

LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE

L.R.C. (1985), chap.H-6

(version modifiée)

TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE

ENTRE

SIMON THWAITES

le plaignant

et

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

la Commission

et

FORCES ARMÉES CANADIENNES

les intimées

DÉCISION DU TRIBUNAL

DEVANT: Sidney N. Lederman, c.r. - président

Gillian D. Butler

Roger Bilodeau

ONT COMPARU: Peter C. Engelmann

Avocat de la Commission canadienne des droits

de la personne

B. Lynn Reiersen

Avocat du plaignant

Bruce S. Russell et capt Louis MacKay

Avocats des intimées

DATES ET LIEUX 17, 18 et 19 juin 1992

DE L'AUDIENCE: 28, 29, 30 et 31 juillet 1992

24, 25, 26 et 27 août 1992

23, 24 et 25 septembre 1992

14, 15 et 16 octobre 1992

10, 11, 12 et 13 novembre 1992

Halifax (Nouvelle-Écosse)

TRADUCTION

>

i

TABLE DES MATIÈRES

I LES FAITS I.II LES ENQUÊTES 11

a) Le Conseil de révision médicale des carrières 11

b) La Section du renseignement de sécurité 12

c) Le conseil spécial de révision des carrières 12

III LA PREUVE MÉDICALE 13

a) La nature du VIH/sida 13

b) Le système de classification des patients

infectés par le VIH ou atteints du sida 16

c) L'état médical de M. Thwaites, à titre de patient

atteint du VIH, pendant la période allant

de 1986 à 1989 22

d) Le principal médicament administré aux patients

infectés par le VIH ou atteints du sida : l'AZT 25

e) Les soins médicaux proposés pour les patients

infectés par le VIH ou atteints du sida au cours

de la période allant de 1986 à 1989 29

f) Le personnel médical et les installations

disponibles à bord des destroyers des FAC 31

g) Les directives des FAC concernant le statut des

personnes VIH-positives ou sidéennes 34

IV LES PRINCIPES JURIDIQUES APPLICABLES 36

a) La nature de la plainte et du moyen de défense 36

b) Les droits fondamentaux de la personne et le
moyen de défense fondé sur une EPJ 38

c) La charge de l'employeur d'établir l'EPJ 41

d) La distinction entre la discrimination directe
et la discrimination par suite d'un effet
préjudiciable (indirecte) 46

e) Les risques en matière de sécurité en tant qu'EPJ 47

(i) L'augmentation du risque 47

(ii) La mesure de l'accroissement du risque 49

(iii) La nature de la preuve du risque 52

f) Autres solutions raisonnables ou accommodement,
sans contrainte excessive 53

V LA POSITION DES FAC 55

VI L'EXISTENCE D'UNE EPJ A-T-ELLE ÉTÉ ÉTABLIE? 57

>

ii

a) L'élément subjectif 57

b) L'élément objectif : l'évaluation du risque 60

- (i) La nécessité des soins spécialisés 60
- (ii) Le traitement à l'AZT 61
- (iii) Les effets secondaires de l'AZT 64
- (iv) La possibilité d'apparition de maladies opportunistes 66.
- (v) Le caractère inévitable des maladies opportunistes 68
- (vi) L'absence de communication 69
- (vii) La politique des FAC à l'égard du VIH 76
- (viii) Des mécanismes de révision inadéquats 80
- (ix) Les mesures raisonnables de limitation de l'accroissement du risque 83
- (x) Les autres solutions possibles 86

VII CONCLUSION 88

VIII RÉPARATION 92

- a) La perte de salaire 93
- b) La perte de revenus passée 93
- c) La perte de revenus future 94
- d) Les facteurs non considérés par les actuaires 96
- e) L'indemnité spéciale 99
- f) Les intérêts 100
- g) Les dépens 100
- h) La nature de l'ordonnance 101

>

- 1 -

Dans la présente affaire, deux intérêts s'opposent : le souci

légitime des Forces armées canadiennes pour la santé des militaires infectés par le virus de l'immunodéficience humaine, d'une part, et d'autre part, le droit de toute personne d'occuper un emploi rémunéré dans lequel elle remplit ses fonctions de façon jugée satisfaisante, mais qui, en raison de sa nature, l'expose à des risques accrus pour sa sécurité ou sa santé.

I LES FAITS

Simon Thwaites («M. Thwaites»), plaignant, s'est enrôlé dans les Forces armées canadiennes («FAC») le 19 juin 1980 et, depuis lors, jusqu'à sa libération par les FAC le 23 octobre 1989, il a monté en grade, passant de matelot de 3e classe à caporal-chef intérimaire, qualification insuffisante. A toutes les époques en cause, M. Thwaites exerçait le métier d'opérateur de capteur de l'électronique navale («OP DEM»), appelé auparavant opérateur - Guerre électronique, métier qui est qualifié dans les témoignages de «métier propre à la marine». Monsieur Thwaites a été affecté à la base des Forces canadiennes à Halifax du 1er mai 1987 jusqu'à sa libération pour raison de santé.

Certes, le cheminement de carrière de M. Thwaites a été peu mouvementé (selon son dire même) et il a toujours eu l'avancement à l'ancienneté, mais un fait mérite qu'on s'y attarde. Le 18 juin 1983, M. Thwaites a demandé son reclassement ou sa mutation à un autre métier, savoir celui d'adjoint médical. Il a commencé sa formation à Borden en février 1984, date à laquelle ses restrictions, d'ordre géographique et professionnel, ont été cotées G2 02, ce qui signifie apte au service sans restriction.

Malheureusement, pour M. Thwaites, ses restrictions d'ordre

professionnel ont été modifiées à cause d'une affection au bras droit, durant les cours, et il a été renvoyé avant d'avoir pu terminer son dernier

examen. Monsieur Thwaites est retourné à son navire et s'est présenté à

l'hôpital de la base dans l'espoir d'y terminer son dernier examen, mais au

lieu de cela, on lui a dit que c'était impossible et, en effet, il a fallu

encore un an et demi avant qu'il ne puisse se réinscrire au cours.

Le 9 juillet 1985, M. Thwaites a demandé d'être libéré des FAC.

Durant son témoignage devant le tribunal, il a dit que sa demande de

libération s'expliquait par la frustration de n'avoir pu obtenir sa

mutation. Toutefois, le 30 décembre 1985, il a changé d'idée et il a

retiré sa demande de libération avant qu'elle ne prenne effet.

Le mois suivant, M. Thwaites a reçu une lettre de la Croix-Rouge

canadienne l'informant qu'un patient hospitalisé avait présenté une

réaction par suite de transfusions et que le sang de M. Thwaites entre

autres avait servi à ces transfusions. Monsieur Thwaites s'est donc rendu

à l'hôpital de la base sur l'avis de ses supérieurs, puis au centre de la

Croix-Rouge où il avait fait un don de sang. Par une lettre en date du 26

mars 1986 adressée au docteur MacCullam de l'hôpital des Forces canadiennes

à Halifax, dont le contenu a été communiqué à M. Thwaites par le

>-

- 2 -docteur

MacCullam (bien qu'il ne lui en ait pas fourni de copie),

M. Thwaites a appris qu'il était VIH-positif. Un test de confirmation a

été fait sur un échantillon prélevé à la base des Forces à Halifax et

M. Thwaites a appris le résultat entre le 17 avril et le 9 mai 1986. Par

la suite, les médecins militaires ont renvoyé M. Thwaites à un spécialiste des maladies infectieuses, le docteur Walter Schleich de l'hôpital Victoria General à Halifax.

Le 10 avril 1986, le commandant de M. Thwaites savait que

M. Thwaites était VIH-positif, mais malgré cela, les FAC lui ont fait une offre de rengagement, puis l'ont promu au grade de matelot de 1re classe intérimaire, qualification insuffisante. La prétendue déficience physique de M. Thwaites n'a donc pas constitué un obstacle à sa carrière jusque là.

La carrière de M. Thwaites dans les FAC a pris une nouvelle tournure peu après. A son insu, M. Thwaites avait été dénoncé par un autre militaire comme homosexuel et il a été l'objet d'une enquête de la police militaire pendant la période du 2 juillet au 22 août 1986. Le 13 octobre 1986, le commandant de M. Thwaites a rédigé un rapport sur un changement de situation dont l'effet a été de déclasser la cote de sécurité de

M. Thwaites à cause de sa déviance sexuelle et M. Thwaites s'est vu retirer son inscription au cours qu'il suivait à Osborne Head pour être à nouveau qualifié pour le poste d'OP DEM. Lorsqu'il s'est présenté à la base des Forces canadiennes à Halifax, il a été avisé de son affectation à terre mais il a témoigné n'avoir pu obtenir de réponses satisfaisantes quand il a demandé de connaître les raisons de ce changement. Il a présumé que c'était dû au fait qu'il était séropositif. Le 7 novembre 1986,

M. Thwaites a été avisé du déclassement de sa cote de sécurité (affectation assujettie) et peu après, il a été affecté au poste (ou «à l'emploi indigne de ses compétences») de portier du quartier des officiers marinières.

Au sujet de ses sentiments à ce moment-là, M. Thwaites a dit que

la manière dont il a été traité et le manque de renseignements l'ont rempli de confusion et ont mis ses nerfs à rude épreuve. Il a tenté (en vain) de se faire réaffecter à son navire et, le 7 janvier 1987, il a appris que l'on recommandait sa libération pour homosexualité.

Le tribunal conclut que cette recommandation découlait de l'enquête de la police militaire qui a abouti elle à un rapport au commandant de M. Thwaites. Puis, un deuxième rapport daté du 7 janvier 1987 a été préparé par le commandant Power et adressé au commandant de la base des Forces canadiennes à Halifax. Dans ce rapport, il demande que soit intimé à M. Thwaites l'ordre de consulter le médecin-expert et il recommande fortement qu'une recommandation de libération soit envoyée au Quartier général de la Défense nationale.

Entre le 6 mars et le 2 juin 1987, la demande du commandant a reçu l'appui du commandant de la base et du lieutenant-commander Taylor au Quartier général du Commandement maritime de la Défense nationale.

Conformément à un ordre administratif en vigueur à l'époque, M. Thwaites devait se voir offrir deux choix, soit voir son grade et son poste bloqués ou démissionner. Toutefois, pour des raisons qui seront étudiées plus

>

- 3 -loin,

aucune suite n'a été donnée à la recommandation de libération avant qu'un an se soit écoulé.

Suivant l'accord entre M. Thwaites et le docteur John Smith (médecin de la base), le docteur Walter Schleich devait envoyer les rapports concernant l'état de M. Thwaites au docteur Smith à sa clinique privée de Porter's Lake et non à l'hôpital de la base. Cet accord visait à assurer

le secret.

Les rapports du docteur Schlech (et plus tard ceux de la docteure Lynn Johnston) de la clinique des maladies infectieuses de l'hôpital Victoria General ont été envoyés assez régulièrement durant la période du 14 mai 1986 au 11 juillet 1989 inclus, après quoi la preuve indique que les rapports ont été adressés ensuite au médecin de famille de M. Thwaites, docteur Bruce Elliott. Les lettres des 22 octobre, 12 novembre et 26 novembre 1987 présentent un intérêt particulier au regard de l'objet de la présente plainte.

Dans son rapport du 22 octobre 1987, la docteure Lynn Johnston a dit qu'elle avait discuté avec M. Thwaites la possibilité d'entreprendre le traitement à l'AZT qu'elle a décrit au docteur Smith comme un agent antiviral actuellement en usage à titre expérimental pour les patients VIH-positifs.

Dans son rapport au docteur Smith en date du 12 novembre 1987, le docteur Schlech a dit que le plaignant avait des symptômes systématiques, dont des épisodes de transpiration nocturne; que ses analyses sanguines montraient la leucopénie et que la numération cellulaire était de 220. Vu ces circonstances, le docteur Schlech a informé le docteur Smith que M. Thwaites remplissait les conditions voulues pour l'essai de l'AZT.

Cette lettre contient en outre la mention qui suit, dont on a fait grandement état dans la preuve soumise au tribunal :

[TRADUCTION] Je lui ai suggéré de s'inscrire et lui ai remis le protocole pour qu'il l'examine. Il m'a demandé précisément de vous le signaler car il s'inquiétait que les effets secondaires du traitement ne lui fassent perdre le droit aux prestations

militaires à cause du caractère «volontaire» du programme. Je ne pense pas que ce soit le cas, mais j'ai décidé de vous consulter

à ce sujet. L'AZT est à l'heure actuelle l'étalon-or du traitement dans le cas des personnes qui sont reléguées à la catégorie du groupe 4 des CDC.

Au moins trois copies de cette lettre se trouvent parmi les pièces versées au dossier du tribunal. Mais la note manuscrite qui suit ne figure que sur l'une de ces copies, dans le coin inférieur droit :

[TRADUCTION] NAD

J'ai discuté cela avec le docteur Schlech et j'ai approuvé tout traitement qui est approprié pour le cpl Thwaites. Cela a également été transmis à M. Thwaites par le col McLean, médecin-chef.

>

- 4 -

J.D. Smith

(pièce HRC 1, à la p. 148)

Les discussions dont il est fait mention dans cette note manuscrite au dossier sont confirmées dans une certaine mesure par le journal de M. Thwaites au regard des faits, versé sous la cote HRC 8. Le 20 novembre 1987, il a écrit dans son journal qu'il avait parlé au col McLean, médecin du commandement, qui lui a dit : [TRADUCTION] «pas de problème, pas de doute; c'est ma décision; Schlech ne peut pas désapprouver; il se rallierait à ma décision sans réserve; je prends cette décision sans subir la moindre pression des Forces».

Le 26 novembre 1987, M. Thwaites s'est présenté à la clinique des

maladies infectieuses afin de discuter à nouveau le protocole de l'AZT et il a accepté de s'inscrire. Par conséquent, le 26 novembre 1987, la lettre susmentionnée, adressée au docteur J. Smith, contient ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] Nous allons l'inscrire comme patient du groupe

4a. Il demeure assez asymptomatique, mais a eu des épisodes de transpiration nocturne et sa numération cellulaire absolue est de 230, 300 représentant le seuil pour l'inscription.

Le 14 janvier 1988, M. Thwaites a commencé le traitement à l'AZT sous la surveillance du docteur Schlech.

Au cours de deux mois suivants, M. Thwaites s'est vu demander de se présenter au major Sutherland, médecin de la base, pour un examen médical complet comportant deux parties. Cela a été fait le 14 mars 1988; on a expliqué à M. Thwaites que c'était pour les besoins du Conseil de révision médicale des carrières (CRMC), et que cela entraînerait probablement une libération des FAC pour raison de santé. Encore une fois, on lit ce qui suit dans le journal de M. Thwaites, à la date pertinente :

[TRADUCTION] [...] la libération pour raison de santé est fondée

sur le fait qu'ayant des anticorps anti-VIH, j'ai besoin du médicament AZT pour rester en santé. L'AZT est un agent expérimental et ne peut pas être donné à tout le monde -- en fait, on ne peut se le procurer que dans les grandes villes du Canada où l'on trouve des cliniques des maladies infectieuses.

Par conséquent, je ne pourrais pas être affecté ailleurs que dans une grande ville canadienne ni quitté celle-ci. C'est pourquoi

le CRMC a décidé de me ranger dans la catégorie médicale G-5, inapte à toute affectation. Cette cote pourrait être ramenée à

G-3, mais je serais encore inapte au service dans mon métier
actuel.

Le major Sutherland a rempli la Notification de changement de
catégorie médicale le 14 mars 1988 et recommandé la réduction de la cote du
plaignant de G-2 à G-5 parce qu'il avait besoin des soins d'un spécialiste,
ce qui figure dans la partie 2 du formulaire appelé tout au long de
l'audience «2088». Ce formulaire a été acheminé de son bureau à celui du
>

- 5 -médecin-

chef qui, le 21 mars 1988, a inscrit la note suivante :

[TRADUCTION] «G-5 - a besoin des soins d'un spécialiste. Inapte aux tâches
en campagne, en mer, en région isolée. Cas soumis au CRMC.»

