's misconduct. However, the evidence supports the trial judge's view that Honda was unfairly skeptical of Mr. Keays' condition and was seeking to justify its skepticism. It should be kept in mind that Honda's intention in seeking to justify its skepticism was clearly: (1) to preclude Mr. Keays from using his condition to justify absences from work and thereby avoiding disciplinary action; and/or (2) to justify the termination of Mr. Keays for any continued absences. In either case, Honda's conduct was to Mr. Keays' detriment.

[88] The second finding, that of interference with the respondent's relationship with his doctor, was also reasonable. As I will explain below with respect to Dr. Brennan's "hardball" approach, the gist of this approach was that Dr. Brennan would be brought in to "second-guess" the opinion of an employee's treating physician. Further, there was a clear conflict between Dr. Brennan's objective — to maximize employee productivity — and the objective of an employee's treating physician — to maximize the individual's well-being. Such a conflict may not always play out. In this case, however, a high potential for conflict arose out of the controversial nature of chronic fatigue syndrome ("CFS") and the difficulty of making a diagnosis.

[89] In my view, it was fair for the trial judge to characterize Honda's conduct as interference with Mr. Keays' relationship with his treating physician. Honda did not accept the diagnosis and the assessments of Mr. Keays' treating physician. Yet, it gave no basis for its skepticism. The characterization of the notes of Mr. Keays' doctor as "cryptic" and as merely "parroting" his complaints is unfair because of the self-reporting nature of his condition. As the

règles de déontologie, mais ils ne justifiaient pas la majoration des dommages-intérêts punitifs.

((2006), 82 O.R. (3d) 161, par. 91, 93, 98, 100 et 101)

[87] Dans le cas de la première conclusion, il se peut que le juge de première instance ait exagéré la gravité du comportement de Honda. Toutefois, la preuve supporte sa conclusion que Honda soupçonnait injustement M. Keays de simuler son invalidité et qu'elle cherchait à justifier ses soupçons. Il faut garder présent à l'esprit qu'en cherchant ainsi à confirmer ses doutes, Honda entendait nécessairement (1) empêcher M. Keays d'invoquer son état de santé pour s'absenter du travail sans s'exposer à des mesures disciplinaires ou (2) justifier le congédiement de M. Keays pour toutes absences répétées, ou les deux. Dans l'un et l'autre cas, le comportement de Honda restait préjudiciable à M. Keays.

[88] La deuxième conclusion, voulant que l'appelante entendait s'immiscer dans la relation entre l'intimé et son médecin, demeure également raisonnable. Comme je l'explique plus loin au sujet de l'attitude « intransigeante » du D<sup>r</sup> Brennan, la démarche de celui-ci visait essentiellement à remettre en question l'opinion du médecin traitant de l'employé. De plus, l'objectif du D<sup>r</sup> Brennan — maximiser la productivité de l'employé —, contredisait celui du médecin traitant — maximiser le bien-être de son patient. Certes, pareil conflit ne survient pas dans tous les cas. Cependant, dans la présente affaire, le risque qu'il se présente s'avérait élevé du fait des débats suscités par le syndrome de la fatigue chronique (« SFC ») et de la difficulté de poser un diagnostic à son sujet.

[89] À mon avis, le juge de première instance pouvait à bon droit qualifier le comportement de Honda d'immixtion dans la relation entre M. Keays et son médecin traitant. Honda mettait en doute le diagnostic et les évaluations du médecin de M. Keays. Pourtant, elle n'a aucunement justifié son scepticisme. Vu la nature subjective des douleurs ressenties par M. Keays, il est injuste de qualifier les billets du médecin de « sibyllins » et d'affirmer que

trial judge pointed out, if Honda was skeptical, the first logical step “was to determine if there had been, at any time, any form of legitimate diagnosis for the claim of CFS” (para. 18).

[90] Further, this finding does not contradict the trial judge’s conclusion that Honda had intended to terminate Mr. Keays. I do not read the trial judge’s reasons as suggesting that Honda intended to terminate Mr. Keays from the outset. Rather, the trial judge refers to Honda’s intent to “deprive him of the accommodation he had already earned” (para. 60). That was the primary objective. According to the trial judge, Honda went about this by means of a course of conduct whose purpose was to discourage absences (through intimidation and through the requirement that he provide a doctor’s note before returning), and which ultimately resulted in termination when Mr. Keays refused to go along. The implication of the facts as found by the trial judge is that Honda wanted to introduce Dr. Brennan into the process in order to legitimize its conduct. Either Mr. Keays would meet with Dr. Brennan, who would justify Honda’s skepticism and avert any further absences, or he would be fired for insubordination (or for continued illegitimate absences) and any need to accommodate him would disappear.

[91] I will now turn to the third finding. If it is accepted that Honda intended to deprive Mr. Keays of any accommodation, then Honda clearly succeeded in this objective by terminating him. It is logical to assume that if Honda intended to deprive him of accommodation, it would in some way benefit from doing so. The facts include concerns about workplace morale and Mr. Keays’ ability to perform the duties of his job in accordance with the requirements of Honda’s “lean” operation policy. To the extent that Mr. Keays impeded efficiency goals, Honda clearly benefited from his termination.

[92] As regards the fourth finding, I agree after reviewing the record that the trial judge mischaracterized the situation, at least according to the other

ce dernier se contentait d’y reprendre les propos de son patient. Comme le juge de première instance l’a fait remarquer, si Honda entretenait des doutes à ce sujet, la première démarche logique [TRADUCTION] « consistait à déterminer si, à quelque moment, le SFC avait été diagnostiqué de manière appropriée » (par. 18).

[90] Par ailleurs, cette conclusion ne contredit pas celle du juge de première instance voulant que Honda désirait congédier M. Keays. Le juge ne laisse pas entendre que Honda a voulu dès le départ mettre fin à l’emploi du salarié. Il renvoie plutôt à la volonté de l’employeur de [TRADUCTION] « priver un employé d’une mesure d’adaptation qu’il avait déjà obtenue » (par. 60). Tel était l’objectif fondamental de l’appelante. La stratégie de Honda à cet égard a consisté, selon le juge, à décourager les absences (par voie d’intimidation et par l’exigence d’un billet du médecin avant le retour au travail), ce qui a finalement mené au congédiement lorsque M. Keays a refusé d’obtempérer. Il s’ensuit donc, selon le juge, que Honda a voulu imposer la participation du D<sup>r</sup> Brennan afin de légitimer ses actes. Ou bien M. Keays rencontrait le D<sup>r</sup> Brennan, qui justifiait les doutes de Honda et prévenait ses absences à l’avenir, ou bien il était congédié pour insubordination (ou pour absences répétées injustifiées), mettant ainsi fin à la nécessité de composer avec sa situation.

[91] Je passe maintenant à la troisième conclusion. À supposer que Honda ait voulu priver M. Keays d’une mesure d’adaptation, elle y est de toute évidence parvenue en le congédiant. Si telle était son intention, elle devait logiquement en tirer quelque avantage. Le dossier fait état d’inquiétudes au sujet du moral des autres employés et de l’aptitude de M. Keays à s’acquitter de ses tâches dans le cadre d’un système de production fondé sur l’utilisation d’un niveau minimum de ressources. Dans la mesure où M. Keays nuisait à la réalisation de l’objectif d’efficacité de l’entreprise, Honda a clairement tiré avantage du congédiement.

[92] Au sujet de la quatrième conclusion, après examen du dossier, je reconnais que le juge de première instance a mal qualifié la situation, du moins

two Honda employees who testified (Susan Selby and Betty Magill). They stated that they had met with Mr. Keays to discuss the proposed meeting with Dr. Brennan. After Mr. Keays left the room, Ms. Selby and Ms. Magill were paged by Honda's in-house counsel, who wanted to meet with them about an unrelated matter. Counsel came to the room they were in, and Mr. Keays re-entered the room after counsel had arrived. Some discussion about Mr. Keays' situation ensued, although it appears to have been minimal.