Puis, le formulaire 2088 a été transmis au bureau du chef du
service de santé à Ottawa où la note qui suit a été inscrite dans la partie
4 le 29 mars 1988 : [TRADUCTION] «G-5 - a besoin des services d'un
spécialiste - inapte au service à l'extérieur du Canada ou des États-Unis».

Le 31 mai 1988, M. Thwaites a été prié de signer et a signé la
partie 5 du formulaire 2088, reconnaissant son changement de catégorie
médicale, et le 7 juin 1988, le commandant de la base a rempli la dernière
partie du formulaire 2088, y portant ce qui suit :

[TRADUCTION] conformément à l'OAFC 34-30 annexe B, la nouvelle
cote attribuée au MS Thwaites le rend inapte au service permanent
dans son poste actuel ou dans tout autre au sein des Forces
canadiennes. Sa libération est donc recommandée.

Le dossier a ensuite été renvoyé au CRMC suivant les indications

du formulaire 2088. Le 4 août 1988, le CRMC s'est réuni au Quartier général de la Défense nationale à Ottawa et le conseil (composé d'un représentant de chacune des trois armes, marine, armée et aviation, ainsi que d'un membre de la Direction de la gestion des carrières et d'un médecin consultant des Forces canadiennes) a décidé qu'une seule solution s'imposait, savoir la libération de M. Thwaites pour raison de santé, puisqu'il était atteint d'une déficience et inapte à l'exercice de ses fonctions dans son métier ou emploi actuel, et qu'il ne pouvait occuper d'autre emploi utile selon les règlements militaires existants. Le conseil a décidé que M. Thwaites commencerait son congé de fin de service le 5 juillet 1989.

Monsieur Thwaites a été avisé de la décision du CRMC le 10 novembre 1988 et (probablement à cause de son droit à une indemnité de départ) sa libération a pris effet le 23 octobre 1989. Entre temps, M. Thwaites avait déposé un grief concernant la décision du CRMC et le 31 octobre 1989, il a déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse. Vu les faits dont M. Thwaites avait connaissance le 31 octobre 1989, sa plainte alléguait un acte discriminatoire fondé sur sa déficience (état VIH-positif) interdit à l'article 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

II LES ENQUÊTES. Comme l'indiquent les faits relatés dans la partie I, M. Thwaites a été l'objet d'un examen ou d'une enquête par plus d'un organe des FAC durant la période du 2 juillet 1986 à octobre 1989. En fait, le tribunal a finalement été à même de constater après environ 20 jours d'audience que trois processus se sont déroulés à divers moments.

a) Le Conseil de révision médicale des carrières

>

- 6 -

Le processus du CRMC a été mis en branle par le médecin de la base, docteur Sutherland, par suite de l'information contenue dans les lettres des docteurs Schlech et Johnston qui l'a amené à conclure que M. Thwaites était inapte au service en mer à cause de son besoin des services d'un spécialiste. A diverses dates entre le 14 mars 1988 et le 4 août 1988, cette recommandation a été sanctionnée par d'autres membres des FAC et le tribunal conclut que cette information a été communiquée à la police militaire qui faisait enquête sur M. Thwaites sur la question distincte de l'homosexualité.

b) La Section du renseignement de sécurité

Une fois que M. Thwaites eut été signalé comme homosexuel et qu'une enquête eut été menée par la police militaire, il était destiné à passer devant un Conseil de révision des attestations de sécurité. Mais en raison de la politique provisoire des FAC concernant les homosexuels et comme la Section du renseignement de sécurité savait que le cas de M. Thwaites devait être soumis à une CRMC, le conseil de révision n'a jamais été convoqué et le tribunal n'a entendu aucun témoignage portant sur l'enquête.

c) Le conseil spécial de révision des carrières

Le rapport de la Section du renseignement de sécurité susmentionné a été transmis au capitaine du Fraser, navire sur lequel M. Thwaites avait été affecté. Le capitaine a déposé un rapport sur un

changement de situation qui a conduit en fin de compte à la recommandation de libération de M. Thwaites pour cause d'homosexualité. Le 8 juin 1988, le directeur général, Carrières militaires - Personnel non officier, a recommandé que M. Thwaites soit libéré parce qu'il était homosexuel, censément sans avoir appris que la veille, soit le 7 juin 1988, la Direction de la gestion des carrières avait recommandé que M. Thwaites soit libéré pour raison de santé. Le 20 juillet 1988, M. Thwaites s'est vu offrir la libération ou le blocage de sa carrière. Il a refusé les deux choix et, une fois de plus, vraisemblablement parce que sa libération pour raison de santé avait été recommandée, aucune mesure n'a été prise en vue de soumettre l'affaire à un Conseil spécial de révision des carrières. Les témoignages de M. Thwaites et des témoins des FAC, au sujet de ces mécanismes d'enquête, sont, c'est le moins qu'on puisse dire, déroutants. Le tribunal conclut, toutefois, que deux faits sont certains. Premièrement, M. Thwaites avait tout lieu de douter que la recommandation de sa libération ait été fondée sur le fait qu'il était VIH-positif et de se demander ce que savaient de son homosexualité les personnes qui devaient prendre une décision sur sa libération pour cause de santé. Deuxièmement, tous les membres du CRMC qui étaient présents le 4 août 1988 avaient reçu avant leur réunion à Ottawa des copies des documents qui examinaient candidement la tentative antérieure de libérer M. Thwaites pour cause d'homosexualité.

III LA PREUVE MÉDICALE

>

- 7 -

a) La nature du VIH/sida

Le tribunal a entendu plusieurs témoins reconnus comme spécialistes du diagnostic et du traitement du sida, ou qui avaient traité M. Thwaites pendant la période se rapportant à cette affaire. En outre, des membres du personnel médical des FAC (sans être reconnus comme experts comme tels) ont présenté leur point de vue sur cette maladie, le traitement dispensé et la façon la plus appropriée dont les FAC pouvaient traiter leurs membres qui avaient contracté la maladie.

L'infection à VIH et le sida constituent l'une des maladies les plus complexes et les plus graves auxquelles la société ait eu à faire face. En outre, cette maladie n'a pas un caractère statique. En d'autres termes, sa nature et sa présentation évoluent très rapidement.

Le sida, qui a été décrit au début des années 1980, est une maladie relativement récente. Les connaissances médicales à propos du VIH/sida et des modes de traitement ont évolué et continuent de le faire depuis que cette maladie a été décrite pour la première fois. En ce qui concerne les connaissances médicales sur le VIH et le sida, la période pertinente prise en compte par le tribunal s'étend de janvier 1986 à octobre 1989, inclusivement, et la période allant d'octobre 1987 au 4 août 1988 revêt donc à cet égard une importance critique.

Le sida (syndrome d'immunodéficit acquis) est provoqué par le VIH, qui est dans sa forme la plus fondamentale un rétrovirus humain. La période qui peut s'écouler entre le moment d'une infection par le VIH jusqu'à l'apparition du sida peut aller de quelques mois à environ dix ans. Même si plusieurs personnes infectées peuvent vivre quelques années sans présenter les manifestations de la maladie, il est probable qu'elles

finiront par être atteintes du sida. Quand la maladie a atteint cette étape, l'espérance de vie, qui dépend de la nature de la maladie finale, est en moyenne de 18 à 24 mois.

Même si les personnes infectées par le VIH peuvent vivre plusieurs années sans présenter les manifestations externes de la maladie, la plupart d'entre elles (et probablement toutes ces personnes) finiront par en présenter les symptômes. Il n'y a aucun mode de guérison de la maladie; le traitement peut en retarder les progrès sans toutefois les inverser.

Le VIH se reproduit principalement, mais non exclusivement, dans les lymphocytes positifs CD4, également appelés lymphocytes T auxiliaires (cellules T), qui sont des cellules essentielles aux diverses fonctions du corps humain. Pendant l'évolution d'une infection à VIH, le nombre de ces cellules T diminue de façon significative, ce qui contribue à un affaiblissement important du système immunitaire du corps.

La preuve a montré que l'affaiblissement du système immunitaire est l'aspect le plus important de cette maladie et de sa caractérisation chez les patients VIH-positifs...>-

- 8 -

En fait, l'infection à VIH est diagnostiquée et traitée en grande partie sur la base de la numération des cellules T du patient. Cette numération permet également d'évaluer la position du patient par rapport à l'échelle d'infection à VIH.

En raison de la baisse de la numération de ses cellules T, une personne ayant été infectée par le VIH devient sensible à un certain nombre

de maladies opportunistes qui n'apparaîtraient pas normalement chez une personne en santé. L'une des maladies opportunistes les plus fréquentes et les plus courantes est la pneumocystose (PC). Cette maladie préoccupait énormément les cliniciens pendant la période en cause même si, en vertu des normes actuelles, les médecins s'inquiètent moins des risques d'apparition de la PC chez les patients.

b) Le système de classification des patients infectés par le VIH ou atteints du sida

Auparavant, les personnes infectées par le VIH étaient classées dans l'une des trois catégories suivantes :

(i) asymptomatique

(ii) syndrome associé au sida (SA)

(iii) sida constitué.

Ce système rudimentaire de classification a été remplacé par la classification en quatre étapes des CDC (Centers for Disease Control), qui est fondée sur les signes et symptômes de l'infection. Il existe également d'autres systèmes reconnus de classification, mais la preuve relative à la situation de M. Thwaites se rapporte principalement à celui des CDC.

Le système des CDC reconnaît les groupes suivants aux fins de la caractérisation des patients atteints :

GROUPE 1 : infection aiguë

GROUPE 2 : infection asymptomatique

GROUPE 3 : infection symptomatique, par exemple

lymphadénopathie généralisée persistante

GROUPE 4 : apparition de symptômes indiquant une atteinte de

la fonction immunitaire et l'apparition d'une maladie opportuniste.

Le Groupe 1 comprend les personnes présentant les signes d'une infection récente et qui ont formé des anticorps contre le VIH. Dans les 30 jours suivant l'exposition, plusieurs personnes souffrent de symptômes aigus apparentés à ceux de la grippe et qui disparaissent généralement spontanément.

>

- 9 -Le Groupe 2 comprend les personnes qui ont été infectées par le virus depuis un certain temps, mais qui sont asymptomatiques. Les personnes du Groupe 1 et du Groupe 2 semblent en bonne santé et peuvent maintenir des activités normales.

Le Groupe 3 comprend les personnes qui souffrent d'une hypertrophie persistante et généralisée des ganglions lymphatiques depuis plus de trois mois, mais qui ne présentent aucun autre signe ou symptôme manifeste de la maladie.

Le Groupe 4 comprend les personnes qui présentent divers symptômes manifestes de la maladie et qui sont considérées comme atteintes du sida. Ces symptômes comprennent notamment le syndrome d'atrophie musculaire, la démence et d'autres troubles neurologiques, des infections opportunistes comme la PC ou diverses formes de cancer comme le sarcome de Kaposi (cancer de la peau).

Il semble y avoir au moins trois raisons principales qui militent en faveur d'un système de classification :

(i) raisons épidémiologiques, c'est-à-dire la description

graphique de la maladie et son étude d'ensemble en fonction de ses incidences pour la collectivité humaine

(ii) raisons biologiques, c'est-à-dire l'évaluation d'un patient infecté par le VIH en fonction d'une échelle médicale qui détermine la gravité de l'infection à VIH

(iii) essais médicaux, c'est-à-dire la décision d'un médecin de prescrire un médicament expérimental pour lutter contre le VIH. En d'autres termes, la position du patient par rapport à la progression du VIH déterminera la possibilité de lui prescrire un médicament expérimental.

Quel que soit le système de classification utilisé, son but principal est d'ordre épidémiologique, et la décision de placer un patient infecté par le VIH dans un groupe donné est quelque peu arbitraire, les catégories ne reflétant pas nécessairement de façon précise les progrès de la maladie chez ce patient. La maladie n'évolue pas nécessairement en fonction de chacun des quatre groupes. Certaines personnes ne présentent jamais l'infection aiguë qui caractérise le Groupe 1. D'autres, qui sont manifestement asymptomatiques, présentent ensuite une infection opportuniste pouvant être mortelle sans traverser aucune des étapes intermédiaires. Certaines caractéristiques du Groupe 4 peuvent être des manifestations précoces de l'infection à VIH qui n'ont aucun rapport avec l'évolution ultérieure de la maladie. Le système de classification, qui s'est révélé utile à des fins de surveillance et administratives, tient compte du fait qu'une personne souffrant d'une infection à VIH peut être

considérée comme souffrant d'un syndrome associé au sida sans présenter une maladie opportuniste pouvant être mortelle.

>

- 10 -

Quoi qu'il en soit, la majorité des patients peuvent être classés selon des catégories élargies qui sont indépendantes des systèmes de classification eux-mêmes, selon qu'ils sont : (i) asymptomatiques (ii) plus ou moins symptomatiques (iii) complètement symptomatiques (iv) au stade sidéen, ce qui comprend l'une des nombreuses infections opportunistes possibles.

Ces catégories élargies reflètent le fait que l'état des personnes infectées par le VIH se détériore généralement de façon progressive.

Un consensus semble se former au sein des milieux médicaux selon lequel le meilleur indicateur du pronostic des patients infectés par le VIH est la numération d'ensemble des cellules T. Cet élément est de plus en plus utilisé par les médecins pour la classification et le traitement des patients. En vertu de la nouvelle définition proposée pour le sida, en 1992, les personnes dont la numération des cellules T est inférieure à 200 sont considérées comme ayant le sida.

Lors de la période de temps en cause dans le cas qui nous occupe, la majorité des généralistes n'avaient que peu de connaissances à propos du VIH/sida même. Ils connaissaient également mal les systèmes de classification utilisés pour établir l'état pathologique d'un patient

VIH-positif.

Compte tenu de la nature très complexe de cette maladie et de son évolution chez un patient, il n'est pas surprenant que la majorité des généralistes aient souvent consulté un spécialiste à propos du traitement et des soins destinés à un patient VIH-positif. Cette observation est plus particulièrement significative à la lumière du fait qu'au cours de la période 1986-1989, même les médecins spécialistes du VIH/sida n'étaient pas parfaitement renseignés à propos de cette maladie et que, dans certains cas, ils commençaient tout juste à traiter de façon régulière un certain nombre de patients souffrant du VIH/sida.

A titre d'exemple, les docteurs Lynn Johnston et Walter Schlech ont déclaré que pendant cette période, ils désiraient traiter le plus grand nombre possible de patients infectés par le VIH ou atteints du sida de façon à mieux connaître cette maladie et son évolution.

c) L'état médical de M. Thwaites, à titre de patient atteint du VIH, pendant la période allant de 1986 à 1989

Selon la preuve fournie par les docteurs Johnston et Schlech, M. Thwaites a signalé les symptômes suivants lors de ses visites initiales à la clinique des maladies infectieuses de l'hôpital Victoria General de

>

- 11 -Halifax,

et aucun de ces symptômes n'était alors supposé être relié au sida :

- (i) leucoplasie supposée dans la muqueuse buccale
- (ii) maladie de la pepsine acide (également appelée maladie du

tractus gastro-intestinal supérieur, ou MTGIS). L'une des premières modifications de l'état médical de M. Thwaites fut l'apparition d'épisodes nocturnes de transpiration, qu'il a signalés à la clinique des maladies infectieuses. A plusieurs reprises, M. Thwaites a également signalé d'autres modifications de son état de santé, par exemple de la fatigue et des récurrences de la MTGIS. Pendant les étapes initiales de l'état VIH-positif du patient Thwaites, la question cruciale devint rapidement de déterminer si M. Thwaites était symptomatique ou asymptomatique par rapport au VIH. Pendant cette période, c'est-à-dire 1986-1988, la clinique des maladies infectieuses a contrôlé la numération des cellules T de M. Thwaites et déterminé qu'elle fluctuait entre 220 et 350.