[93] In summary, it is my view that the Court of Appeal correctly identified three errors made by the trial judge: (1) his association of Honda with the cancellation of Mr. Keays' long-term disability insurance; (2) his conclusion, based on the date the insurance was terminated, that Honda's course of conduct had lasted five years; and (3) his characterization of the incident involving Honda's in-house counsel as a breach of the Rules of Professional Conduct. However, I disagree with the majority's conclusions in respect of the other alleged errors. These "errors" relate to some extent to the error identified by Justice Bastarache regarding the March 28 letter, which I will now discuss.

#### A. *The March 28 Letter*

[94] At paras. 37-42 of his reasons, Justice Bastarache explains his conclusion that the trial judge erred in finding that Honda had deliberately misrepresented the positions of Dr. Affoo and Dr. Brennan in its March 28 letter for the purpose of intimidation. He states, at para. 40, that there was "nothing misleading" about the letter. He concludes, at para. 42, that the "letter simply conveyed to Keays that Honda wanted him to meet with Dr. Brennan because their experts had advised them that his condition did not preclude him from working".

[95] However, there was evidence on which the trial judge could conclude that the letter was misleading. The letter contained the following statement: "Both doctors advised us that they could

selon le témoignage des deux autres employées de Honda qui étaient présentes (M<sup>mes</sup> Susan Selby et Betty Magill). Elles ont déclaré avoir rencontré M. Keays pour discuter de l'éventualité d'une entrevue avec le D<sup>r</sup> Brennan. Après que M. Keays eut quitté la salle de réunion, l'avocat de l'entreprise a communiqué avec elles pour les rencontrer relativement à une toute autre affaire. L'avocat les a rejointes, et M. Keays est retourné dans la salle de réunion alors qu'il s'y trouvait toujours. Quelques propos ont été échangés au sujet du dossier de M. Keays, mais leur importance semble être demeurée très limitée.

[93] Pour résumer, je suis d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'imputer trois erreurs au juge de première instance : (1) l'association de Honda à la résiliation de l'assurance invalidité de longue durée de M. Keays; (2) la conclusion, tirée en fonction de la date de la cessation des prestations, que le comportement de Honda avait duré cinq ans; (3) l'assimilation de l'incident survenu avec l'avocat de l'entreprise à un manquement au Code de déontologie du Barreau. Je suis toutefois en désaccord avec les conclusions des juges majoritaires au sujet des autres prétendues erreurs. Dans une certaine mesure, ces « erreurs » se rattachaient à celle que soulève le juge Bastarache à propos de la lettre du 28 mars, que j'étudierai maintenant.

#### A. *La lettre du 28 mars*

[94] Aux paragraphes 37 à 42 de ses motifs, le juge Bastarache exprime l'avis que le juge de première instance a eu tort de conclure que, dans sa lettre du 28 mars, Honda avait délibérément dénaturé les opinions des D<sup>rs</sup> Affoo et Brennan dans un but d'intimidation. Au paragraphe 40, il écrit qu'il n'y avait « rien de trompeu[r] » dans la lettre. Au paragraphe 42, il affirme que « la lettre [. . .] informe tout simplement M. Keays que Honda veut lui faire rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan parce que, selon ses experts, son état de santé ne l'empêche pas de travailler ».

[95] Or, des éléments de la preuve permettaient au juge de conclure au caractère trompeur de la lettre. La lettre affirmait expressément : [TRADUCTION] « L'un et l'autre médecins ont dit ne pas pouvoir

find no diagnosis indicating that you are disabled from working.” The following comment was also made: “. . . we advised you that we would no longer accept that you have a disability requiring you to be absent”. Yet, as the trial judge pointed out, Dr. Brennan testified that he “never told Honda that Mr. Keays did not have a disability, only that he was unable to ‘verify’ one” (para. 43). The trial judge also mentioned the testimony of Dr. Affoo, who “agreed with the plaintiff’s suggestion that absences of four per month was in the ‘ball-park’ for an individual who suffered [from] CFS” (para. 43). Moreover, it should be noted that although Dr. Affoo testified, on the basis of his experience with other CFS patients, that four CFS-related absences a month would not be unreasonable, he also said that he could not recall precisely what he told Ms. Selby regarding the rate of absence that could be expected from Mr. Keays. Dr. Affoo merely recalled confirming that “he may be off due to his condition” (A.R., at p. 572).

[96] The trial judge concluded that “the clear implication of this communication was that his condition was ‘bogus’ and that he was able to attend work without absences” (para. 43). While it is arguable whether the letter implied that Mr. Keays’ condition was bogus, it clearly did imply that his condition did not require him to miss work. I am unable to find any evidence that either doctor advised Honda that he believed Mr. Keays’ condition was bogus or that Mr. Keays was able to attend work without any CFS-related absences. To the contrary, Dr. Affoo testified that he had informed Honda that some absences were to be expected. It was therefore open to the trial judge to conclude that the letter was a “misrepresentation of the medical information available to Honda at the time” (para. 43).

#### B. *Allegations of a “Set-Up” and a “Hardball” Approach*

[97] At paras. 43-46, Justice Bastarache rejects the trial judge’s finding that Mr. Keays was being “set up” by Honda when it insisted that he meet

établir de diagnostic vous rendant inapte au travail. » Honda y ajoutait : [TRADUCTION] « . . . nous vous avons dit ne plus estimer qu’une déficience justifiait vos absences. » Pourtant, le premier juge signale que le D<sup>r</sup> Brennan a témoigné qu’il [TRADUCTION] « n’avait jamais dit à Honda que M. Keays n’était atteint d’aucune déficience, mais seulement qu’il ne pouvait le confirmer » (par. 43). Il mentionne également le fait que, dans son témoignage, le D<sup>r</sup> Affoo [TRADUCTION] « a convenu avec le demandeur que s’absenter quatre fois par mois se situait dans les limites acceptables pour une personne souffrant du SFC » (par. 43). De plus, même si le D<sup>r</sup> Affoo a témoigné qu’un tel absentéisme n’était pas déraisonnable compte tenu de ce qu’il avait constaté chez d’autres patients atteints du SFC, il importe de souligner qu’il a également affirmé ne pouvoir se rappeler exactement ce qu’il avait dit à M<sup>me</sup> Selby au sujet du taux d’absentéisme prévisible dans le cas de M. Keays. Le D<sup>r</sup> Affoo s’est seulement souvenu avoir confirmé que [TRADUCTION] « son état pouvait l’obliger à s’absenter » (d.a., p. 572).

[96] Le juge de première instance a estimé que l’employeur [TRADUCTION] « insinuait clairement que l’employé simulait l’invalidité et qu’il devait se présenter au travail et cesser de s’absenter » (par. 43). La question de déterminer si la lettre laissait ou non entendre que M. Keays simulait demeure discutable, mais l’employeur y laissait clairement entendre que l’état de M. Keays ne justifiait pas ses absences. Je ne vois aucune preuve que l’un ou l’autre des médecins ait indiqué à Honda qu’il croyait que M. Keays simulait ou qu’il était apte à travailler sans que le SFC ne l’oblige à s’absenter. Au contraire, le D<sup>r</sup> Affoo a témoigné avoir informé Honda qu’elle devait s’attendre à un certain nombre d’absences. Le juge de première instance pouvait donc conclure que la lettre [TRADUCTION] « présentait de manière trompeuse les données médicales dont disposait alors Honda » (par. 43).