Lors de ces visites initiales à la clinique des maladies infectieuses, le médecin traitant (docteur Johnston ou docteur Schlech) a tenté de déterminer si l'évolution de l'état médical de M. Thwaites était reliée au VIH ou si elle découlait simplement d'autres facteurs, notamment la fatigue et le manque de sommeil.

A un certain moment, au cours de l'année 1987, les épisodes signalés de transpiration nocturne et la baisse de la numération des cellules T ont permis de conclure que M. Thwaites était en fait devenu symptomatique par rapport au VIH. Cette détermination par le médecin spécialiste traitant de la clinique des maladies infectieuses était cruciale, étant donné qu'elle permettait à M. Thwaites de s'inscrire à un programme de traitement à l'aide d'un médicament expérimental conçu spécifiquement pour les patients VIH-positifs.

Aux fins de l'inscription de M. Thwaites à ce programme de

traitement expérimental destiné aux patients VIH-positifs, les spécialistes de la clinique des maladies infectieuses ont établi la position de M. Thwaites en fonction du système de classification des CDC. Il a ainsi été déterminé que M. Thwaites serait classé dans le groupe 4A (symptômes de maladie constituée), ce qui lui permettait de recevoir le médicament expérimental RETROVIR (également appelé «AZT»), qui venait tout juste d'être autorisé à titre expérimental pour les patients VIH-positifs. C'est ainsi qu'à compter du 12 novembre 1987, M. Thwaites a été déclaré patient symptomatique du VIH admissible aux fins de l'administration du médicament expérimental AZT. Avec le recul, les spécialistes qui ont fait cette détermination ont admis devant le tribunal que M. Thwaites n'était probablement pas symptomatique à ce moment. La décision de le classer comme patient symptomatique a été prise en vue de faciliter l'inscription de M. Thwaites au programme expérimental sur l'AZT, qui était de l'avis des médecins la seule façon possible de contrer la progression du VIH.

>

- 12 -

Tous les cliniciens spécialistes des maladies infectieuses qui ont témoigné s'entendaient sur le fait qu'en 1987, il aurait été raisonnable de classer un patient comme M. Thwaites au sein du Groupe 4A des CDC pour lui permettre de recevoir le seul médicament connu ayant des effets bénéfiques pour les personnes VIH-positives. En d'autres termes, les doutes éventuels par rapport aux symptômes déclarés par le patient auraient été attribués à des manifestations se rapportant à l'état du

patient par rapport au VIH (en opposition à une autre cause) et les

directives strictes du protocole établi pour ce médicament auraient été interprétées de façon peut-être plus libérale ou contournées pour favoriser

les soins optimaux du patient.

Le tribunal a également entendu des témoignages indiquant qu'un

patient VIH-positif peut être symptomatique ou asymptomatique à divers

moments. Nonobstant ce fait, quand un patient a été caractérisé comme

étant symptomatique et classé au sein du Groupe 4A du système de

classification des CDC, la décision ne peut plus être inversée. Le patient

VIH-positif restera dans la classe symptomatique des CDC (4A), même s'il

devient par la suite asymptomatique.

En résumé, la numération des cellules T de M. Thwaites diminuait

progressivement. Il présentait également des signes qui pouvaient être

raisonnablement associés à sa situation par rapport au VIH. En novembre

1987, la clinique des maladies infectieuses a établi qu'il était

symptomatique par rapport au VIH et qu'il devrait être inscrit au programme

expérimental sur l'AZT dès que possible en vue de réduire la progression du

VIH dans son organisme. La clinique des maladies infectieuses a informé le

personnel médical des FAC de ces faits et, à compter de cette date, les FAC

ont déterminé qu'une borne importante avait été franchie en ce qui concerne

l'état VIH-positif du patient Thwaites.

d) Le principal médicament administré aux patients infectés par le

VIH ou atteints du sida : l'AZT

En lui-même, le médicament AZT n'est pas nouveau et il semble

avoir déjà été utilisé auparavant pour lutter contre certaines formes de

cancer. Ce n'est que depuis 1987, environ, qu'il a été mis à la

disposition des patients infectés par le VIH ou atteints du sida à titre d'agent important pouvant contribuer à ralentir, sinon interrompre, les progrès du VIH dans l'organisme d'un patient.

Le tribunal a entendu des témoignages selon lesquels ce médicament a tout d'abord été offert sur une base expérimentale, aux États-Unis et au Canada, en vue de déterminer s'il pouvait être efficace pour combattre le VIH/sida. Au Canada, l'AZT a été offert selon ces modalités au cours de l'année 1987.

A la lumière du caractère complexe et mortel du VIH/sida, les milieux médicaux collaborant au traitement du sida étaient très intéressés par la possibilité de pouvoir prescrire un médicament contre une maladie mortelle qui n'avait jusqu'alors pu être mise en échec. Cet enthousiasme à l'égard du médicament AZT (même s'il s'agissait d'un médicament expérimental) ne peut certainement pas être pris en défaut.

>

- 13 -

Pendant toute la période en cause en l'espèce, l'AZT était un médicament expérimental, et son autorisation complète par le gouvernement canadien n'a été accordée qu'en octobre 1990. A titre de médicament expérimental, l'AZT n'était mis à la disposition des patients infectés par le VIH ou atteints du sida que dans le cadre d'études ouvertes sur l'innocuité à long terme de cet agent, réalisées par Burroughs Wellcome Inc. Canada, et le médicament n'était disponible que par le biais d'un coordonnateur provincial chargé de l'administration et de la distribution du médicament.

Dans le cas présent, le docteur Walter Schlech a été nommé coordonnateur pour les provinces Maritimes. Il a occupé cette fonction

jusqu'à l'autorisation complète du médicament, en octobre 1990, au moment où il a cessé d'être considéré comme un médicament expérimental et a pu être prescrit par les voies habituelles.

Par suite du témoignage des docteurs William Cameron, Walter Schlech et Lynn Johnston, il est devenu évident que vers la fin de 1987 et pendant l'année 1988, les cliniciens n'étaient pas très bien renseignés à propos de l'AZT et des normes médicales de l'époque, qui exigeaient une certaine vigilance pour le suivi des patients ayant accepté d'être inscrits à un programme d'exception permettant aux personnes VIH-positives de profiter de ce médicament, dont l'administration était autrement non autorisée.

Tout comme pour la majorité des médicaments expérimentaux, l'utilisation et la distribution de cet agent aux patients infectés par le VIH ou atteints du sida étaient assujetties à de nombreux facteurs inconnus. Par exemple, les doses nécessaires n'étaient pas connues avec précision, et les effets secondaires possibles du médicament étaient vraisemblablement encore moins bien établis (nausées, anémie, neutropénie, etc.).

En l'occurrence, dans le cas de M. Thwaites, le patient a éprouvé certaines nausées au cours des premières semaines de la prise de ce médicament, mais la preuve montre qu'il n'a vraisemblablement pas souffert d'autres symptômes découlant de l'administration de l'AZT, si l'on excepte une courte période au cours de laquelle il a été décidé que la prise du médicament devait être interrompue par suite des symptômes récurrents de

MTGIS. Dès le début, M. Thwaites a pris les doses recommandées qui étaient prescrites à ce moment, c'est-à-dire 1 200 milligrammes par jour.

Compte tenu du caractère expérimental du médicament, l'entreprise pharmaceutique qui le produisait a également élaboré un protocole qui devait être suivi avec soin par tous les médecins qui prescrivaient cet agent à leurs patients. L'un des éléments les plus importants dans ce cas est le fait qu'en vertu de ce protocole, le patient devait être examiné par le médecin traitant une fois toutes les deux semaines pendant les deux premiers mois, puis une fois par mois par la suite. En outre, le patient devait subir régulièrement des analyses complexes en laboratoire (hématologie et biochimie) de façon à permettre au médecin de s'assurer que l'administration de l'AZT n'entraînerait pas d'anémie ou d'autres manifestations analogues.

>

- 14 -

Comme nous l'avons indiqué plus haut, l'AZT a reçu l'entière approbation du gouvernement en octobre 1990, et il a pu être prescrit par la suite de la façon habituelle. Les essais réalisés avaient alors montré qu'il pouvait être administré sans danger aux patients infectés par le VIH ou atteints du sida et qu'il entraînait en outre des effets avantageux chez la majorité, voire l'ensemble, des patients ayant pris ce médicament.

Au même moment, il fut également décidé que les doses recommandées devaient être réduites à environ 500 milligrammes par jour, et que cette posologie serait suffisante pour combattre le VIH.

En résumé, l'AZT a été à bon droit considéré comme un médicament

qui pouvait faire la différence entre la vie et le décès pour un grand nombre, voire l'ensemble, des patients infectés par le VIH ou atteints du

sida. Dans le cas qui nous occupe, la preuve indique que M. Thwaites a vraisemblablement profité de l'administration de l'AZT.

e) Les soins médicaux proposés pour les patients infectés par le VIH ou atteints du sida au cours de la période allant de 1986 à 1989

De façon générale, les patients ayant reçu un diagnostic VIH-positif et qui ne présentent aucun symptôme ne sont pas tenus de modifier de façon importante leur mode de vie. Néanmoins, le tribunal a entendu des témoignages selon lesquels ces patients devraient porter une attention particulière à leurs habitudes de sommeil et à leur alimentation quotidienne. De façon générale, ils devraient maintenir de bonnes habitudes de vie pour favoriser le bon état de leur organisme et de leur système immunitaire par rapport au VIH. Rien n'indiquait qu'un effort physique pourrait accroître la sensibilité d'un patient VIH-positif par rapport aux maladies opportunistes.

En ce qui concerne les patients atteints et qui recevaient de l'AZT pendant la période 1986-1989, le tribunal a également entendu des témoignages selon lesquels il était préférable, mais non obligatoire, pour ces patients (au moins à cette époque) d'avoir facilement accès aux services d'un spécialiste, compte tenu du caractère encore mal défini du VIH/sida et des risques pouvant découler de l'administration expérimentale de l'AZT.

En l'occurrence, le personnel médical des FAC à Halifax a adressé M. Thwaites au meilleur spécialiste possible (dans la région métropolitaine de Halifax), et M. Thwaites était en fait considéré pendant toute cette

période comme un patient habituel de la clinique des maladies infectieuses.

La preuve indique également que M. Thwaites a signalé de façon assez périodique à ses médecins traitants qu'il souffrait de fatigue et d'un manque de sommeil, et que ces symptômes ont été en grande partie attribués au fait qu'il occupait un deuxième emploi en plus de ses fonctions habituelles au sein des FAC. Par contre, rien n'indique que ce facteur a eu quelque incidence sur sa situation de patient VIH-positif.

>

- 15 -

Enfin, même si M. Thwaites a consulté de façon périodique les médecins des FAC à Halifax, son principal traitement à l'égard du VIH/sida lui a été administré par la clinique des maladies infectieuses. Pour sa part, cette clinique a transmis périodiquement des données à jour aux FAC concernant l'état médical de M. Thwaites et son traitement par l'AZT.

Lors de son témoignage, le professeur Mark Wainberg a indiqué qu'il était d'accord de façon générale avec la recommandation du rapport préparé en 1988 par la Société royale du Canada indiquant que les patients souffrant d'une infection à VIH ne devaient pas faire l'objet de discrimination au plan de leur situation sur le marché du travail. Le professeur Wainberg était également d'accord avec la recommandation du rapport selon laquelle les personnes VIH-positives et asymptomatiques ont la compétence nécessaire pour effectuer presque tous les types de travaux dans la société canadienne. A son avis, rien n'empêchait un patient VIH-positif de jouer un rôle productif dans la société.

f) Le personnel médical et les installations disponibles à bord des destroyers des FAC

Comme nous l'avons indiqué plus haut, M. Thwaites a été affecté au destroyer HMCS Fraser pendant la période qui s'applique à la présente cause. Avant 1986, M. Thwaites avait été affecté à d'autres destroyers semblables, tous basés à Halifax (Base des forces armées). Plusieurs membres des FAC ont témoigné au sujet de la disponibilité et de l'utilisation du personnel et des installations médicales à bord des destroyers. Cette preuve indique clairement que les destroyers ne comportaient pas d'installations médicales complexes. En outre, les destroyers n'avaient généralement au sein de leur personnel qu'un seul adjoint médical n'ayant reçu qu'une formation de base sur les soins de santé et les traitements. Les destroyers ne comportaient pas de médecin. Au plan des analyses médicales, une numération sanguine (plus particulièrement une numération des cellules T) pouvait être réalisée sur un destroyer, mais à l'aide du matériel de base et non des installations modernes que l'on retrouve dans les laboratoires médicaux sur terre. Par contre, la preuve indique que les analyses de type biochimique ne pouvaient être réalisées à bord d'un destroyer. Enfin, les membres des FAC ayant des connaissances médicales spécialisées ont clairement indiqué lors de leur témoignage qu'un adjoint médical ne disposait pas à leur avis de la formation ou de l'expérience nécessaire pour évaluer et traiter les symptômes associés au VIH ou les effets secondaires découlant de l'administration d'AZT chez un patient VIH-positif.

Lors des missions et exercices prolongés auxquels un destroyer peut être affecté, il y a généralement un pétrolier auxiliaire ou un navire de ravitaillement qui accompagne la flotte pendant toute la mission. Ces

pétroliers auxiliaires avaient effectivement à leur bord au moins un médecin, des adjoints médicaux et du matériel médical plus complexe que ce que l'on retrouve généralement sur un destroyer. Bien sûr, ce personnel et ce matériel étaient beaucoup plus appropriés pour faire face aux urgences médicales ou aux situations pouvant se produire lors d'une mission ou d'un exercice de ce type.

>

- 16 -

Nonobstant ce qui précède, lors de leur témoignage, les membres des FAC n'étaient pas du tout convaincus que le personnel médical et le matériel que l'on retrouve sur un pétrolier auxiliaire auraient pu répondre de façon appropriée aux besoins et à la situation d'un patient infecté par le VIH, que ce soit en raison des symptômes du VIH ou des effets secondaires découlant de l'administration d'AZT. Il importe également de signaler que le personnel médical à bord des pétroliers auxiliaires n'était composé que de généralistes et que, pendant la période en cause, aucun d'entre eux n'avait reçu une formation spéciale et n'avait acquis de connaissances spécialisées se rapportant au traitement des patients infectés par le VIH ou atteints du sida.

Enfin, lors de leur témoignage, les médecins des FAC ont tous évoqué la possibilité, sinon la nécessité, de procéder à une évacuation médicale par voie aérienne de façon à répondre aux besoins ou symptômes, en cas d'urgence, d'un patient VIH-positif se retrouvant à bord d'un destroyer. Certains éléments de preuve ont également indiqué qu'une évacuation médicale par voie aérienne ne pouvait être efficace que dans des

circonstances limitées, et que le temps nécessaire à cette fin pourrait

être inapproprié compte tenu des besoins, en cas d'urgence, d'un patient atteint. Le tribunal a également entendu certains éléments de preuve

indiquant que dans d'autres cas, si un membre des FAC devait recevoir un traitement médical rapide ou d'urgence, la seule autre possibilité serait, dans le cas d'un destroyer en mission, d'interrompre sa mission et de se rendre au port le plus proche, dont la distance pourrait varier en fonction de la localisation et des circonstances d'une mission donnée.

g) Les directives des FAC concernant le statut des personnes VIH-positives ou sidéennes

Un certain nombre de directives ont été rédigées et diffusées par le chef du service de santé des FAC relativement à la question des patients infectés par le VIH ou atteints du sida dans les FAC. Jusqu'à ce jour, les FAC ont établi quatre directives successives là-dessus, dont la première remonte à 1985. Trois révisions de la directive de 1985 ont paru par la suite, soit une en 1988 et deux en 1991.

Présentent une importance particulière en l'espèce les directives datées de 1985 et de 1988. Entre autres, elles exposent les méthodes de traitement préconisées par les services de santé des FAC pour les patients infectés par le VIH ou atteints du sida. Elles établissent aussi un système de classification dans lequel on tient compte de l'état du patient infecté par le VIH ou atteint du sida dans la détermination des restrictions d'ordre géographique ou professionnel qu'il convient d'imposer quant à son emploi dans les FAC.

Comme nous le verrons plus loin, cette détermination concernant l'emploi dans les FAC du patient infecté par le VIH ou atteint du sida a eu

une influence décisive sur la situation de M. Thwaites et sur sa libération, laquelle fait l'objet de la présente plainte.

Il importe aussi de souligner que, dans l'évaluation d'un patient infecté par le VIH ou atteint du sida dans les FAC, l'accent est mis

>

- 17 -fortement

sur la question de savoir s'il est symptomatique ou asymptomatique.

En l'espèce, M. Thwaites a été rangé dans la catégorie G2 quand on a diagnostiqué pour la première fois qu'il était VIH-positif. Cette cote lui a été attribuée conformément à la première directive des FAC datée de 1985. Cette cote tenait compte du fait qu'il était VIH-positif et de plus qu'il était asymptomatique.

Comme il fallait s'y attendre, le personnel médical des FAC a été tenu au courant du bilan de santé de M. Thwaites durant la période en cause en l'espèce. La preuve montre en outre qu'en novembre 1987, la clinique des maladies infectieuses a diagnostiqué que M. Thwaites était symptomatique. Cette information a été communiquée au personnel médical des FAC. En raison de cette information, des mesures ont été prises en vue de la réévaluation de la cote de M. Thwaites au regard de la directive des FAC concernant les personnes VIH-positives ou sidéennes.

C'est à peu près à ce moment-là que les médecins-experts des FAC ont rédigé la version de 1988 de la directive concernant les personnes VIH-positives ou sidéennes. Aux termes de ce document, la cote G5 était

attribuée à tout patient infecté par le VIH ou atteint du sida qui était symptomatique et qui avait besoin des services d'un médecin spécialiste.

Étant donné que M. Thwaites était symptomatique, les FAC l'ont rangé dans la catégorie G5, en janvier 1988. Le docteur Kenneth Sutherland de la BFC à Halifax a fait ce changement de catégorie médicale. C'est ainsi que le processus menant au CRMC a été mis en branle. Puis, le CRMC a approuvé cette cote G5 dans le cas de M. Thwaites, ce qui a abouti à sa libération pour raison de santé.

IV LES PRINCIPES JURIDIQUES APPLICABLES

a) La nature de la plainte et du moyen de défense

Monsieur Thwaites allègue que les FAC ont fait un acte discriminatoire à son endroit en refusant de continuer de l'employer et en le défavorisant en cours d'emploi, du fait qu'elles ont restreint ses fonctions et ses possibilités à cause de sa déficience (c.-à-d. parce qu'il est VIH-positif); or, cet acte est interdit par l'article 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (Loi). L'article 7 est ainsi conçu :

7. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

- a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;
- b) de le défavoriser en cours d'emploi.

Selon le par. 3(1) de la Loi, la «déficience» constitue un motif de distinction illicite. Les FAC n'ont pas contesté le fait que

>

- 18 -M.

Thwaites était atteint d'une «déficience» au sens du par. 3(1) à

l'époque en cause et que cela était un motif de distinction illicite. Au surplus, les FAC ont concédé avoir effectivement, de prime abord, fait à l'endroit de M. Thwaites un acte discriminatoire fondé sur un motif de distinction illicite.

Cependant, elles affirment être absoutes parce que leur façon de traiter M. Thwaites représente une exigence professionnelle justifiée qui ne saurait être qualifiée d'acte discriminatoire. L'alinéa 15a) de la Loi dispose :

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires :

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées; [...] (moyen de défense fondé sur une EPJ)

La plupart du temps, les litiges en matière d'emploi résultent de l'opposition entre le droit fondamental des personnes à l'égalité des chances au chapitre de l'emploi, prévue à l'art. 2 de la Loi le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec

leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations

[...],

et les exigences professionnelles de l'employeur qui empêchent ces personnes d'être employées, mais qui sont nécessaires, d'après l'employeur, pour exploiter l'entreprise de manière sere, efficace et économique.

b) Les droits fondamentaux de la personne et le moyen de défense fondé sur une EPJ

Dans la jurisprudence relative aux droits de la personne, les

tribunaux mettent de plus en plus l'accent sur les droits de l'individu garantis par la Loi. Cette importance particulière qu'ils y attachent va de pair avec l'insistance qu'ils mettent à exiger de l'employeur qu'il fasse tout son possible pour mettre en application le principe énoncé à l'art. 2 de la Loi.

Tout d'abord, la Cour suprême du Canada a dit à maintes reprises que la législation sur les droits de la personne a été conçue pour favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale et qu'il ne convenait pas de chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. (Voir l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) (Action Travail des Femmes)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, aux p. 1134 à 1137.) La Cour a souligné la nature spéciale des lois sur les droits de la personne; elles énoncent une politique générale applicable à des questions d'intérêt général et constituent donc une loi fondamentale. (Voir les arrêts *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 156; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S.

>

- 19 -145,

à la p. 158; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux p. 546 et 547; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84, aux p. 89 à 91; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 358; [1992] 93 D.L.R. (4th) 346, à la p. 374.)

Au sujet du moyen de défense fondé sur une EPJ prévu à l'al. 15a)

de la Loi, la Cour suprême du Canada a d'abord décidé dans l'arrêt *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, qu'il fallait examiner une EPJ sans égard aux circonstances et aux capacités particulières d'un individu. Dans le bref intervalle de cinq ans, la Cour, à la majorité, a fait volte-face et conclu, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, que dans les cas de discrimination indirecte, l'employeur ne pouvait pas invoquer le moyen de défense de l'EPJ. En pareil cas, les employeurs ont désormais l'obligation positive de composer avec les besoins d'un groupe particulier d'employés lésés par une règle neutre sauf si l'employeur ne peut procéder aux accommodements sans subir des contraintes excessives. Autrement dit, l'employeur doit établir que l'application de la règle ou de la pratique neutre à l'individu était raisonnablement nécessaire du fait que composer individuellement avec ses employés, dans le cadre de l'application générale de la règle ou de la pratique, lui imposerait des contraintes excessives. L'employeur ne peut plus, en pareil cas, justifier la pratique en la qualifiant d'EPJ relative à la sécurité de l'ensemble des employés, puis affirmer que son effet préjudiciable sur certains groupes d'individus n'est absolument pas pertinent..Le moyen de défense fondé sur l'EPJ peut maintenant être invoqué par l'employeur quand, comme en l'espèce, il s'agit de discrimination directe : arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 516 et 517, par exemple si la règle ou la pratique de l'employeur repose sur des suppositions ou des généralisations quant aux aptitudes d'individus selon leur appartenance à un groupe. Dans de tels cas, le moyen de défense fondé sur une EPJ permet à l'employeur de justifier le manquement au principe qui

veut que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, en faisant la preuve du bien-fondé de sa règle générale ou de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement.

c) La charge de l'employeur d'établir l'EPJ

Même si le moyen de défense fondé sur une EPJ est applicable, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il convenait d'interpréter restrictivement l'exception découlant d'une EPJ de façon à ne pas contrecarrer les objectifs généraux de la Loi. (Voir l'affaire *University of Alberta c. Alberta Human Rights Commission* (1993), 17 C.H.R.R. D/87, à la p. D/96 et les arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, précité, à la p. 589; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la p. 307.) Comme le dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Zurich Insurance c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, à la p. 339 :

>

- 20 -

Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement.

Quant à la charge de l'employeur d'établir l'existence d'une EPJ, la règle applicable est la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités (arrêt Etobicoke, précité, à la p. 208). Il ressort de certaines décisions antérieures que la charge serait tenue pour moins rigoureuse quand des questions de sécurité publique seraient en jeu. Toutefois, étant donné que la Cour suprême a dit qu'il fallait interpréter strictement l'exception fondée sur une EPJ, les tribunaux ont décidé plus récemment qu'il n'y avait pas lieu de diminuer la norme civile même dans les cas où le moyen de défense de l'employeur repose essentiellement sur la sécurité publique (Robinson c. FAC (1992) 15 C.H.R.R. D/95; St. Thomas c. FAC (1991) 14 C.H.R.R. D/301; Seguin c. G.R.C. (1989) 10 C.H.R.R. D/5980; DeJager c. Ministère de la Défense nationale (1986) 7 C.H.R.R. D/3508).

La preuve fournie par l'employeur quant au moyen de défense fondé sur une EPJ doit satisfaire aux deux volets du critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Etobicoke, précité, soit un élément subjectif et un élément objectif. Pour ce qui est de l'élément subjectif, l'employeur doit d'abord montrer qu'il a établi sa règle ou ses exigences de bonne foi. Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sere et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs

susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code.

(le juge McIntyre, dans l'arrêt Etobicoke, précité, à la p. 208)

Dans le passé, ce critère subjectif n'a pas été examiné de près et les tribunaux ont généralement présumé que l'employeur agissait de bonne foi en l'absence de preuve contraire. Toutefois, dans certains cas récents, le tribunal a indiqué que ce critère comportait des exigences plus rigoureuses. Il ne doit pas permettre de fermer les yeux sur les préjugés qu'a de bonne foi l'employeur contre un groupe de personnes protégées par la Loi. En effet, cela serait battre en brèche les objectifs mêmes de la Loi, qui vise précisément à éliminer les préjugés et les stéréotypes à l'endroit de certains groupes. Par conséquent, l'employeur a la charge d'établir le but de sa ligne de conduite en matière d'emploi et de montrer que les raisons fondamentales de celle-ci ne sont pas ses préjugés et ses stéréotypes ou ceux de ses clients, mais bien [TRADUCTION] «des pratiques commerciales solidement fondées et reconnues» (le juge Sopinka, dans

>

- 21 -l'arrêt

Zurich Insurance, précité, à la p. 341; voir aussi l'affaire

Robinson c. CAF, précitée, à la p. D/117).

Quant à l'élément objectif du moyen de défense fondé sur une EPJ,

le juge McIntyre l'a défini comme suit, dans l'arrêt Etobicoke, précité, à la p. 208 :

Elle [l'exigence professionnelle] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et

économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

Encore une fois, la façon dont les tribunaux ont examiné cet élément objectif de la preuve de l'employeur a évolué beaucoup depuis sa formulation en 1982. Premièrement, la Cour suprême a de fait imposé à l'employeur un fardeau de preuve objective : «[l'exigence professionnelle] doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question». Cela suppose que la preuve de la relation entre l'exigence et l'emploi doit reposer sur des faits et non sur des impressions.

Deuxièmement, la Cour suprême parle d'une exigence professionnelle qui est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution convenable du travail. C'est un critère de nécessité et non de commodité (voir les affaires *Robinson c. FAC*, précitée, à la p. D/118; *Martin c. FAC*, décision du tribunal, nov. 92, inédite, à la p. 21). Un employeur ne peut pas passer outre à l'objectif fondamental de la Loi, qui est de garantir le droit de tous les individus à l'égalité des chances d'épanouissement sans égard à certaines caractéristiques personnelles définies par la Loi, parce qu'il estime plus simple d'exclure certains individus. Au contraire, selon l'interprétation que la jurisprudence a donnée au critère objectif de la nécessité raisonnable, l'exigence professionnelle doit être vraiment nécessaire. En fait, un juge est allé jusqu'à dire (peut-être est-il allé trop loin) que la jurisprudence avait évolué à tel point qu'un employeur

devait établir que l'exigence était absolument nécessaire. Dans l'arrêt

Levac c. FAC, C.A.F., 8 juillet 1992, inédit, le juge Marceau dit, aux p. 11 et 12 :

Je suis prêt à reconnaître qu'il y a également un autre angle

sous lequel on peut considérer l'arrêt *Alberta Dairy Pool* comme quelque peu innovateur, du moins indirectement, surtout si l'on rapproche les motifs de la minorité de ceux de la majorité. Il se peut que cet arrêt limite encore plus qu'auparavant les cas où le moyen de défense tiré d'une EPJ peut être invoqué. Jusqu'à maintenant, l'opinion la plus répandue voulait, je crois, que pour être justifiée, une exigence professionnelle justifiée devait, pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Etobicoke* (à la page 208), être «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général». Il semble que désormais elle doive être non seulement «raisonnablement» mais absolument nécessaire, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune solution de rechange réalisable et moins

>

- 22 -

rigoureuse. (Voir cependant les motifs du juge Desjardins, dissidente, à la p. 7.)

Plus récemment, dans l'arrêt *Ontario Human Rights Commission v. London Monenco Consultants Ltd.* (1992), 9 O.R. (3d) 509, aux p. 516 et 517, la Cour d'appel de l'Ontario a dit ceci :

[TRADUCTION] Une exigence professionnelle ne peut pas être justifiée en l'absence d'un lien direct et important entre l'exigence et les aptitudes, qualités ou attributs nécessaires pour exécuter le travail de façon satisfaisante, compte tenu de

sa nature particulière. (non souligné dans le texte original)

Par surcroît, si un employeur fait valoir une règle générale d'exclusion, il doit expliquer pourquoi l'évaluation individuelle du risque associé à chaque employé ne représentait pas une solution pratique et pourquoi il a fallu imposer une règle générale. (Arrêts *Wardair Canada Inc. c. Cremona*, C.A.F., 9 octobre 1992, inédit, à la p. 6; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux p. 1313 et 1314; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 518.)

L'employeur doit aussi établir que sa pratique ou sa règle n'était pas disproportionnée en ce sens qu'il n'existait pas de moyens, autres que l'exclusion générale fondée sur le critère retenu, moins attentatoires au droit du groupe concerné à l'égalité de traitement.

(Arrêts *Brossard (Ville)*, précité, à la p. 312; *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux p. 526 et 527.)

d) La distinction entre la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable (indirecte)

Cette analyse nous conduit logiquement à conclure qu'on ne peut établir presque aucune distinction significative entre ce qu'un employeur doit prouver pour se défendre contre une allégation de discrimination

directe et ce qu'il doit prouver pour répondre à une allégation de discrimination indirecte. La seule différence est peut-être d'ordre

sémantique. Dans les deux cas, l'employeur doit tenir compte de l'individu en cause. Dans le cas de la discrimination directe, l'employeur doit justifier sa règle ou sa pratique en montrant qu'il n'existe pas d'autre solution raisonnable et que la règle ou la pratique est proportionnée au but visé. Dans le cas de la discrimination indirecte, la règle neutre

n'est pas contestée, mais l'employeur doit tout de même montrer qu'il n'aurait pas pu composer autrement avec l'individu lésé particulièrement par cette règle. Dans les deux cas, que les mots clefs soient «autre solution raisonnable», «proportionnalité» ou «accommodement», l'examen a le même objet : l'employeur doit montrer qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu.

e) Les risques en matière de sécurité en tant qu'EPJ

(i) L'augmentation du risque

>

- 23 -

On a cru à un moment donné qu'un employeur pouvait, en faisant valoir des raisons de sécurité, comme en l'espèce, établir une EPJ en montrant simplement que l'embauchage de certains individus résulterait en une légère augmentation des risques pour la sécurité publique. (Arrêts Bhinder, précité; Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)(Mahon), [1988] 1 C.F. 209.) Il est apparu clairement aujourd'hui que la norme à laquelle l'employeur doit satisfaire est celle-ci : le groupe de personnes en question, qui est exclu par la pratique en matière d'emploi, présente «un risque d'erreur humaine suffisant» (voir les arrêts Etobicoke, précité, à la p. 210; Central Alberta Dairy Pool, précité, à la p. 513; et l'affaire Robinson c. FAC, précitée, aux p. D/119 à D/123).