#### B. *Allégations de tromperie et d’intransigeance*

[97] Aux paragraphes 43 à 46, le juge Bastarache rejette la conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda avait tendu un piège à

with Dr. Brennan, as well as his finding that Dr. Brennan took a “hardball” approach to workplace absences. My colleague’s bases for rejecting these findings are: (1) that Dr. Brennan was merely relying on the criteria for diagnosing CFS developed by the Center for Disease Control (“CDC”); and (2) that Honda cannot be faulted for taking its expert’s advice unless a conspiracy existed (and none did). Justice Bastarache concludes that Honda’s request that Mr. Keays meet with Dr. Brennan was “perfectly normal in the circumstances” (para. 46). After reviewing the record, in my opinion, the trial judge could reasonably conclude that Dr. Brennan took a “hardball” approach and that Mr. Keays was, at least to a certain extent, being “set up” for failure by Honda’s request that he meet with Dr. Brennan.

[98] First, I must point out that Justice Bastarache erroneously associates the trial judge’s reference to Dr. Brennan’s “hardball” attitude with Dr. Brennan’s approach to CFS. In refuting the trial judge’s view that Dr. Brennan took a “hardball” approach, my colleague reviews Dr. Brennan’s opinion on CFS in order to demonstrate that Dr. Brennan was “simply espousing the prevalent approach adopted by the CDC” (para. 45). However, what the trial judge actually stated was that “the record establishes beyond any debate that Dr. Brennan is of the ‘hardball’ approach to workplace absences associated with illnesses or injuries” (para. 45 (emphasis added)). Dr. Brennan’s opinion concerning CFS is a separate issue. Although Justice Bastarache makes reference to Dr. Brennan’s “‘hardball’ approach to workplace absences” (at paras. 44 and 45), his only discussion of that approach relates to Dr. Brennan’s views on CFS.

[99] Several excerpts from Dr. Brennan’s testimony are indicative of a “hardball” approach toward absences, and toward accommodating disabilities generally. In describing his approach to accommodation, Dr. Brennan stated that “the gold standard for accommodating somebody, in fact, is to not to have to accommodate them, meaning that their impairment is not of a nature that would stop

M. Keays lorsqu’elle avait insisté pour qu’il rencontre le D<sup>r</sup> Brennan, ainsi que celle voulant que ce dernier ait eu une attitude intransigeante vis-à-vis de l’absence au travail. Il invoque à l’appui (1) que le D<sup>r</sup> Brennan reprenait seulement les critères établis par le Center for Disease Control (« CDC ») pour diagnostiquer le SFC et (2) qu’on ne pouvait reprocher à Honda de s’être fiée à l’avis de son expert, à moins de complot (ce qui n’était pas le cas). Il conclut ainsi qu’il était « tout à fait normal, dans les circonstances », que Honda demande à M. Keays de rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan (par. 46). Après examen du dossier, je pense au contraire que le juge de première instance pouvait raisonnablement conclure que l’attitude du D<sup>r</sup> Brennan paraissait intransigeante et que Honda avait tendu un piège à M. Keays, au moins en partie, lors de la demande de rencontrer le médecin de l’entreprise, car elle savait la démarche vouée à l’échec.

[98] Premièrement, je dois souligner que le juge Bastarache associe à tort la remarque du juge de première instance sur l’attitude intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan à l’opinion de celui-ci sur le SFC. Pour démontrer que le médecin n’adoptait pas une telle attitude, mon collègue s’appuie sur son opinion sur le SFC, qui, selon lui, reprenait « simplement [. . .] la thèse dominante retenue par le CDC » (par. 45). Or, le juge de première instance affirme en fait que [TRADUCTION] « le dossier établit indiscutablement l’approche intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan vis-à-vis de l’absence au travail pour cause de maladie ou de blessure » (par. 45 (je souligne)). L’opinion du D<sup>r</sup> Brennan sur le SFC constitue un sujet distinct. Le juge Bastarache mentionne l’attitude intransigeante du D<sup>r</sup> Brennan à l’égard de l’absentéisme au travail (par. 44 et 45), mais seulement en rapport avec l’opinion du médecin sur le SFC.

[99] Plusieurs passages du témoignage du D<sup>r</sup> Brennan trahissent son intransigeance envers l’absence au travail et l’accommodement aux handicaps en général. Par exemple, il conçoit cet accommodement dans les termes suivants : [TRADUCTION] « en fait, la mesure d’adaptation idéale est celle qu’on n’a pas à prendre parce que la déficience en cause n’est pas de nature à empêcher l’employé d’accomplir ses

them from doing their regular work” (A.R., at p. 618 (emphasis added)). He then went on to describe a process whereby disabled workers are “matched” with duties they can perform despite their impairments. Later in his testimony, Dr. Brennan acknowledged that some people have issues with an “accommodation” that involves being moved to another job they view as less “prestigious” (A.R., at p. 662). He added that this does not affect his recommendation as to the appropriate “accommodation”, stating that: “. . . my opinion is based on [a] medical approach or a functional approach. Prestige isn’t a medical issue.”

[100] These excerpts are troubling. The implication is that Dr. Brennan’s objective is to recommend the “accommodation” that is best for Honda, not the one that is best for the employee. Although he suggests that he is only giving a “medical” opinion, his opinion is focussed on maximizing an employee’s productivity for Honda in light of the employee’s condition. His goal is clearly not to find ways for Honda to make it easier for the disabled employee to do his or her current job. Certainly, disabilities may make it impossible for individuals to continue in their current positions. But if accommodation is truly a cooperative and collaborative process, it requires give and take on both sides. Dr. Brennan’s approach suggests that rather than assisting disabled employees to continue in their current roles, employers can simply place disabled employees in other roles that do not require any true accommodation on the employers’ part. This approach makes the disability the employee’s problem, not a problem shared with the employer. This is of concern from an equality perspective because it limits the employment options available to disabled persons.

[101] Generally, Dr. Brennan appeared to be of the view that only he can truly ascertain whether an employee has an impairment. He showed skepticism toward the opinions of other doctors and indicated that he would insist on meeting with an employee no matter what was in the employee’s medical

tâches habituelles » (d.a., p. 618 (je souligne)). Plus loin, il fait état d’une démarche où le travailleur invalide se voit assigner des fonctions adaptées à son handicap. Dans une autre partie de son témoignage, le D<sup>f</sup> Brennan reconnaît que certaines personnes acceptent difficilement les affectations à de nouvelles fonctions moins « prestigieuses », même dans le but de composer avec les conséquences de leur état (d.a., p. 662). Il affirme que ce constat ne l’influence pas dans sa recommandation de la mesure d’accommodement appropriée. Il ajoute d’ailleurs : [TRADUCTION] « . . . mon avis se fonde sur une approche médicale ou fonctionnelle, et la médecine ne se soucie pas du prestige. »

[100] Ces extraits restent troublants. On y sous-entend que l’objectif du processus d’accommodement consiste à recommander la mesure qui convient le mieux à Honda plutôt qu’à l’employé. Bien que le médecin laisse entendre qu’il se contente de donner un avis « médical », sa recommandation vise à maximiser la productivité de l’employé au bénéfice de Honda, selon l’état de santé de l’intéressé. L’objectif du D<sup>f</sup> Brennan ne semble manifestement pas être celui de découvrir des méthodes grâce auxquelles Honda facilitera l’accomplissement des tâches habituelles de l’employé handicapé. Bien sûr, cet employé peut être devenu incapable d’occuper le même poste. Cependant, pour respecter l’objectif d’une collaboration véritable dans la recherche d’un aménagement, des concessions mutuelles s’imposent. Suivant l’approche du D<sup>f</sup> Brennan, au lieu d’aider l’employé handicapé dans l’exercice de ses fonctions, l’employeur peut accepter de l’affecter à d’autres tâches qui ne requièrent pas un véritable accommodement de sa part. Dans cette optique, la déficience demeure le problème de l’employé, un problème que ne partage nullement l’employeur. Sous l’angle du droit à l’égalité, cette approche reste préoccupante, car elle restreint les possibilités d’emploi des personnes handicapées.