La Cour d'appel fédérale a récemment confirmé ce critère du risque suffisant dans l'arrêt Canada (Procureur général) c. Rosin, [1991] 1

C.F. 391. Faisant observer que le juge Wilson avait décidé dans l'arrêt Central Alberta Dairy Pool, précité, aux p. 512 et 513, que la Cour suprême avait commis une erreur dans l'arrêt Bhinder, en acceptant comme preuve d'une EPJ la preuve d'une très légère augmentation du risque couru par l'employé, le juge Linden a rejeté, au nom de la Cour, dans l'arrêt Rosin, le point de vue selon lequel la preuve de tout risque, même le plus infime, constitue la preuve d'un risque suffisant compatible avec une EPJ. (Le juge Linden a indiqué que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale Canadien Pacifique c. Canada (Mahon), précité, avait peut-être été écarté implicitement lui aussi.)

Dans l'affaire Robinson c. Forces armées canadiennes, précitée, le tribunal a rendu une décision fondée sur les mêmes principes. Dans cette affaire-là, qui portait sur une ligne de conduite excluant les épileptiques des Forces armées, le tribunal a conclu qu'étant donné l'arrêt Central Alberta Dairy Pool, le critère du risque inacceptable énoncé par le juge MacGuigan dans l'arrêt Air Canada c. Carson, [1985] 1 C.F. 209, était redevenu le critère applicable au risque suffisant. D'après le tribunal, ce critère signifie que la preuve d'un risque faible ou négligeable n'est pas suffisante pour constituer une EPJ. Il semble que le risque doive être important.

La norme du risque important reconnaît la nécessité de tolérer un certain degré de risque car les activités humaines ne sont pas absolument

sans risque. Certes, cette norme protège les préoccupations légitimes au sujet de la sécurité en milieu de travail, mais elle ne garantit pas le degré le plus élevé de sécurité, soit l'élimination de tout risque accru.

En effet, elle fait en sorte que les objectifs de la Loi soient atteints en

favorisant l'intégration professionnelle des personnes qui ont des déficiences, bien qu'il en résulte une augmentation des risques, qui est cependant contenue dans des limites acceptables.

(ii) La mesure de l'accroissement du risque

La question épineuse à trancher concerne la manière de déterminer dans quels cas un accroissement de risque représente un risque important.

Ce qu'il faut évaluer dans chaque cas, c'est si le risque en matière de sécurité est suffisamment grand pour être tenu pour inacceptable par

>

- 24 -rapport

à un emploi donné. Dans la décision *Levac c. FAC* (1991) 15 C.H.R.R. D/175, confirmée *Canada (Procureur général) c. Levac*, 8 juillet 1992, inédit, la preuve a montré qu'étant donné l'état du plaignant, cardiaque, la probabilité qu'il fasse une crise avait été évaluée à huit à dix pour cent d'ici cinq ans (ou six à neuf pour cent d'ici trois ans); et il y avait de deux à trois fois plus de chances qu'il meurt s'il était en mer, plutôt que sur la terre ferme, au moment de la crise cardiaque à cause de l'éloignement des services de santé. Ce risque n'a pas été tenu pour suffisant. Dans l'affaire *DeJager c. MDN* (1987) 7 C.H.R.R. D/3508, certains éléments de preuve établissaient l'existence d'un danger ou d'un risque accru pour le plaignant du fait de son asthme, s'il était affecté à un poste en région isolée, loin des hôpitaux, mais le tribunal n'a pas conclu que cela constituait un risque suffisant, justifiant l'acte discriminatoire des FAC à son endroit.

La ligne de démarcation entre le risque suffisant et le risque

insuffisant est en dernière analyse une affaire de jugement et dépend des circonstances de l'espèce. En particulier, il y a lieu d'évaluer soigneusement les risques réels pour la santé et la sécurité que présentent les employés et de les comparer aux autres risques que l'employeur est disposé à accepter. S'ils sont jugés beaucoup plus grands, il faut alors se demander si d'autres mesures raisonnables peuvent être prises qui réduiraient ces risques au minimum et les rendrait acceptables -- c'est-à-dire comparables aux autres risques tolérés.

Pour déterminer si un risque est important, le tribunal doit mettre en balance, d'une part, l'intérêt de la personne atteinte de déficience en qui a trait au travail et à la vie en société et, d'autre part, la nécessité de protéger celle-ci et d'autres contre tout préjudice.

Pour réaliser l'équilibre voulu, il est tentant de recourir à des pourcentages d'augmentation de risque. Des pourcentages élevés, mettons de 80 p. 100 ou même de 50 p. 100, peuvent être très persuasifs. Toutefois, cet outil se révèle moins utile si les pourcentages sont peu élevés. Un pourcentage brut, mettons de 2 p. 100 ou de 3 p. 100, voire de 12 p. 100, peut sembler appréciable pour une personne, mais assez faible ou insignifiant pour une autre. Comme des personnes raisonnables peuvent en arriver à des conclusions très différentes sur la foi d'un pourcentage abstrait, cela ne peut pas être un point de repère convenable ou le seul qui permette de tirer la conclusion qui s'impose. Le tribunal a semblé s'inquiéter aussi de cette difficulté dans l'affaire *Levac c. FAC*, précitée, aux p. D/193 et D/194. C'est par rapport à l'emploi particulier que l'on peut le mieux mesurer le risque important et seulement par comparaison avec les autres

risques rattachés au milieu de travail. De cette manière, les autres risques tolérables que présente l'emploi établissent des seuils de risque. Si des risques d'ampleur comparable sont acceptables dans un milieu de travail donné, alors les risques que présente une personne VIH-positive ne peuvent pas être considérés comme importants. En recourant à une analyse comparative des risques, on reconnaît que les employeurs ne peuvent pas compter sur un milieu de travail totalement s r. Au lieu de cela, la norme du risque important a pour but de supprimer les risques qui constituent une menace importante à la santé et à la sécurité. Dans chaque cas, il faut

>

- 25 -déterminer

quel risque sera tenu pour important et donc inacceptable, en précisant la nature et l'ampleur des autres risques qui sont tolérés parce qu'ils sont acceptables dans un milieu de travail particulier. En faisant une analyse comparative des risques, on est plus à même de déterminer si le risque est important. (Voir, de façon générale, S.D. Watson, «Eliminating Fear Through Comparative Risk: Docs, AIDS and the Anti-Discrimination Ideal» (1992) 40 Buffalo L. Rev. 738.)

(iii) La nature de la preuve du risque

Quand un employeur fait valoir des raisons de santé et de sécurité pour justifier son exclusion de l'employé, il doit montrer que le risque est fondé sur l'information médicale, scientifique et statistique la plus documentée et la plus à jour et non sur des suppositions hâtives, des appréhensions hypothétiques ou des généralisations sans fondement (affaire Heincke et al. v. Emrick Plastics et al. (1992) 55 O.A.C. 33, aux p. 37 et

38 (C. Div.); arrêt Etobicoke, précité, à la p. 212; affaire Rodger c. C.N.

(1985) 6 C.H.R.R. D/2899, à la p. D/2907).

f) Autres solutions raisonnables ou accommodement, sans contrainte excessive

L'importance de rechercher des solutions de rechange raisonnables ou des moyens d'accommodement de l'individu qui lui permettent d'exercer ses fonctions ou qui réduisent le risque (si le risque est un facteur) est désormais à la base des lois relatives aux droits de la personne au Canada. En effet, sans accommodement, la protection accordée par la Loi à certains groupes, les personnes handicapées surtout, serait tout à fait illusoire.

Dans son article «Disability and the Duty To Accommodate» (1992) 1 Can Lab.

Law Journal 23, Anne M. Molloy exprime cette idée avec justesse, à la p. 26 :

[TRADUCTION] Pour les personnes handicapées, le droit à l'accommodement est essentiel à l'égalité. Pour bien juger de l'importance de ce droit, il faut saisir en quoi consiste vraiment la discrimination. Le problème est pour une bonne part question d'attitude. Les obstacles que doivent surmonter les handicapés en milieu de travail ont rarement pour origine la répugnance ou la malveillance. Au contraire, la discrimination est souvent le fait de gens bien intentionnés -- qui se soucient véritablement des aptitudes des handicapés, qui veulent les protéger contre le préjudice ou les blessures, ou les mettre à l'abri de l'embarras qui, à leurs yeux, résultera inévitablement de leur incapacité d'être à la hauteur. Certes, cela peut expliquer la discrimination, mais cela ne l'excuse pas, bien sûr,

et cela ne rend pas plus acceptable le résultat, qui n'est pas beau à voir. Composer avec les différences associées aux handicaps exige donc de venir à bout de l'ignorance, des stéréotypes et du paternalisme qui sont la source d'une grande partie de la discrimination manifeste contre les personnes atteintes de déficiences.

>-

- 26 -

En conséquence, le mouvement du pendule a été tel qu'on peut rarement établir une EPJ si la règle ou la pratique repose sur des généralisations touchant certaines personnes, qui ne se rapportent qu'à leur déficience et ne prennent pas en considération les circonstances particulières de la classe de personnes visée. Au surplus, pour qu'il y ait véritablement évaluation individuelle dans un cas donné, l'individu touché doit être pris en compte car même les personnes atteintes de la même déficience présentent des écarts marqués en ce qui a trait à la manière dont elles s'acquittent de leurs fonctions et à la manière dont elles surmontent leur handicap ou en ce qui a trait à leur degré d'invalidité.

Dans son article, précité, à la p. 26, Mme Molloy souligne ce fait :

[TRADUCTION] Il est de la plus haute importance de composer avec les personnes handicapées de façon individuelle. Les handicaps varient considérablement. Ils présentent aussi des différences individuelles importantes au sein d'un groupe donné. L'effet d'une déficience particulière sur une personne est très individualisé et il y a donc lieu d'individualiser

l'accommodement requis. Parfois, il suffit d'un peu de souplesse et de créativité. D'autres fois, les progrès de la technologie offrent à une personne handicapée le moyen d'exécuter un travail qu'il lui aurait été impossible d'accomplir il y a quelques années. Dans tous les cas, la solution réside dans la prise en compte des besoins de l'individu et dans l'accommodement individualisé nécessaire à la satisfaction de ces besoins d'une manière compatible avec la dignité et le mérite de l'employé.

Il convient de reconnaître que cela peut créer certains risques et augmenter quelque peu le fardeau des employeurs, mais c'est consentir un bien petit sacrifice au regard de la valeur supérieure que la société attache à l'égalité des chances d'épanouissement. (Dans un autre contexte, voir l'arrêt *Huck v. Canadian Odeon Theatres*, [1985] 3 W.W.R. 717, à la p. 744 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême refusée.) Un employeur ne peut pas faire valoir la contrainte excessive à moins d'être forcé de prendre des mesures comportant des difficultés importantes ou nécessitant des frais importants qui représenteraient nettement pour l'entreprise un fardeau excessif sur les plans économique ou administratif. Dans l'affaire *Mahon c. Canadien Pacifique* (1986) 7 C.H.R.R. D/3278, à la p. D/3305, le professeur Cumming dit ceci :

Il serait moins coûteux, au sens économique restreint et immédiat, de permettre simplement aux employeurs qui font preuve d'un mobile honnête [...] d'empêcher les handicapés d'obtenir un emploi. On éviterait ainsi d'avoir à faire des évaluations difficiles et d'y consacrer le temps nécessaire, ainsi que

l'incertitude et les dépenses qui s'y rattachent. Toutefois, notre société a choisi d'assurer «l'égalité des chances» en matière d'emploi aux handicapés parce que le coût immédiat et la difficulté dans la prise de décision quant à l'emploi sont beaucoup moins importants que la protection et l'encouragement des valeurs fondamentales du handicapé et de là, indirectement, de tous les membres de la société. Ce n'est qu'en étendant «l'égalité des chances» aux handicapés tout comme aux autres soi->

-

- 27 -

disant groupes minoritaires, qu'une société peut se dire franchement libre et équitable.

V La position des FAC

Les FAC soutiennent que M. Thwaites n'a pas été libéré simplement parce qu'il était infecté par le VIH. Il a conservé son emploi dans les FAC pendant trois ans et demi, du printemps de 1986 à l'automne de 1989, après que lui et les FAC eurent appris qu'il était VIH-positif. Il a été libéré des FAC parce que son état s'était aggravé à ce point que les soins d'un médecin lui étaient de plus en plus indispensables, en particulier ceux d'un médecin spécialiste. Les FAC ont réagi au fait qu'elles avaient remarqué que M. Thwaites était entré dans la phase la plus avancée de la maladie qui était communément appelée le syndrome associé au sida (SA). C'est cette dépendance d'un médecin spécialiste qui influe sur la capacité d'un militaire de servir en région éloignée, y compris en mer, où les soins médicaux adéquats pourraient ne pas être facilement accessibles. Le cas de M. Thwaites était plus inquiétant car il exerçait un métier

«propre à la marine», donc en mer, loin des établissements de santé et des spécialistes, pendant de longues périodes. La thèse des FAC ne repose donc pas sur la crainte de la transmission de la maladie, mais sur l'altruisme, savoir le souci de protéger M. Thwaites lui-même contre un préjudice.

La question de savoir si une personne infectée par le VIH, mais asymptomatique, peut être tenue pour ayant une «déficience» au sens du par. 3(1) de la Loi, n'a pas été soulevée. Les FAC ont reconnu que la libération de M. Thwaites était fondée sur la déficience, qui est un motif de distinction illicite. Toutefois, elles invoquent l'al. 15a) de la Loi.

Elles affirment ne pas avoir commis d'acte discriminatoire interdit par la Loi parce que son expulsion était fondée sur une exigence professionnelle justifiée.

VI L'EXISTENCE D'UNE EPJ A-T-ELLE ÉTÉ ÉTABLIE?

a) L'élément subjectif

Les FAC doivent établir selon la prépondérance des probabilités qu'elles ont appliqué de bonne foi la mesure relative à l'emploi prise à l'encontre de M. Thwaites parce que celui-ci devait recevoir des soins médicaux spécialisés qui, vu son genre d'emploi, n'étaient pas facilement accessibles. Ce motif a été mis en doute à cause de la politique suivie par les FAC, à l'époque, à l'égard des homosexuels (dont on peut présumer qu'elle n'est plus en vigueur depuis la décision rendue dans Haig v.

Canada, (1992) 9 O.R. (3d) 495). Le paragraphe 7 de l'OAFC 19-20 prévoyait initialement ce qui suit :

Les règlements militaires ne permettent pas de garder des militaires homosexuels ou des militaires souffrant d'une déviation sexuelle dans les FC. Une fois qu'il aura été

décidé de libérer un militaire, il faut prendre les mesures appropriées dans les plus brefs délais et avec la plus grande discrétion possible.

>-

- 28 -

A l'époque qui nous intéresse, l'ordonnance susmentionnée faisait l'objet d'une révision et les FAC appliquaient une procédure administrative provisoire aux termes de laquelle elles offraient de libérer le militaire homosexuel en vertu de l'article 5(d) du tableau de l'ORFC 15.01. S'il s'opposait à cette solution, il pouvait se voir refuser toute progression professionnelle et tout avancement en grade. De fait, M. Thwaites faisait en même temps l'objet d'une enquête spéciale qui avait abouti à la recommandation de le libérer en application de l'article 5(d) ou de le bloquer à son poste et à son rang à cause de son orientation sexuelle. Les FAC donnèrent le choix à M. Thwaites, mais celui-ci ne répondit pas et retint les services d'un avocat. Toutefois, les FAC abandonnèrent la voie de l'Unité des enquêtes spéciales et s'en remirent plutôt au processus engagé en raison de la maladie de M. Thwaites, au terme duquel le CRMC décida finalement de libérer le plaignant pour raison de santé en application de l'article 3(d).

L'avocat de la CCDP soutient que cette imbrication des questions de l'orientation sexuelle et de la déficience laisse supposer que les FAC n'ont pas fait preuve de bonne foi. Cette coïncidence des événements, fait-il valoir, permet d'inférer que les personnes qui ont statué sur l'état de santé du plaignant ont pu être influencées sinon consciemment, du

moins inconsciemment, par la question de l'homosexualité. Le Conseil de révision médicale des carrières et le chef d'état-major de la défense (qui examinait le grief déposé par M. Thwaites) étaient au courant de l'enquête sur l'orientation sexuelle. Selon l'avocat, la décision de libérer M. Thwaites en raison de sa maladie n'a pas été prise honnêtement; les FAC ont vu dans l'état de santé du plaignant un motif arbitraire et utile leur permettant de s'en débarrasser plus efficacement. L'avocat soutient que, le plaignant étant homosexuel et, par conséquent, persona non grata, les FAC n'ont fait aucun effort pour évaluer sa situation médicale de façon réaliste et pour composer avec celle-ci.

Tous les médecins des FAC qui sont intervenus dans les décisions prises relativement à la carrière de M. Thwaites ont toutefois témoigné que c'est exclusivement l'état de santé du plaignant qui motivait leur attitude et non une quelconque enquête spéciale menée sur l'homosexualité de celui-ci.

Il est vrai que le CRMC avait entre les mains un rapport de sélection du personnel mentionnant l'orientation sexuelle du plaignant et recommandant de libérer celui-ci pour cette raison, mais les représentants du CRMC qui ont examiné cette question ont affirmé, dans leur témoignage, que le rapport n'avait pas influé sur leur décision. Au mois de mai ou de juin 1987 (époque où M. Thwaites était indiscutablement asymptomatique), un Conseil spécial de révision des carrières prépara un rapport relativement à l'orientation sexuelle du plaignant, dans lequel le directeur - Services de santé (Soins) affirmait qu'il n'existait aucun motif d'ordre médical justifiant d'intervenir relativement à la carrière du plaignant. Les FAC font donc valoir qu'il n'existe aucune preuve matérielle établissant une

quelconque collusion entre le personnel médical et l'unité d'enquête spéciale..Le tribunal a entendu toutes les personnes des FAC qui sont intervenues dans le processus et dont le témoignage était pertinent; il les

>-

- 29 -a

jugées crédibles à cet égard. Bien que l'imbrication des deux questions saute aux yeux, le tribunal conclut, suivant la prépondérance des probabilités, que les FAC croyaient sincèrement que l'évolution de la maladie du plaignant faisait en sorte qu'il avait besoin de soins spécialisés continus qui ne pouvaient lui être prodigués en mer. En conséquence, le tribunal est d'avis que les FAC ont établi l'élément subjectif de l'EPJ.

b) L'élément objectif : l'évaluation du risque

(i) La nécessité des soins spécialisés

Il faut signaler que le plaignant a toujours conservé la cote «O2». Son infection à VIH n'a pas diminué son aptitude à accomplir des tâches stressantes ou nécessitant une activité physique ou mentale.

Autrement dit, il paraissait en santé et pouvait travailler en respectant un horaire régulier de travail quotidien. Les FAC ont reconnu que lorsqu'il était soumis aux pressions du travail en mer, il pouvait venir à bout des situations prolongées les plus difficiles et les plus stressantes.

Les FAC ont toutefois affirmé que, pour accomplir de façon satisfaisante les tâches d'un OP DEM, il était raisonnablement nécessaire de jouir d'un état de santé n'exigeant pas de soins ou de suivi médicaux

spécialisés sur une base régulière. Si le plaignant était autorisé à rester à son poste de OP DEM, sa santé et sa sécurité seraient soumises à un risque déraisonnable et inacceptable et il mettrait en péril toute mission à laquelle il serait affecté. Les navires n'ont pas les installations médicales et ne peuvent offrir les soins de santé qu'il faut pour évaluer et traiter adéquatement M. Thwaites. Essentiellement donc, les FAC craignaient que l'état de santé du plaignant puisse faire l'objet de détériorations subites difficiles à prévoir, ce qui poserait au personnel médical naviguant des problèmes diagnostiques et thérapeutiques inacceptables. Une évacuation immédiate pourrait alors s'imposer, mais le rayon d'action des hélicoptères à bord du navire ou leur participation à des exercices militaires pourrait rendre celle-ci difficile.

(ii) Le traitement à l'AZT

Une bonne partie de la preuve se rapportait à la nécessité de soins spécialisés pour les patients VIH-positifs après l'instauration du traitement par l'AZT. Comme l'indique la Partie III des présentes, lors de la période en cause, c'est-à-dire de 1987 à 1988, le médicament AZT n'était disponible au Canada que par le biais du protocole Burroughs Wellcome, dans le cadre d'un programme spécial, le gouvernement canadien n'ayant pas décerné au médicament un Certificat de conformité. En fait, ce certificat ne fut accordé qu'en octobre 1990. Par contre, le médicament avait été autorisé aux États-Unis, et ses effets bénéfiques étaient bien connus au sein de la profession médicale. En conséquence, dans l'attente d'une étude plus poussée par les responsables au Canada, il fut décidé que ce médicament pourrait à tout le moins être mis à la disposition des patients

par le biais de centres contrôlés, si les patients avaient atteint un.>-

- 30 -certain

stade d'évolution de la maladie selon la classification des CDC.

Les extraits suivants sont tirés du protocole de Burroughs Wellcome :

[TRADUCTION]

2.1 Objectifs

Les objectifs de l'étude sont de permettre

l'administration de RETROVIR (AZT) aux patients

admissibles, dans le cadre de mesures attentives de

suivi visant à contrôler les taux de survie,

l'évolution de la maladie, la toxicité du médicament et

les interactions médicamenteuses.

2.2 Médecins et installations

Le RETROVIR est un médicament expérimental. Il sera

fourni par Burroughs Wellcome Inc. et son

administration et sa distribution seront contrôlées par

des médecins responsables désignés à l'échelon

provincial, qui ont les connaissances théoriques et

pratiques nécessaires pour le diagnostic et le

traitement du sida, et qui sont désireux d'assumer la

responsabilité de la supervision de l'administration de

ce médicament expérimental. Le médicament ne sera

délivré que sous la responsabilité de ces médecins

responsables.

Le protocole souligne par la suite qu'en ce qui a trait au

traitement des patients, les patients doivent faire l'objet d'une observation au moins une fois toutes les deux semaines pendant les deux premiers mois, puis une fois par mois par la suite pendant toute la durée de l'étude. Le protocole indique enfin les éléments qui doivent être évalués et notés, ainsi que les analyses en laboratoire qui doivent être réalisées lors de ces visites.

Selon les FAC, ces dispositions empêchent une personne qui reçoit de l'AZT conformément à ce protocole d'être affectée à une mission en mer, ces circonstances l'empêchant alors d'être suivie et évaluée par un spécialiste, tel qu'exigé.

En sa qualité de coordonnateur régional de l'administration de l'AZT, le docteur Schlech avait la responsabilité de s'assurer que les patients prenaient le médicament de façon appropriée et profitaient des examens de laboratoire nécessaires. Ses fonctions n'exigeaient cependant pas une intervention personnelle, dans la mesure où il assurait un travail de supervision générale. Même si les docteurs Schlech et Johnston préféraient voir leurs patients tous les mois, en vue d'approfondir leur propre expérience (au plan de la formation) sur les progrès de la maladie, ils étaient convaincus qu'un généraliste compétent pouvait assurer le contrôle des patients. Notre conclusion est que, nonobstant le protocole, il semble qu'il n'y avait aucune nécessité absolue que l'AZT soit distribué directement aux patients par un spécialiste, ni qu'un spécialiste réalise

>.- 31 -les

évaluations mensuelles. Un généraliste ayant reçu des instructions appropriées de la part d'un spécialiste pouvait s'acquitter de cette tâche.

Les docteurs Schlech et Johnston ont indiqué dans leur témoignage que les examens de laboratoire nécessaires en vertu du protocole étaient assez simples. Les examens les plus importants étaient une numération sanguine complète (NSC) et une numération différentielle, la toxicité principale de l'AZT étant associée à la numération sanguine. Il y avait également des analyses biochimiques à réaliser, par exemple une évaluation de la fonction hépatique et de la fonction rénale visant à déceler l'apparition d'effets secondaires. Ces analyses ne devaient pas nécessairement être réalisées par un spécialiste. Elles ne nécessitaient pas du matériel ou des techniques complexes, et une NSC brute pouvait être réalisée en mer, même si les analyses biochimiques ne pouvaient être effectuées sur un navire des Forces canadiennes.

La question de l'approvisionnement suffisant d'AZT destiné à un patient qui ne serait peut-être pas en mesure de rendre visite tous les mois à son médecin a également été soulevée dans la preuve. Par contre, il a été clairement démontré que toute difficulté à cet égard disparaissait après les quelques premiers mois de l'étude expérimentale. Selon toute apparence, les médecins étaient alors en mesure de disposer en tout temps de l'approvisionnement nécessaire pour plus d'un mois, si les circonstances le justifiaient. Il semble qu'un approvisionnement de deux ou trois mois aurait pu être remis au patient ou au dispensaire du navire. En outre, l'AZT présente une durée utile prolongée et il n'est pas nécessaire de le réfrigérer.

(iii) Les effets secondaires de l'AZT

Une preuve a été présentée à propos des effets secondaires de

l'AZT. Le docteur Schlech a déclaré qu'au moment de l'instauration du traitement médicamenteux, le patient peut souffrir de certaines nausées. Selon son expérience, qui porte sur environ 170 patients, il n'a été nécessaire que dans un cas de mettre fin à l'administration de l'AZT en raison de cet effet secondaire. Si l'administration se poursuit, cet effet secondaire disparaît généralement en une semaine environ, et aucune intervention importante n'est nécessaire. De l'avis du docteur Schlech, ce type d'effet secondaire peut apparaître chez environ un patient sur vingt. Les maux de tête, qui constituent un autre effet secondaire de ce médicament, apparaissent chez environ 5 pour cent des patients. Dans le cas des patients traités par le docteur Schlech, un ou deux ont peut-être interrompu complètement la prise du médicament en raison de maux de tête trop importants. Le docteur Schlech a indiqué dans son témoignage que dans la plupart des cas, si le patient continue de prendre le médicament malgré ses maux de tête, ces symptômes disparaissent spontanément. L'anémie, c'est-à-dire une insuffisance du nombre de globules rouges du sang, est un autre effet secondaire de l'AZT. Il se produit assez souvent, plus particulièrement si des doses plus élevées, soit des doses de 1 200 mg/jour, sont administrées, comme dans le cas des doses initiales prescrites aux patients en 1988. Ce trouble est généralement

>

- 32 -.mineur, et il ne nécessite pas une intervention d'urgence, mais plutôt une diminution de la dose d'AZT. L'anémie apparaît généralement de façon graduelle sur une période d'un ou deux mois, dans les cas où elle se manifeste, et elle se stabilise généralement au fur et à mesure de

l'évolution du traitement. Moins de 3 pour cent des patients sont atteints d'une anémie significative. Une certaine vigilance est nécessaire pour la mesure de la concentration d'hémoglobine pendant la période d'induction. Après deux mois, quand une certaine stabilité est constatée, les risques d'anémie sont cependant moins importants.

De l'avis du docteur Schlech, le départ en mer d'un patient recevant de l'AZT ne posait pas de difficulté, dans la mesure où l'on disposait d'une période d'expérience suffisante avec le médicament, si le patient n'avait pas présenté de symptôme d'anémie et si son état était relativement stable. Il n'aurait alors certainement pas vu d'inconvénients majeurs à ce que les analyses en laboratoire ne soient pas effectuées tous les mois.

En outre, même si l'AZT était théoriquement un médicament expérimental, l'expérience de son administration aux États-Unis avait fourni suffisamment de données à propos des effets secondaires possibles et de leur élimination pour que l'on permette à un patient de prendre ce médicament même dans un endroit isolé.

(iv) La possibilité d'apparition de maladies opportunistes

Il est évident qu'au moment où les patients présentent une dépression grave de la numération de leurs cellules T4, ils peuvent être considérés comme exposés à des risques importants pour l'apparition d'une maladie opportuniste grave. Il existe une vaste gamme de maladies pouvant alors être mortelles, notamment la PC (62 % des cas) et le sarcome de Kaposi (17 %). Ces maladies opportunistes présentent cependant une installation graduelle et si le patient porte attention à l'apparition des

signes et symptômes, il a tout le temps nécessaire pour recevoir des soins médicaux appropriés.

Il est possible que ces symptômes surviennent à un stade avancé de la maladie, mais cela ne devrait pas se produire chez les patients qui sont bien renseignés à propos de ces symptômes et portent attention à leur situation. Il est possible, dans certains cas, qu'un patient n'ait pas été conscient de l'évolution de sa maladie jusqu'à l'apparition relativement tardive de l'infection opportuniste, étant donné que le prodrome d'une infection comme la PC peut être très graduel, et si le patient a ignoré ou nié ses symptômes. Le prodrome s'étend généralement sur quelques semaines ou quelques mois, mais il est possible qu'un patient se retrouve à un stade avancé en une période de 24 à 48 heures. Ces patients sont alors susceptibles de ne pas respecter les exigences de leur traitement et de manquer de vigilance.

En outre, le docteur Schleich a indiqué dans son témoignage que la symptomatologie de la PC est très spécifique. En d'autres termes, les symptômes ne sont pas tout simplement quelques épisodes de toux quotidienne, pendant une certaine période, qui pourraient ne pas être

>

- 33 -reconnus

par un patient comme des symptômes de PC. Il s'agit plutôt d'une

toux dont le mode d'apparition et la persistance sont telles que ce symptôme est très facile à constater par le patient. En outre, les

essoufflements qui pourraient également représenter un symptôme ne sont pas

de simples épisodes d'essoufflement, mais ils s'apparentent plutôt à la

nécessité pour une personne de s'arrêter au haut d'un escalier pour

reprendre son souffle. Ainsi, les symptômes ont un caractère remarquable, même s'ils sont peu prononcés dans leurs débuts.

L'avocat des FAC a soutenu qu'en 1987 et 1988, les préoccupations des militaires portaient sur le fait que ces maladies opportunistes pouvaient apparaître de façon assez soudaine. Pourtant, si la question avait été étudiée avec soin, si des échanges appropriés avaient été établis avec le docteur Schlech ou la docteure Johnston, et si une évaluation avait été réalisée en conséquence, il aurait été raisonnable de conclure que, dans le cas d'un patient dans la situation de M. Thwaites, il n'y avait que peu de risques, voire aucun risque, qu'une maladie opportuniste se manifeste soudainement sans qu'il y ait suffisamment de temps pour la dépister et la traiter de façon appropriée. Il semblerait qu'il n'y aurait pas eu plus de risques pour M. Thwaites de souffrir d'une incapacité soudaine que pour toute autre personne qui aurait pu, sans raison apparente, être atteinte d'un ictus, d'une crise ou d'un arrêt cardiaque.

Si cette situation s'était produite, il aurait fallu compter sur les services médicaux habituellement disponibles à bord, ou sur une évacuation médicale par hélicoptère. Un membre VIH-positif des Forces armées aurait pu profiter des mêmes services médicaux d'urgence (même s'ils étaient limités) que toute autre personne atteinte d'une incapacité soudaine pouvant menacer sa vie. De façon comparative, les risques auxquels M. Thwaites était exposé n'étaient pas significativement plus élevés que ceux assumés par les FAC pour ses autres membres servant en mer.