[101] De manière générale, le D<sup>f</sup> Brennan paraît avoir été d’avis que lui seul pouvait véritablement déterminer si l’employé souffrait d’un handicap. Il a mis en doute l’opinion des autres médecins. Il a exigé de rencontrer l’employé sans égard à la teneur du dossier médical, car il devait examiner

records, because he needed to assess the person himself in order to assess the employee's "impairment" and determine the appropriate "accommodation". As a doctor, he was able to give a "medical" opinion both about what an individual was capable of doing and about what would be "best" for the individual from a medical perspective. This could easily lead to a situation in which Dr. Brennan's opinion conflicts with the opinion of the employee's treating physician. His objective is not to provide medical care for the individual employee but, as I mentioned above, to maximize productivity. In my view, the above passages provide ample support for the trial judge's view that Dr. Brennan took a "hardball" approach to absences, and to accommodation generally.

[102] It was argued that regardless of Dr. Brennan's approach, Honda cannot be faulted for taking its expert's advice unless a conspiracy existed. The "advice" referred to is purportedly that Dr. Brennan needed to meet with Mr. Keays face to face in order to accept the diagnosis of CFS. However, the trial judge expressly rejected the argument that it was necessary for Dr. Brennan to meet with Mr. Keays. This was a critical finding in the trial judge's analysis of the wrongful dismissal claim. The trial judge found that, given the numerous references to CFS in Mr. Keays' medical file as well as his lengthy period of CFS-related disability, there was no need for Mr. Keays to meet with Dr. Brennan "to resolve [his] attendance defaults" (para. 18).

[103] Mr. Keays was concerned about meeting with Dr. Brennan because of his previous experience with his insurer. The insurer had required him to meet with its doctor for an assessment, after which his long-term disability insurance was terminated even though his own physician was still of the view that he was not able to return to work. Mr. Keays feared that a similar situation would occur in which Dr. Brennan would not accept that he had to miss work due to his CFS, and that this would have negative implications for his continued employment at Honda. It appears that the trial judge referred to Dr. Brennan's "hardball" approach in order to validate Mr. Keays' concern that Dr. Brennan would

la personne lui-même afin d'évaluer son « handicap » et d'arrêter la bonne mesure d'« adaptation ». Sa qualité de médecin l'autorisait à donner un avis « médical » non seulement sur ce que la personne était en mesure de faire, mais aussi sur ce qui était « préférable » pour elle du point de vue thérapeutique. En conséquence, il se pouvait très bien que son avis diffère de celui du médecin traitant. Son but consistait non pas à prodiguer des soins médicaux à l'employé, mais, je le rappelle, à optimiser la productivité de celui-ci. À mon sens, les passages précités justifiaient amplement le juge de première instance de qualifier d'intransigeante l'attitude du D<sup>r</sup> Brennan à l'égard de l'absentéisme au travail et des mesures d'accommodement en général.

[102] Par ailleurs, Honda a plaidé que, sans égard à l'attitude du D<sup>r</sup> Brennan, on ne saurait lui reprocher de s'être fiée à l'avis de son expert, sauf preuve d'un complot. Il faut vraisemblablement entendre par « avis » l'exigence de rencontrer M. Keays en personne pour confirmer le diagnostic du SFC. Or, le juge de première instance a expressément rejeté la prétention selon laquelle cette rencontre s'imposait. Il s'agissait d'une conclusion cruciale de l'analyse relative à l'allégation de congédiement injustifié. Le juge a estimé que, en raison des nombreuses mentions du SFC dans le dossier médical de M. Keays, ainsi que de l'invalidité prolongée imputable à ce syndrome, il n'était pas nécessaire que l'employé voie le médecin [TRADUCTION] « pour remédier [à son] problème d'absentéisme » (par. 18).

[103] M. Keays hésitait à rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan à cause de l'expérience qu'il avait vécue auparavant avec l'assureur. Celui-ci avait en effet exigé que son propre médecin l'examine, puis il avait mis fin aux prestations d'assurance invalidité de longue durée même si le médecin traitant de M. Keays était demeuré d'avis que son patient n'était pas en mesure de retourner au travail. M. Keays craignait que le même scénario se reproduise, c'est-à-dire que le D<sup>r</sup> Brennan ne confirme pas que le SFC justifiait ses absences et que cela ne mette en péril son emploi chez Honda. Le juge de première instance semble invoquer l'intransigeance du D<sup>r</sup> Brennan pour valider la crainte de M. Keays que le médecin



not accept his need for CFS-related absences. There was some evidence that Honda knew (and approved) of Dr. Brennan's approach. Ms. Selby testified that Dr. Brennan "had a very good reputation, from what I was told, in terms of dealing with workplace absences and a fresh approach, fresh start" (A.R., at p. 449).

[104] The trial judge's main point appears to be that Honda was relying on Dr. Brennan and his approach to "deal with" Mr. Keays and his absences. In other words, Honda was relying on Dr. Brennan to legitimize its view that the absences were not warranted. In light of the evidence, this conclusion was not unreasonable.

[105] In regard to the issue of whether Mr. Keays was being "set up", Dr. Brennan testified that he was asked by Susan Selby to review Mr. Keays' file and "provide an opinion as to whether there was a proven impairment and whether he should be attending work" (A.R., at p. 624). This suggests that before involving Dr. Brennan in the case, Honda already harboured suspicions about the legitimacy of Mr. Keays' condition. Further, Honda cancelled its accommodation of Mr. Keays' condition at the same time as it urged Mr. Keays to meet with Dr. Brennan (the trial judge referred specifically to this fact at para. 29). It was therefore not unreasonable for the trial judge to conclude that the purpose of the meeting was to confirm Honda's view that the absences were not justified. I will discuss this further below with respect to reprisal.

[106] Finally, although it was suggested that Dr. Brennan was consulted in order to confirm the diagnosis of Mr. Keays' condition, the testimony of Ms. Magill and Ms. Selby is unclear in this regard. At several points, they suggested that Dr. Brennan was consulted in order to obtain his opinion on whether Mr. Keays was able to work on a more regular basis (i.e. without CFS-related absences), not on whether Mr. Keays had a *bona fide* medical

ne reconnaisse pas que le SFC l'obligeait à s'absenter. De plus, selon certains éléments de preuve, Honda connaissait (et approuvait) l'approche du D<sup>r</sup> Brennan. M<sup>me</sup> Selby a témoigné que ce dernier [TRADUCTION] « jouissait d'une excellente réputation, en autant [qu'elle] sache, pour le règlement des dossiers d'absentéisme au travail, ainsi qu'une approche nouvelle, un point de vue nouveau » (d.a., p. 449).

[104] Le juge de première instance paraît avoir surtout reproché à Honda de s'être fiée au D<sup>r</sup> Brennan et à l'approche qu'il privilégiait pour « régler » le cas de M. Keays et de ses absences. En d'autres termes, Honda comptait sur le médecin pour légitimer son opinion que les absences n'étaient pas justifiées. Devant la preuve au procès, cette conclusion n'était pas déraisonnable.