(v) Le caractère inévitable des maladies opportunistes

En se fondant sur le témoignage du docteur Cameron, l'avocat des

FAC a affirmé qu'un élément distinctif de ce cas était l'aspect cumulatif des risques, c'est-à-dire que tôt ou tard, M. Thwaites serait inévitablement atteint d'une maladie opportuniste. Même si certains traitements qui étaient prescrits en 1988 auraient pu avoir un effet prophylactique, il existait néanmoins un risque cumulatif qu'une maladie opportuniste ne pouvant être prévenue par ces thérapies apparaîtrait un jour. En conséquence, si M. Thwaites était en mer pendant le tiers du temps pendant lequel il faisait son service en qualité de OP DEM, il y avait un tiers des risques qu'il soit atteint d'une maladie opportuniste au moment où il était en mer et incapable de recevoir les soins spécialisés nécessaires.

Néanmoins, nous sommes d'avis que l'évaluation des risques ne peut de façon légitime être faite à partir du caractère inévitable d'une maladie opportuniste, voire du décès. C'est plutôt l'apparition soudaine de l'incapacité qui entraînerait des risques pour la personne, des tiers et l'ensemble de la mission. Sans cet élément, le fait qu'un membre des FAC souffre d'une maladie terminale ne l'empêche pas nécessairement de s'acquitter de ses tâches et fonctions de façon efficace et sans danger

>

- 34 -(

tout au moins par rapport aux autres membres des Forces armées) pendant le reste de sa vie. Dans la mesure où il existe une certitude raisonnable que l'état du patient est contrôlé à la fois par lui-même et le personnel médical disponible, et compte tenu que l'apparition d'un trouble grave peut être décelée et traitée dans un délai approprié, les risques font l'objet d'un contrôle suffisant.

(vi) L'absence de communication

La lettre du docteur Schlech datée du 12 novembre 1987 fut l'élément moteur du changement d'attitude des FAC. Elle a pourtant été suivie d'une série de lettres adressées aux FAC, mais ces dernières, semble-t-il, n'ont pas tenu grand compte de leur teneur (bien que ces missives aient confirmé le docteur Smith dans son opinion que le plaignant devait voir un spécialiste à tous les mois). Les commentaires suivants, extraits de ces lettres, méritent d'être signalés :

27 novembre 1987 - [TRADUCTION] Il demeure relativement asymptomatique [...]

L'examen d'aujourd'hui révèle un homme d'apparence saine ne montrant aucun inconfort [...] Monsieur Thwaites continue de manifester des symptômes systémiques, principalement une perte d'énergie, mais ils sont très légers.

28 janvier 1988 - [TRADUCTION] Le traitement à l'AZT donne de bons résultats [...]

11 mars 1988 - [TRADUCTION] L'état de Simon semble bien s'être amélioré cliniquement.

8 avril 1988 - [TRADUCTION] Le traitement à l'AZT a vraiment donné de bons résultats le mois dernier [...] En résumé, le patient semble aller très bien.

6 mai 1988 - [TRADUCTION] Le patient va très bien et continue le traitement à l'AZT sans éprouver d'effets secondaires.

3 juin 1988 - [TRADUCTION] L'AZT donne de très bons

résultats sans causer d'effets secondaires importants.

4 juillet 1988 - [TRADUCTION] L'AZT continue à produire de bons résultats.

3 août 1988 - [TRADUCTION] Le patient continue à très bien tolérer l'AZT.

Ainsi, au moment où les FAC prenaient la décision de restreindre la cote géographique du plaignant à G5 et où le CRMC décidait finalement de le libérer des FAC, les médecins traitants de celui-ci indiquaient que leur patient était asymptomatique et que le traitement à l'AZT donnait de bons résultats. Pourtant, pour une raison ou pour une autre, personne au sein des FAC n'a jugé bon d'appeler la docteure Johnston ou le docteur Schlech

>

- 35 -pour

s'informer de l'état de M. Thwaites et des incidences que celui-ci pourrait avoir sur sa carrière dans les FAC. Quelqu'un aurait-il appelé la docteure Johnston, il aurait appris que lorsque le traitement à l'AZT avait commencé, au mois de janvier 1988, le patient était essentiellement

asymptomatique, contrairement à ce qui était écrit dans la lettre du 12 novembre 1987. En effet, les médecins estimaient qu'il fallait noircir

quelque peu le diagnostic pour que le patient puisse être admis à recevoir le traitement à l'AZT aux termes du protocole. Les épisodes de transpiration nocturne du plaignant n'étaient pas du type de ceux qui sont associés au VIH, mais ils ont permis au docteur Schlech de classer M. Thwaites dans une catégorie des patients symptomatiques qui le rendait admissible au traitement à l'AZT.

L'AZT était bénéfique pour les patients asymptomatiques, lesquels

allaient d'autant mieux que le traitement commençait tôt. C'est pourquoi les médecins ne respectaient pas à la lettre les exigences du protocole et consentaient à assombrir leur diagnostic pour que leurs patients puissent prendre de l'AZT.

La docteure Johnston a déclaré dans son témoignage que

M. Thwaites allait aussi bien que les autres patients en santé du même groupe d'âge qu'elle suivait, infectés par le VIH ou atteint d'une autre affection. Elle a affirmé, en outre, que les patients infectés par le VIH ayant récemment appris leur état sont plus susceptibles de signaler et d'exagérer les plus menus symptômes que les patients de plus vieille date, car ils n'en connaissent pas encore la signification. Cela fait partie de l'apprentissage de la maladie. En fait, pendant son traitement à l'AZT, le plaignant est demeuré asymptomatique. Cependant, rien de cela n'a fait l'objet d'un échange entre les médecins des FAC et les docteurs Schlech et Johnston.

Examinons l'extrait suivant du témoignage du docteur Schlech :

[TRADUCTION]

Q. Il s'agit réellement de ma dernière question. Vous avez dit que vous auriez souhaité vous entretenir avec le docteur Smith. Le docteur Smith a déclaré dans son témoignage qu'il se renseignait auprès de vous sur l'état clinique de M. Thwaites et s'en remettait à vos lettres et à votre conduite pour ce qui était de la fréquence des consultations et du reste et que, comme militaire, il devait partir de ces renseignements pour décider si le patient pouvait avoir une

place dans l'armée. Pensez-vous qu'il soit raisonnable ou déraisonnable d'affirmer qu'il appartient à l'armée de prendre cette décision en termes de ...

R. Bien, je crois que l'armée doit prendre la décision qui s'impose d'après elle. Je crois que notre but devrait être de fournir les meilleurs renseignements possible. Je ne suis pas certain que pour quelque chose d'aussi grave que la carrière d'une personne et ce genre de chose, un simple échange de lettres ou une brève conversation téléphonique, vous savez, quelques minutes au téléphone, suffise. C'est tout ce que je dis. Compte tenu de

>

- 36 -

tout ce qui s'est passé, j'aurais préféré, en rétrospective, et je suis sûr que l'armée aurait également préféré que nous nous assoyions ensemble et analysions réellement ce cas et ses implications tant sur les soins médicaux que sur la carrière du patient..Q. Cette préférence n'est-elle pas un tant soit peu motivée par le fait que vous souhaitez à présent revenir sur votre classification du patient dans le groupe 4, suivant les normes des CDC?

R. Cela n'a rien à voir. Dans tous les cas où des difficultés surgissent en rapport avec les soins médicaux ou la carrière, c'est cette attitude que je privilégie. Je pense que notre objectif devrait être de communiquer le plus possible et, encore une fois, je crois, avec le recul, qu'il aurait mieux valu de,

peut-être, passer plus de temps à discuter des implications réelles du cas.

(Transcription du témoignage, vol. 12, aux p. 2005 et 2006)

Auparavant, le docteur avait donné le témoignage suivant :

[TRADUCTION]

En rétrospective, vous savez, ce que j'aurais préféré dans ce cas, et je crois que nous pouvons tous en tirer une leçon, ce que nous aurions dû faire, c'est nous réunir le docteur Smith, M. Thwaites et moi et dire : «Voilà, disons les choses clairement. Si nous devons imposer ces restrictions géographiques, alors nous mettons sa carrière en péril, d'accord? Que pensez-vous réellement de la nécessité d'examen sanguins réguliers et d'autres mesures et alors, je décide soit, mince!, ou je suis le protocole à la lettre et je dois faire cela et alors Simon ne peut pas avoir accès au médicament. Ou bien j'aurais dit, d'accord, voyons ce que nous pouvons faire pour lui permettre de prendre le médicament tout en lui laissant ses affectations régulières y compris la classification géographique. Avec le recul, je crois que c'est ce qui aurait dû être fait. Souvent, la communication n'est pas très bonne, ce qui fait, je pense, que les choses évoluent de manière isolée sans qu'il y ait discussion sur leur nécessité. Et, comme je l'ai déjà dit, j'aurais certainement fait des pieds et des mains pour d'abord, qu'il puisse avoir accès au traitement et, deuxièmement, pour

faire en sorte qu'il puisse poursuivre aussi ses objectifs de carrière. Mais avec la façon dont la clinique fonctionnait et dont l'armée fonctionnait de son côté, ces questions ne se sont jamais réellement posées.

(Transcription du témoignage, vol. 12, aux p. 1971 et 1972)

>

- 37 -

Tous reconnaissent que les médecins ne se sont malheureusement pas parlé. Le docteur Schlech se sent quelque peu responsable de ne pas avoir informé lui-même les FAC que le patient n'avait pas besoin de soins spécialisés intensifs. Toutefois, la loi oblige certainement les employeurs à composer avec la déficience d'un employé dans la mesure où c'est raisonnablement possible. Cette obligation comporte, pour l'employeur, celle de s'assurer, au moyen d'un examen approprié, que la situation de l'employé a été évaluée de façon réaliste. Au vu des lettres écrites par les médecins traitants après le 12 novembre 1987, les FAC disposaient d'assez de renseignements indiquant que le plaignant était asymptomatique et qu'il allait bien. Les médecins militaires auraient dû en prendre note pour déterminer si vraiment la libération était la seule solution possible. Le fait est que les médecins militaires n'ont jamais interrogé le docteur Schlech ou la docteure Johnston sur la question particulière de savoir ce qui pouvait être fait concernant l'accomplissement des tâches d'OP DEM par M. Thwaites. Ils n'ont jamais parlé avec les médecins traitants des problèmes que le traitement à l'AZT pouvait susciter, de la nécessité réelle de consulter le spécialiste à tous les mois ainsi que l'exigeait le protocole ou de la possibilité de modifier

l'horaire de consultation sans mettre le patient en danger. Le fait que les médecins des FAC n'aient pas posé plus de questions aux spécialistes est particulièrement troublant si l'on considère les faits suivants :

a) les FAC faisaient face à une maladie nouvelle et relativement inconnue et l'on pouvait s'attendre à ce qu'elles consultent davantage les spécialistes;

b) Monsieur Thwaites était l'un des tout premiers membres des FAC à être infecté par le VIH et les FAC auraient donc dû prêter une attention particulière à son dossier;

c) les FAC ne comptant pas de spécialiste du VIH/sida dans leurs rangs, il aurait donc été approprié qu'elles consultent régulièrement le docteur Schlech ou la docteure Johnston;

d) le docteur Smith, qui était médecin-chef adjoint du commandement à l'époque, connaissait le docteur Schlech et lui avait déjà recommandé des patients avant que M. Thwaites lui soit envoyé.

Ils entretenaient des rapports professionnels et personnels, ce qui aurait pu faciliter l'établissement d'une communication régulière entre eux. Bien que le docteur Smith ait informé le docteur Schlech qu'il avait approuvé le traitement à l'AZT pour M. Thwaites, il n'a pas examiné avec son collègue les implications à plus long terme de ce traitement sur la carrière du patient.

Le tribunal estime que les FAC n'ont jamais réellement examiné si les risques théoriques qu'elles voyaient à l'envoi en mer d'un militaire VIH-positif dans l'état où se trouvait le plaignant avaient une

justification factuelle. Elles n'ont pas tenté de déterminer le stade réel de la maladie de M. Thwaites ou la nature des risques qui en découlaient en comparaison de ceux que courent habituellement les marins. Elles n'ont pas tenté non plus de voir ce qui pouvait être fait, si nécessaire, pour

>

- 38 -tourner

les difficultés posées par la maladie afin de réduire le risque à un niveau acceptable.

(vii) La politique des FAC à l'égard du VIH

Il est curieux de constater que la politique pratiquée par les FAC à l'égard de leurs membres VIH-positifs est passée de l'évaluation individuelle à une attitude tendant plutôt à traiter de la même façon tous les militaires parvenus à un stade particulier de la maladie sans égard aux différences pouvant exister entre eux relativement aux soins requis. Les lignes directrices provisoires du 8 novembre 1985 visant les infections à HTLV - III mettaient l'accent sur l'individualisation et sur la nécessité d'une évaluation au cas par cas. Elles ne prévoyaient pas la modification automatique de la cote d'un militaire..Le paragraphe 20 de ces lignes directrices était ainsi conçu :

[TRADUCTION]

20. Les personnes infectées par le HTLV-III auront besoin de soins médicaux particuliers et, s'ils présentent des symptômes, devront probablement faire l'objet de restrictions d'ordre médical qui pourraient avoir des conséquences sur leur catégorie médicale. Il importe de garder à l'esprit que ces personnes sont probablement plus

vulnérables aux infections et risquent davantage de ressentir des effets indésirables par suite de l'administration de vaccins vivants. L'annexe D énonce quelques conseils visant les personnes infectées par le HTLV-III présentant des symptômes. Il ne convient pas de prévoir une catégorie médicale générale pour les personnes infectées. La classification de ces personnes sera fonction des restrictions découlant de la maladie, lesquelles dépendent de l'état clinique du sujet, du métier qu'il exerce et de sa cote. (Soulignement ajouté)

Le 2 février 1988, les FAC ont formulé, pour fins de discussion, la directive QGDN 6635-2-2 DMP 2, laquelle recommandait l'octroi de la cote G3 (apte aux tâches en mer, en campagne, en région isolée et au service de l'ONU) pour les militaires infectés par le VIH mais asymptomatiques.

Toutefois, dans plusieurs commentaires relatifs aux opérations en campagne on préconisait l'octroi d'une cote plus restrictive en faisant valoir, principalement, qu'il y avait possibilité réelle de détérioration clinique, que le phénomène pouvait être soudain et nécessiter d'urgence, pour l'optimisation des résultats, des interventions d'ordre diagnostique et thérapeutique très perfectionnées. On recommandait donc de donner une cote plus restrictive que la cote G3 et, de fait, la directive incorporait cette recommandation. La directive médicale formulée le 9 mai 1988 prévoyait spécifiquement que les militaires manifestant des symptômes cliniques d'une maladie à VIH et devant être vus relativement fréquemment par un spécialiste recevraient tout au plus la cote géographique G5. Les sujets

infectés par le VIH mais asymptomatiques se verraient attribuer la cote G4

(inapte aux tâches en campagne, en mer, en région isolée et au service de

>

- 39 -l'ONU,

présence d'un médecin). Les FAC étaient donc passées d'une démarche

véritablement individualisée à une désignation beaucoup plus orientée vers

la catégorisation générale suivant le stade de la maladie auquel était

parvenu le sujet.

Les lignes directrices les plus récentes énoncées dans la

Directive médicale 2/91 permettent l'octroi temporaire de la cote G4

pendant l'évaluation du sujet infecté par le VIH. Une fois l'évaluation

terminée, si le sujet est asymptomatique et si, entre autres conditions, sa

numération cellulaire (T4) correspond à la normale, il obtiendra la cote

G2. Si le nombre de cellules T4 est inférieur à 500, il aura la cote G4.