[105] À propos de la question de savoir si Honda cherchait à piéger M. Keays, le D<sup>r</sup> Brennan a témoigné que M<sup>me</sup> Selby lui avait demandé de prendre connaissance du dossier et [TRADUCTION] « de donner son avis au sujet de l'existence d'un handicap chez l'employé et de son obligation de se présenter au travail » (d.a., p. 624). Cette démarche laisse penser qu'avant de saisir le D<sup>r</sup> Brennan du dossier, Honda mettait déjà en doute l'existence du handicap de M. Keays. De plus, Honda a mis fin à la mesure d'accommodement consentie à l'employé au moment même où elle l'a exhorté à rencontrer le D<sup>r</sup> Brennan (et le juge de première instance renvoie précisément à ce fait au par. 29 de ses motifs). Il n'était donc pas déraisonnable qu'il conclue que la rencontre visait à confirmer l'opinion de Honda sur le caractère injustifié des absences de M. Keays. J'y reviendrai lorsque j'aborderai la question des représailles.

[106] Enfin, les témoignages de M<sup>mes</sup> Magill et Selby n'établissent pas clairement que Honda aurait consulté le D<sup>r</sup> Brennan pour confirmer le diagnostic de M. Keays comme elle le prétend. À certains moments, ces témoignages laissent entendre qu'il s'agissait de déterminer si l'employé était apte à reprendre le travail de manière plus assidue (c.-à-d. sans s'absenter à cause du SFC), et non s'il souffrait d'une véritable maladie. Toutefois,

condition. Ms. Magill testified that the purposes of having Mr. Keays meet with Dr. Brennan were threefold: first, simply to review Mr. Keays' medical file with him in person and to discuss his condition, his symptoms and their impact on his work; second, to develop a treatment plan that was to be coordinated with Mr. Keays' own physician; and third, to review and assess any restrictions on Mr. Keays' ability to work and to consider alternative roles for him at Honda (A.R., at pp. 402-3). Ms. Magill stated that Dr. Brennan had not reached a conclusion on Mr. Keays' condition, but had simply reached one about his ability to work (A.R., at p. 406).

[107] Ms. Selby denied that one of the purposes of the meeting was to develop a treatment plan for Mr. Keays that Dr. Brennan was to coordinate with Mr. Keays' physician (A.R., at p. 506). However, she did testify that one of the purposes of the proposed meeting, in addition to sharing information, was to see whether "there was something that Dr. Brennan could do to help support [Mr. Keays] in the future" (A.R., at p. 457). Ms. Selby also testified that Mr. Keays "didn't have restrictions to assess" and therefore denied that one of the purposes of the meeting was to assess any restrictions in order to consider an alternative role for Mr. Keays at Honda (A.R., at p. 507).

[108] Ms. Selby testified that she had originally spoken to Dr. Brennan regarding Mr. Keays in order to get his opinion on whether it was "fair to expect Kevin to provide regular attendance" (A.R., at p. 449). However, Dr. Brennan testified that Ms. Selby had asked him to review Mr. Keays' record in order to "provide an opinion as to whether there was a proven impairment and whether he should be attending work" (A.R., at p. 624). Dr. Brennan added that he had proposed to Ms. Selby that he meet with Mr. Keays in order to go over his medical history (A.R., at pp. 667-68). Both Ms. Magill and Ms. Selby stated that Mr. Keays was told that the purpose of the meeting was to review his file and share information (A.R., at pp. 341 and 503).

selon M<sup>me</sup> Magill, la rencontre visait trois objectifs. Premièrement, examiner simplement le dossier médical de M. Keays en sa présence, et discuter de son état, de ses symptômes et de leur incidence sur son travail. Deuxièmement, concevoir un plan de traitement en coordination avec le médecin de M. Keays. Troisièmement, réévaluer toute limitation de l'aptitude au travail et envisager d'autres affectations chez Honda (d.a., p. 402-403). M<sup>me</sup> Magill a affirmé que le D<sup>r</sup> Brennan n'avait pas tiré de conclusion sur l'état de santé de M. Keays, seulement sur son aptitude à travailler (d.a., p. 406).

[107] Par contre, M<sup>me</sup> Selby a nié que l'un des objectifs de la rencontre ait été la mise au point d'un plan de traitement dont D<sup>r</sup> Brennan coordonnerait l'application avec le médecin de M. Keays (d.a., p. 506). Cependant, elle a affirmé que la rencontre proposée visait non seulement à partager de l'information, mais aussi à déterminer [TRADUCTION] « si le D<sup>r</sup> Brennan pouvait faire quelque chose pour aider M. Keays à l'avenir » (d.a., p. 457). Elle a ajouté que M. Keays [TRADUCTION] « ne présentait pas de limitations dont l'évaluation était nécessaire ». Ainsi, elle a nié que l'un des objectifs de la rencontre correspondait à l'évaluation des limitations de l'employé en vue de son affectation à d'autres tâches au sein de l'entreprise (d.a., p. 507).

[108] M<sup>me</sup> Selby a aussi témoigné qu'elle avait d'abord parlé de M. Keays au D<sup>r</sup> Brennan pour obtenir son avis pour déterminer si [TRADUCTION] « nous pouvions raisonnablement nous attendre à ce que Kevin se présente régulièrement au travail » (d.a., p. 449). Le D<sup>r</sup> Brennan a cependant déclaré que M<sup>me</sup> Selby lui avait demandé de prendre connaissance du dossier de M. Keays afin de [TRADUCTION] « donner son avis au sujet de l'existence d'un handicap chez l'employé et de son obligation de se présenter au travail » (d.a., p. 624). Il a ajouté avoir proposé à M<sup>me</sup> Selby de rencontrer M. Keays pour connaître ses antécédents médicaux (d.a., p. 667-668). Or, selon M<sup>mes</sup> Magill et Selby, on avait dit à M. Keays que la rencontre visait à réviser le dossier et à partager de l'information (d.a., p. 341 et 503).

[109] I raise the purpose of the meeting as a concern in relation to the set-up issue, because the record shows an apparent lack of candour in what Mr. Keays was told about the purpose of the meeting. The testimony of Ms. Magill, Ms. Selby and Dr. Brennan is somewhat conflicting, so the precise purpose of the meeting remains unclear. Dr. Brennan's testimony suggests that the meeting was held in response to Ms. Selby's request to verify whether there was a "proven impairment" and whether Mr. Keays' absences were justified. Yet, this does not seem to be what Mr. Keays was told. Although Ms. Magill mentioned some other purposes, none of these were communicated to Mr. Keays either. If there was a lack of candour, this might support the trial judge's view that Mr. Keays was being "set up."

### C. *Reprisal*

[110] At para. 47, Justice Bastarache rejects the trial judge's finding that Honda had cancelled Mr. Keays' accommodation as a reprisal for his having retained legal counsel. Justice Bastarache suggests that "Honda was simply seeking to confirm Keays' disability". He also notes that Mr. Keays' superiors had met to address the deficiencies in his doctors' notes "well before Keays' lawyer sent his letter".

[111] In my view, the timing of the cancellation and of the insistence that Mr. Keays meet with Dr. Brennan is suspect. The letter from Mr. Keays' counsel was dated March 16. In it, counsel requested that Mr. Keays be exempted from providing a doctor's note for each absence before returning to work. This was a request for a more appropriate accommodation of Mr. Keays' disability. Honda's response to Mr. Keays' request that he be exempted from providing doctors' notes was to preclude him from claiming *any* disability-related absences. It was at a meeting on March 21 that Honda told Mr. Keays that it would no longer accept that he had a disability requiring him to be absent and that he

[109] La question de l'objectif de la rencontre me paraît importante pour évaluer l'allégation selon laquelle l'entreprise cherchait à piéger M. Keays. En effet, l'examen du dossier révèle à tout le moins un certain manque de franchise dans l'information communiquée à M. Keays au sujet de ce projet de rencontre. Les témoignages de M<sup>me</sup> Magill, de M<sup>me</sup> Selby et du D<sup>r</sup> Brennan se contredisent en partie. En conséquence, l'objet précis de la rencontre demeure nébuleux. Le médecin a laissé entendre que M<sup>me</sup> Selby lui avait demandé de déterminer si l'employé [TRADUCTION] « était vraiment atteint d'une déficience » et si ses absences étaient justifiées. Or, ce n'est apparemment pas ce qu'on a dit à M. Keays. M<sup>me</sup> Magill a fait état d'autres objectifs, qui n'ont pas non plus été communiqués à M. Keays. Si la franchise a fait défaut, le juge de première instance peut avoir été justifié de conclure qu'on avait voulu piéger M. Keays.

### C. *Représailles*

[110] Au paragraphe 47, le juge Bastarache écarte la conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda avait mis fin à la mesure d'adaptation en guise de représailles à la décision de M. Keays de retenir les services d'un avocat. Il écrit que « [l]a décision de Honda [. . .] visait [. . .] à obtenir simplement la confirmation de l'invalidité ». Il ajoute que les supérieures de M. Keays s'étaient rencontrées pour discuter des lacunes des billets de son médecin « bien avant que l'avocat de M. Keays n'envoie sa lettre ».

[111] Je trouve suspecte l'interruption par Honda de la mesure d'accommodement appliquée à M. Keays au même moment où elle a insisté pour que l'employé rencontre le D<sup>r</sup> Brennan. La lettre de l'avocat de M. Keays était datée du 16 mars. Elle visait à soustraire l'employé à l'obligation de présenter un billet de son médecin chaque fois qu'il revenait au travail après une absence. Il s'agissait donc d'obtenir une mesure plus adaptée à la situation de M. Keays. En guise de réponse, Honda n'a plus reconnu qu'une déficience justifiait *quelque* absence de sa part. D'ailleurs, à la réunion du 21 mars, Honda a informé M. Keays qu'elle ne reconnaissait plus qu'une déficience l'obligeait à

would have to meet with Dr. Brennan in order to “manage” his condition.

[112] I disagree that it was a palpable and overriding error for the trial judge to conclude that the cancellation was, at least in part, a reprisal for Mr. Keays’ attempt to assert his right to proper accommodation under the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19. Instead of considering Mr. Keays’ position, Honda denied any need for his continued absences. I do not see how this could be seen as an attempt by Honda “to confirm Keays’ disability”. Honda stated expressly in the March 28 letter that it no longer accepted that he had a disability requiring absences. Further, even if Honda was suspicious of Mr. Keays’ condition, the fact that such concerns had been raised prior to the March 21 meeting does not, in my view, explain or justify the unilateral cancellation, on such short notice, of the minimal accommodation that had been provided.

#### D. *Keays’ Worsened Condition*

[113] Justice Bastarache also rejects the trial judge’s consideration of Mr. Keays’ worsened condition because he rejects the conclusion that Honda acted in bad faith. As I explained above, I question the reasoning that leads him to reject the trial judge’s findings of fact. In my view, the impugned findings of fact were supported by the evidence. Given my view that Honda did act in bad faith, Mr. Keays’ worsened condition following his termination is relevant to the assessment of *Wallace* damages.

## II. Reconsidering the Issue of *Wallace* Damages

[114] In his reasons, Justice Bastarache clarifies the proper approach to assessing *Wallace* damages in a wrongful dismissal action. As I mentioned

s’absenter et qu’elle exigeait qu’il prenne rendez-vous avec le D<sup>r</sup> Brennan pour le « suivi » de son état de santé.

[112] Je ne crois pas que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’il a conclu que l’annulation de la mesure d’adaptation faisait suite, du moins en partie, à la démarche entreprise par M. Keays pour faire valoir son droit à une mesure d’accommodement appropriée suivant le *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19. Au lieu de considérer le point de vue de M. Keays, Honda a nié la justification de ses absences répétées. On ne saurait voir dans ce geste une démarche visant à confirmer l’existence du handicap de l’employé. Dans sa lettre du 28 mars, Honda affirme expressément ne plus reconnaître qu’une déficience justifie l’employé de s’absenter. De plus, même si elle mettait en doute la présence du handicap dont se disait atteint M. Keays, le fait que ces préoccupations avaient été soulevées avant la rencontre du 21 mars ne saurait, selon moi, ni expliquer ni justifier l’annulation unilatérale et subite de la mesure d’accommodement minimale.

#### D. *Détérioration de l’état de santé de M. Keays*

[113] Parce qu’il estime que Honda n’a pas agi de mauvaise foi, le juge Bastarache reproche aussi au juge de première instance d’avoir tenu compte de la détérioration de l’état de santé de M. Keays. Comme je l’explique précédemment, je n’accepte pas le raisonnement que tient mon collègue pour écarter les conclusions de fait tirées en première instance. J’estime que celles-ci prennent appui sur la preuve. Puisque, selon moi, Honda a agi de mauvaise foi, la détérioration de l’état de santé de M. Keays après son congédiement demeure pertinente pour la détermination du montant des dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*.

## II. Révision des critères d’attribution de dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*

[114] Dans ses motifs, le juge Bastarache clarifie la méthode appropriée pour déterminer dans quels cas il y aura lieu de faire droit à une demande

above, his review is a necessary and welcome restatement of the law on damages for wrongful dismissal. Justice Bastarache explains that *Wallace* damages will be available where “the manner of dismissal caused mental distress that was in the contemplation of the parties” (para. 59). But because this Court held in *Wallace* that employers have an “obligation of good faith and fair dealing” when dismissing employees “and created the expectation that, in the course of dismissal, employers would be ‘candid, reasonable, honest and forthright with their employees’” (para. 58), an employer’s failure to properly discharge that obligation makes it foreseeable that a dismissal might cause mental distress. A failure to show good faith may therefore justify an award of compensatory damages. The instant case is a case in point.

[115] There is ample evidence to support the trial judge’s conclusion that Honda acted in bad faith. Several aspects of Honda’s conduct are particularly persuasive in this regard. Most notable is the misleading nature of the March 28 letter, which indicated that, according to Dr. Affoo and Dr. Brennan, Mr. Keays did not have a disability requiring him to be absent from work. The clear implication was that Mr. Keays’ recent absences were unrelated to his disability or, at the very least, that they were medically unnecessary. A further implication, one that was expressly spelled out later in the letter, was that any CFS-related absences from work by Mr. Keays in excess of the normal allowances would result in disciplinary action. In other words, he was no longer eligible to participate in the disability program. The justification given for this decision was the opinion of Honda’s medical experts, yet neither doctor had recommended that Mr. Keays be removed from the disability program, nor had they claimed that any CFS-related absences were unjustified.

[116] A further concern is the apparent lack of candour on Honda’s part in regard to the purpose of the proposed meeting between Mr. Keays and Dr. Brennan. Neither Ms. Magill nor Ms. Selby

de dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace*. Je le répète, ce réexamen du droit applicable en la matière est à la fois nécessaire et bienvenu. Mon collègue expose que des dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace* sont accordés lorsque « les circonstances du congédiement [. . .] ont infligé un préjudice moral que les parties avaient envisagé » (par. 59). Cependant, dans l’arrêt *Wallace*, notre Cour a reconnu que les employeurs avaient une « obligation de bonne foi et de traitement équitable » lors d’un congédiement et « qu’ils devraient, dans le cadre d’une telle mesure, être “francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés” » (par. 58), de sorte que l’omission de l’employeur de s’acquitter convenablement de cette obligation peut causer un préjudice moral prévisible. Un manquement à l’obligation de bonne foi peut donc justifier l’octroi de dommages-intérêts compensatoires. C’est le cas en l’espèce.

[115] La conclusion du juge de première instance selon laquelle Honda a agi de mauvaise foi s’appuie amplement sur la preuve. Certains aspects du comportement de l’employeur sont particulièrement convaincants à cet égard. Je mentionne au premier chef le caractère trompeur de la lettre du 28 mars, qui laisse entendre que, de l’avis des D<sup>rs</sup> Affoo et Brennan, M. Keays ne souffre pas d’un handicap qui l’oblige à s’absenter du travail. Cette affirmation sous-entend nécessairement que les absences récentes de l’employé n’étaient pas liées à sa déficience ou, du moins, qu’elles ne se justifiaient pas du point de vue médical. D’où la mention, plus loin dans la lettre, que toute absence de M. Keays liée au SFC au-delà de ce qui est normalement autorisé donnera lieu à une mesure disciplinaire. Autrement dit, il n’était plus admis à bénéficier du programme de gestion de l’invalidité. La justification de cette décision résiderait dans l’avis des experts médicaux de Honda, alors qu’aucun des médecins n’avait recommandé d’exclure M. Keays du programme en question, ni estimé que ses absences liées au SFC étaient injustifiées.

[116] Le manque de franchise apparent de Honda à propos de l’objet de la rencontre proposée entre M. Keays et le D<sup>r</sup> Brennan constitue un autre sujet de préoccupation. Ni M<sup>me</sup> Magill ni M<sup>me</sup> Selby

provided any justification for their refusal to explain the purpose of the meeting to Mr. Keays other than to say that the purpose had already been explained to him in person. Yet, as I mentioned above, there was conflicting testimony about the purpose of this meeting. Given the confusion among Honda's own employees, it is understandable that Mr. Keays was still unclear about the purpose and that he sought further clarification. In addition, the failure to provide clarification in writing is somewhat suspicious. Further, given that Mr. Keays was willing to meet with Dr. Brennan if clarification was provided and that Mr. Keays' refusal to meet with Dr. Brennan without such clarification resulted in his dismissal, the refusal to provide it seems unduly harsh.

[117] The nature of the events leading up to Mr. Keays' termination makes it reasonable to conclude that the conduct of Honda surrounding his termination, and not the fact of termination alone, led to his worsened state. Accordingly, an award of damages can be justified in this case on the basis of Honda's conduct and of the harm Mr. Keays suffered as a result. Although, as Justice Bastarache explains, *Wallace* damages are intended to be compensatory, given the lack of evidence on the precise loss Mr. Keays suffered as a result of Honda's conduct, I would uphold the compensation the trial judge granted over and above the 15-month notice period. The quantum of the damages appears reasonable and would give Mr. Keays adequate compensation.

### III. Bhadauria and Tort Law

[118] I agree that it is not necessary to reconsider *Bhadauria* in the present appeal. But in my opinion Laskin C.J. went further than was strictly necessary in *Bhadauria*. The main thrust of the decision was that Ms. Bhadauria did not have a legally protected interest at common law that had been harmed by the defendant's allegedly discriminatory conduct (pp. 191-92). However, rather than stop there, Laskin C.J. went on to hold that the Ontario *Human Rights Code* "foreclose[s] any

n'ont justifié leur refus d'expliquer à M. Keays le but de la rencontre, sauf en affirmant qu'elles l'avaient déjà fait de vive voix. Pourtant, je le souligne, les témoignages se contredisaient à ce sujet. Le caractère confus de l'information communiquée par les employés de Honda explique la perplexité de M. Keays et sa demande d'éclaircissements. En outre, l'omission de fournir des précisions par écrit reste quelque peu suspecte. Aussi, dans la mesure où M. Keays était d'accord pour rencontrer le Dr Brennan si des éclaircissements lui étaient donnés et où son refus de rencontrer le médecin a entraîné son congédiement, l'omission de fournir des éclaircissements paraît indûment rigide.

[117] La nature des événements ayant mené au renvoi rendait raisonnable la conclusion que le comportement de Honda lié à la mesure, et non seulement la mesure elle-même, a aggravé l'état de santé de M. Keays. Par conséquent, l'octroi de dommages-intérêts se justifie en l'espèce par le comportement de Honda et le préjudice qu'il a causé à M. Keays. Même si, comme l'explique le juge Bastarache, les dommages-intérêts fondés sur l'arrêt *Wallace* se veulent compensatoires, en raison de l'imprécision de la preuve du préjudice causé à M. Keays par le comportement de Honda, je suis de l'avis de confirmer l'indemnisation accordée par le juge de première instance en sus du droit à un préavis de 15 mois. Le montant de l'indemnité me paraît raisonnable et compenserait adéquatement le préjudice subi par M. Keays.

### III. L'arrêt Bhadauria et le droit de la responsabilité délictuelle

[118] Je conviens qu'il n'est pas indispensable en l'espèce de revenir sur l'arrêt *Bhadauria*. Toutefois, à mon avis, dans cet arrêt, l'opinion du juge en chef Laskin a dépassé le cadre de ce qui était nécessaire pour régler le dossier. Dans cet arrêt, la Cour a statué essentiellement que la common law ne garantissait pas à M<sup>me</sup> Bhadauria un droit auquel le comportement du défendeur, qu'elle disait être discriminatoire, avait porté atteinte (p. 191-192). Or, plutôt que de s'en tenir à ce constat, le juge en

civil action based directly upon a breach thereof [and] also excludes any common law action based on an invocation of the public policy expressed in the Code” (p. 195). These conclusions imply (and have been interpreted to mean) that any allegations resembling the type of conduct that is prohibited by the Code cannot be litigated at common law. The Code covers a broad range of conduct in promoting the goal of equality. Yet the conduct at issue in *Bhadauria* was limited to the facts of that case. It would have been sufficient to simply conclude that the interest advanced by Ms. Bhadauria was not protected at common law. It was not necessary for this Court to preclude all common law actions based on all forms of discriminatory conduct.

[119] The development of tort law ought not to be frozen forever on the basis of this *obiter dictum*. The legal landscape has changed. The strong prohibitions of human rights codes and of the *Charter* have informed many aspects of the development of the common law.

[120] On the facts of this appeal, discrimination was a troubling aspect of the decision to terminate Mr. Keays. The presence of this discrimination aspect taints the process and has an impact on the issue of whether the employment relationship was terminated in good faith. Justice Bastarache notes that Mr. Keays suffered no detriment in being treated differently from employees with “mainstream” illnesses, because the differential treatment was intended to accommodate him and he is thus implicitly compared with that category of employees (para. 67). However, Justice Bastarache does not inquire into whether this method of accommodation was appropriate and whether it addressed the difference of the employee, namely his particular disability.

[121] The National ME/FM Action Network, an intervener in this appeal, explained why the accommodation provided by Honda was not appropriate:

chef Laskin poursuit son raisonnement et ajoute que le *Code des droits de la personne* de l’Ontario « empêche toute action civile fondée directement sur une violation de ses dispositions [et] exclut aussi toute action qui découle de la *common law* et est fondée sur l’invocation de la politique générale énoncée dans le Code » (p. 195). Ces conclusions impliquent (et leur interprétation le confirme) qu’aucun comportement apparenté au type de comportement interdit par le Code ne saurait fonder d’une instance en common law. Dans sa promotion de l’égalité, le Code s’attaque à un large éventail de comportements. Toutefois, le comportement considéré dans *Bhadauria* était particulier à cette affaire. Il aurait simplement suffi de conclure que le droit invoqué par M<sup>me</sup> Bhadauria n’était pas garanti par la common law. Il était inutile que la Cour écarte toute action civile fondée sur un comportement discriminatoire.

[119] Cette remarque incidente ne doit pas faire indéfiniment obstacle à l’évolution du droit de la responsabilité délictuelle. Le paysage juridique a changé. Les strictes prescriptions des codes des droits de la personne et de la *Charte* ont orienté l’évolution de la common law sous de nombreux rapports.

[120] Dans la présente affaire, la décision de congédier M. Keays comporte un aspect discriminatoire préoccupant qui entache le processus de congédiement et permet de douter que le lien d’emploi ait été rompu de bonne foi. Le juge Bastarache souligne que la différence de traitement par rapport aux employés affligés de maladies courantes n’a pas porté préjudice à M. Keays, car elle constituait une mesure d’adaptation et M. Keays était donc implicitement comparé à cette catégorie d’employés (par. 67). Mon collègue ne se demande pas si cette mesure d’accommodement était appropriée et si elle s’adaptait à la situation de l’employé, c’est-à-dire son invalidité particulière.

[121] L’intervenant National ME/FM Action Network a expliqué en quoi la mesure d’accommodement offerte par Honda n’était pas appropriée :

ME/CFS is as yet poorly understood. Those who suffer from it may have highly variable symptoms. There is no laboratory test that can be used to confirm a diagnosis. In this context, attributing undue significance to matters such as doctors' notes which are based upon the patient's own reporting of symptoms, the treating doctor's lack of precision in forecasting absences, and the inability of doctors employed or retained by an employer to "verify" a diagnosis of CFS or to accept CFS as justifying absences, will likely be inimical to the accommodation required under human rights codes. [Factum, at para. 14]

Although I agree with Justice Bastarache that employers are justified in monitoring the absences of employees, particularly those who are regularly absent from work (at para. 71), he did not consider whether Honda's method of monitoring absences was appropriate (i.e. non-discriminatory). Honda's assertion that its disability program and its treatment of Mr. Keays under that program were non-discriminatory cannot simply be taken at face value.

[122] Mr. Keays had requested to be exempted from the requirement to provide a doctor's note for each CFS-related absence. Honda refused to consider this request, despite the assertion by Mr. Keays' attorney that Mr. Keays was concerned that the note requirement created a barrier to his speedy return to work. Regardless of whether or not the notes created a barrier, it is clear that Honda was skeptical of Mr. Keays' condition because of the "cryptic" nature of his doctors' notes and because his absences had become more frequent than originally predicted. Yet if variable self-reporting conditions are characteristic of Mr. Keays' disability, it is arguable that Honda acted in a discriminatory manner in subjecting him to the kind of scrutiny he underwent and, in fact, denying him accommodation for his disability.

[123] While monitoring employee absences certainly remains a valid objective, this can be done in a variety of ways. Requiring a doctor's note for each absence is only one alternative. Others include

[TRANSLATION] Le SFC [syndrome de la fatigue chronique] est encore mal compris. Les symptômes de ceux qui en souffrent sont extrêmement variables. Aucun examen de laboratoire ne permet de confirmer un diagnostic. Dans ce contexte, accorder une importance démesurée, par exemple, au fait que les billets du médecin reprennent les symptômes énumérés par le patient, au manque de précision du médecin traitant dans la prévision des absences et à l'incapacité des médecins employés ou mandatés par l'employeur de « confirmer » un diagnostic de SFC ou de reconnaître qu'un SFC justifie des absences a peu de chance de déboucher sur la mesure d'adaptation exigée par les codes des droits de la personne. [mémoire, par. 14]

Le juge Bastarache a raison d'affirmer qu'un employeur peut légitimement contrôler les absences d'un employé, surtout lorsque celles-ci se répètent (par. 71), mais il n'examine pas si, en l'espèce, les modalités du contrôle restaient appropriées (c.-à-d. non discriminatoires). On ne saurait simplement ajouter foi à l'affirmation de Honda selon laquelle son programme de gestion de l'invalidité et les mesures qu'elle a prises à l'égard de M. Keays dans le cadre de ce programme n'étaient pas discriminatoires.

[122] M. Keays avait présenté une demande d'exemption de l'obligation de présenter un billet du médecin chaque fois qu'il s'absentait à cause du SFC. Honda a refusé de la considérer. L'avocat de M. Keays l'avait pourtant informée que son client craignait que cette obligation l'empêche de rentrer rapidement au travail. Que l'exigence d'un billet constitue ou non un obstacle, il est clair que Honda entretenait des doutes sur l'état de santé de M. Keays à cause du caractère « sibyllin » des billets de ses médecins et parce qu'il s'était absenté plus souvent que ce qui avait été initialement prévu. Or, s'il est de la nature même du SFC que ses manifestations varient et que ce soit le patient qui en dresse la liste, il est possible de soutenir que Honda a agi de façon discriminatoire en soumettant M. Keays à un tel contrôle et en refusant, dans les faits, de composer avec son handicap.

[123] Certes, le contrôle de l'absentéisme des employés demeure un objectif légitime. Toutefois, les modalités de ce contrôle sont multiples, et l'exigence d'un billet du médecin pour chaque absence



seeking semi-regular updates from an employee's physician regarding the nature of the condition and the course of treatment, checking in with the employee directly, or requiring doctors' notes only when the number of absences exceeds the expected number within a given time frame. Not all monitoring methods may be considered non-discriminatory in every context. As stated by the Ontario Network of Injured Workers' Groups, another intervenor in this appeal, "[i]ndividualized accommodation is at the heart of the duty to accommodate and is instrumental in creating a discrimination free workplace" (Factum, at para. 17). In my view, the employer must, in monitoring absences, remain mindful of all the circumstances, which include the nature of the employee's condition. It should not be assumed that all monitoring methods are acceptable and non-discriminatory.

[124] For these reasons, I would allow the appeal in part by setting aside the award of punitive damages and the costs premium. The cross-appeal should be dismissed. Given the outcome and the circumstances of the case, I would award costs to the respondent.

*Appeal allowed in part, LEBEL and FISH JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lerners, Toronto.*

*Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Scher & De Angelis, Toronto.*

*Solicitor for the intervenor the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitor for the intervenor the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.*

*Solicitor for the intervenor the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Human Rights Commission, Winnipeg.*

ne représente que l'une d'elles. L'employeur peut par exemple demander qu'à certains intervalles, le médecin traitant fasse le point sur l'état de santé de l'employé et sur son traitement. Il peut aussi s'informer directement auprès de l'employé ou encore n'exiger un billet du médecin que lorsque les absences dépassent les prévisions. Le caractère discriminatoire ou non discriminatoire du mode de contrôle retenu dépend du contexte. Pour reprendre les propos de l'intervenant Ontario Network of Injured Workers Groups, [TRADUCTION] « [l']individualisation de la mesure est fondamentale à l'obligation d'adaptation et elle contribue à l'instauration d'un milieu de travail exempt de discrimination » (mémoire, par. 17). Selon moi, la manière dont l'employeur contrôle les absences doit tenir compte de toutes les circonstances, y compris la nature du problème de santé de l'employé. Toutes les modalités de contrôle ne sont pas nécessairement acceptables et non discriminatoires.

[124] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'annuler les dommages-intérêts punitifs et la prime. Le pourvoi incident devrait être rejeté. Compte tenu de l'issue du pourvoi et des circonstances de l'affaire, j'accorderais les dépens à l'intimé.

*Pourvoi accueilli en partie, les juges LEBEL et FISH sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.*

*Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lerners, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Scher & De Angelis, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba : Commission des droits de la personne du Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters Canada: Baker & McKenzie, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Human Resources Professionals Association of Ontario: Miller Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the National ME/FM Action Network: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Network of Injured Workers' Groups: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada : Baker & McKenzie, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario : Miller Thomson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant National ME/FM Action Network : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Community Legal Assistance Society, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant Ontario Network of Injured Workers' Groups : ARCH Disability Law Centre, Toronto.*