S'il a besoin d'un traitement spécialisé, il sera alors coté G5 (ou G4,

ainsi qu'il appert d'une décision prise au mois de décembre 1991).

Comme le docteur Sutherland l'a déclaré dans son témoignage,

c'est essentiellement en raison de l'application de la politique des catégories, au début de 1988, qu'il a donné à M. Thwaites la cote G5. La

lettre écrite le 12 novembre 1987 par le docteur Schlech indiquait que

M. Thwaites présentait des symptômes et qu'il allait être traité à l'AZT.

Pour le docteur Sutherland, cela voulait dire l'application de la nouvelle

directive et l'abaissement de la cote attribuée au plaignant à G5 sans

qu'il soit nécessaire de pousser plus avant l'évaluation de l'état de santé

de celui-ci.

Si l'évolution des droits de la personne au cours de ces

dernières années a permis d'arriver à une conclusion, c'est à tout le moins, que l'application routinière de politiques arbitraires de nature générale sans évaluation individuelle ne saurait être approuvée. Une institution de l'importance des FAC préfère naturellement la généralisation car il est plus facile de gérer de cette façon que de procéder à des évaluations individuelles. En outre, les directives de 1988, en établissant une démarche fondée sur les divers stades de l'infection à VIH, se présentaient sous le jour trompeur de l'individualisation. Toutefois, même à l'intérieur d'un stade identique de la maladie, les patients présentent des différences quant à leurs aptitudes fonctionnelles et à leur besoin de soins spécialisés réguliers. Les FAC ne peuvent échapper à la responsabilité qui leur incombe de traiter ces personnes de façon individualisée; elles devraient revenir à la position énoncée dans leurs lignes directrices initiales, selon laquelle «[i]l ne convient pas de prévoir une catégorie médicale générale pour les personnes infectées». Il devrait plutôt y avoir une consultation suffisante avec le médecin traitant, et la décision devrait être prise en fonction de la situation réelle, et non théorique, de cette personne. On ne saurait maintenant se contenter d'examiner dans l'abstrait les problèmes posés par une maladie, sans voir comment la personne concernée vit concrètement avec son affection.

(viii) Des mécanismes de révision inadéquats

Les divers niveaux de révision n'ont pas permis non plus de tendre le filet de sécurité nécessaire à un examen convenable de l'état de M. Thwaites.

>

- 40 -

Une norme médicale minimale est fixée pour chaque emploi militaire. Cette norme indique la catégorie médicale requise pour l'exécution des fonctions de l'emploi. La norme géographique et professionnelle fixée pour les OP DEM est la cote G2O2. Aucun emploi militaire ne comporte une norme inférieure à la cote G3O3. Lorsqu'un militaire voit sa cote abaissée, par suite d'une maladie ou d'une blessure chronique, à un niveau inférieur à la norme minimale requise pour son emploi, sa situation doit être examinée afin que soit déterminé si celui-ci peut encore envisager une carrière dans les FAC. Dans le cas de M. Thwaites, le médecin-chef de la base recommanda l'attribution de la cote G5. Cette décision fit l'objet d'un examen par le commandement, par le quartier général, puis par le CRMC. Cette dernière instance a pour mandat d'examiner le dossier de tous les militaires dont la cote est abaissée à un niveau inférieur à celui qui est nécessaire pour leur emploi. En règle générale, le CRMC rend l'une des décisions suivantes :

- composer avec la déficience ou la maladie et maintenir le militaire dans son emploi sans imposer de restrictions professionnelles;
- composer avec la déficience ou la maladie et maintenir le militaire dans son emploi en lui imposant des restrictions à l'avancement professionnel;
- composer avec la déficience ou la maladie en mutant le militaire dans un autre métier ou en lui donnant une autre affectation où il peut suivre une nouvelle formation et donner son plein rendement;

- libérer le militaire - Selon la procédure de révision médicale

des FAC : [TRADUCTION] «La libération n'est recommandée que dans les cas où l'on s'attend à ce que le militaire ne puisse effectuer une partie substantielle des tâches liées à son emploi et à son rang et où il n'est pas jugé qualifié pour être muté dans un autre emploi militaire vacant.»

- reporter sa décision jusqu'à ce qu'il en sache plus concernant la santé du militaire.

La révision effectuée par le CRMC, dans le cas de M. Thwaites, était essentiellement théorique. Le Conseil, constitué de membres des FAC n'appartenant pas au corps médical (à l'exception d'un médecin omnipraticien qui n'avait pas droit de vote), s'est contenté d'examiner, à Ottawa, la documentation qui lui avait été fournie. Le Conseil n'a pas consulté les médecins traitants de M. Thwaites pour connaître son état de santé réel et le pronostic véritablement établi à son égard. Ce que le Conseil a fait n'avait rien d'une révision médicale. Même avec une imagination fertile, on ne peut voir une évaluation indépendante dans l'exercice effectué par le Conseil. On peut donc conclure que la décision de libérer le plaignant ne reposait que sur la lettre écrite par le docteur Schlech le 12 novembre 1987; aucun membre du Conseil n'a parlé ou n'a demandé un suivi aux médecins traitants. Le processus a été qualifié de «révision» mais, en fait, tous les médecins des FAC ont clos le dossier sur la lettre du 12 novembre 1987 et aucun fait subséquent n'a été pris en

>

- 41 -considération.

En gros, le docteur Sutherland a attribué la cote G5 au plaignant en s'appuyant uniquement sur la lettre du docteur Schlech et en se conformant à la politique qui venait d'être formulée concernant les infections à VIH. Lorsqu'il a pris sa décision, le docteur Sutherland n'avait même pas encore vu le plaignant et n'avait jamais communiqué avec le spécialiste qui le suivait. Lorsque le dossier est parvenu au CRMC, la cote a été acceptée sans évaluation réelle de l'état de santé de M. Thwaites et le Conseil a ordonné la libération de celui-ci. Dans tout ce processus, pas une fois M. Thwaites n'a pu obtenir, comme la loi lui en donnait le droit, que les FAC procèdent à une évaluation individuelle digne de ce nom.

En fait, à la clôture du processus de règlement de grief ayant abouti à une décision défavorable à M. Thwaites, le chef d'état-major de la défense, le général de Chastelain, a reconnu que le dossier du plaignant comportait des erreurs et, en particulier, que le rapport médical du 29 mars 1988 mentionnait erronément que M. Thwaites présentait des symptômes de l'infection à VIH. Le général a admis que le rapport aurait dû indiquer que le patient était asymptomatique. Cela illustre bien les lacunes du processus de révision. En fait, le Comité n'a pas procédé à une révision médicale..(ix) Les mesures raisonnables de limitation de l'accroissement du risque

La démarche prudente idéale consisterait, pour les médecins, les FAC et M. Thwaites à s'assurer que le style de vie de ce dernier soit restreint de telle façon qu'il puisse toujours se trouver relativement près d'un spécialiste des infections à VIH et d'établissements hospitaliers

appropriés, spécialement lorsqu'il suit un traitement expérimental. Plus le diagnostic d'infection opportuniste est établi tôt, meilleures sont les chances d'y résister avec succès. Toutefois, les personnes ayant une déficience ont le droit de se donner, dans la mesure de leur capacité, le style de vie le plus normal souhaitable, du moment que cela n'entraîne pas d'augmentation substantielle des risques visant leur sécurité. Ils ont le droit de travailler sans être soumis à des restrictions déraisonnables, sous la réserve des contraintes excessives posées à l'employeur. En ce qui concerne le traitement médical, le docteur Schlech a reconnu être disposé à considérer différents niveaux de soins pouvant être donnés aux patients. Il estime qu'il faut soigner une personne dans sa globalité, ce qui nécessite de voir, au-delà de la seule maladie, la totalité de la vie du patient. Il reconnaît qu'il serait peut-être préférable de traiter les patients VIH-positifs en leur demandant de ne pas effectuer de déplacements loin de la clinique, mais il croit qu'il faut composer avec le mode de vie des patients et prendre les mesures nécessaires pour leur permettre de se rendre dans des endroits sensiblement éloignés de tout centre hospitalier dans la mesure où ils peuvent le faire en relative sécurité. Le docteur Cameron a convenu que les médecins doivent faire preuve de souplesse afin d'adapter le traitement aux objectifs de vie du patient, pourvu que celui-ci soit conscient des risques qu'ils comportent et soit prêt à les accepter.

>

- 42 -

Bien qu'on ne lui ait jamais posé la question à l'époque, le

docteur Schlech a affirmé, dans son témoignage, que si on l'avait interrogé sur la possibilité d'envoyer le plaignant en mer, il aurait souhaité parler avec les médecins militaires ou les adjoints médicaux ou informer ceux-ci, des mesures à prendre, dans ce cas, à l'égard des patients infectés par le VIH.

Il ne fait aucun doute que les patients ayant une infection à VIH doivent être suivis de près et qu'il faut pouvoir reconnaître les divers signes et symptômes pour diagnostiquer tôt les problèmes. Naturellement, cela impose au personnel médical naviguant le fardeau supplémentaire d'apprendre quels sont ces signes, de se familiariser avec la maladie et de faire preuve de vigilance. La possibilité d'infection opportuniste ou de complications dues à l'AZT sera toujours présente, mais cette préoccupation existerait que le plaignant navigue ou qu'il reste à terre. Cependant, rien n'autorise à penser qu'un adjoint médical (sur un destroyer) ou un médecin omnipraticien (sur un pétrolier auxiliaire) bien préparé ne serait pas en mesure de faire face à tout problème susceptible de survenir.

Monsieur Thwaites étant un patient coopératif et vigilant, le risque qu'une maladie opportuniste apparaisse soudainement sans qu'il n'en perçoive les premiers signes avertisseurs était passablement faible. Il appert en outre que, si le besoin se présentait, il serait possible de procéder, à bord du navire, à des examens sanguins, rudimentaires certes, mais suffisants pour détecter toute anémie et pour évaluer avec plus de précision s'il y a accroissement du risque d'apparition d'infection opportuniste. Dans le cas où des doutes subsisteraient, il serait possible de communiquer par radio avec le spécialiste au dossier. Ces mesures d'accommodement auraient amoindri les risques courus par M. Thwaites sans causer de contraintes

excessives aux FAC.

Le fait que le plaignant aille en mer et ne soit plus sous les soins directs du spécialiste augmente incontestablement les facteurs de risque, mais le tribunal n'est pas convaincu que cette augmentation est suffisante pour justifier son exclusion des FAC.

(x) Les autres solutions possibles

Si la lettre du 12 novembre 1987 avait fait naître une inquiétude légitime, les FAC auraient pu, au minimum, donner une cote temporaire (pour six mois, avec possibilité de prolongation si nécessaire) au plaignant, le temps requis pour qu'on puisse déterminer les effets du traitement à l'AZT.

Après cette évaluation, les FAC auraient alors pu soit attribuer une cote supérieure au plaignant soit confirmer de façon permanente la cote inférieure.

Les FAC auraient pu aussi imposer certaines restrictions aux tâches que le plaignant devait accomplir comme OP DEM. Elles auraient pu, par exemple, l'exempter des missions de l'OTAN, qui exigent des participants qu'ils restent en mer trois ou quatre mois chaque fois, puisque le nombre de missions où ces opérateurs sont envoyés est peu élevé (une à tous les trois ans ou plus).

>

- 43 -

Les FAC ont soutenu que le principe de l'universalité du service s'opposait à ce qu'elles prennent des mesures d'accommodement pour l'exercice de ce métier en changeant la nature des tâches de façon à éviter complètement le service en mer ou à exempter le plaignant du service

prolongé en mer. Le maintien de M. Thwaites dans son poste entraînerait une disproportion inéquitable dans le pourcentage des affectations à des bases et à des positions fixes. Les autres OP DEM devraient servir en mer pendant de plus longues périodes afin de compenser pour les mesures d'accommodement prises à l'égard du plaignant. Les FAC prétendaient ne pas pouvoir non plus le garder dans leurs rangs en autorisant sa mutation dans un autre emploi. Il est difficile de croire, cependant, que le rapport service en mer/service à terre n'était pas assez souple pour permettre de composer avec les besoins de M. Thwaites. Les FAC ont traditionnellement accepté que l'application de la politique de roulement relative au service en mer et au service à terre souffre des exceptions et rien ne prouve, en l'espèce, que ces mesures d'accommodement auraient imposé des contraintes excessives aux intimées. En prenant de telles mesures, les FAC auraient de plus observé les termes de leur propre politique énoncée dans les Normes médicales applicables aux FAC (à la p. 3-2) :

Lorsque la cote est réduite à un niveau inférieur à G2O2, il faut décrire brièvement l'incapacité, afin de permettre aux officiers d'administration du personnel de statuer sur l'emploi de l'intéressé. Il conviendrait que les officiers du service de santé demeurent en liaison étroite avec le service d'administration du personnel, afin de s'assurer que le militaire assujéti à certaines restrictions médicales est affecté au meilleur emploi possible, tant pour son bien personnel que pour les intérêts des Forces. La libération constituait donc une mesure trop radicale. La politique des FAC en matière de restrictions médicales permet l'application

de mesures d'accommodement, pourtant les intimées n'ont jamais fait d'effort en ce sens pour M. Thwaites.

VII CONCLUSION

En conclusion, la véritable question que le tribunal doit trancher est celle de savoir si les FAC, intimées, pouvaient (et si elles auraient dû) s'informer davantage auprès du docteur Schlech, de la docteure Johnston et de M. Thwaites lui-même après que leur personnel médical non spécialisé eut pris connaissance de la lettre du docteur Schlech datée du 12 novembre 1987. Le tribunal doit déterminer, subsidiairement, si les FAC pouvaient (et si elles auraient dû) inviter le docteur Schlech, la docteure Johnston ou M. Thwaites lui-mêmes à comparaître devant le CRMC afin d'assurer une possibilité convenable d'examen individualisé.

Le tribunal doit donc déterminer si ces mesures auraient établi, en matière d'examen individualisé, une norme supérieure aux exigences de la Loi et, par conséquent, trop rigoureuse.

>

- 44 -

Pour se prononcer, le tribunal a examiné les faits suivants qui, à première vue, expliquent que les FAC se soient reposées sur la lettre écrite par le docteur Schlech le 12 novembre 1987 :

1. L'armée est une vaste organisation, mais elle ne comptait pas d'infectiologue en poste à la base de Halifax. Il était donc raisonnable que, pour l'évaluation de l'état de santé de M. Thwaites, elle s'appuie sur les rapports émanant d'experts civils.

2. Les FAC ont dirigé M. Thwaites vers le principal spécialiste de la Nouvelle-Écosse dès qu'elles ont été mises au courant de l'état de séropositivité de M. Thwaites.

3. Avant de recevoir la lettre du docteur Schlech plaçant M. Thwaites dans une catégorie où il était nécessaire (ou souhaitable) qu'il prenne un médicament expérimental, les FAC n'ont pris aucune mesure de destitution à l'égard du plaignant en raison de son état de séropositivité.

4. Les docteurs Schlech et Johnston de même que le professeur Wainberg ont tous reconnu, dans leur témoignage, qu'il était indiqué (et, en fait, dans l'intérêt de M. Thwaites) de privilégier, en cas de doute, un diagnostic qui permettrait au patient d'avoir accès au seul médicament connu, savoir l'AZT. C'est pourquoi la lettre du 12 novembre 1987 le décrivait comme symptomatique; elle n'abordait pas, toutefois, la question du doute qui, de l'avis du tribunal, subsistait à ce moment-là dans l'esprit du docteur Schlech (et peut-être dans celui de la docteur Johnston).

5. Bien que le docteur Schlech ait déclaré, dans son témoignage, qu'il ne voyait aucun problème à ce qu'un patient prenant de

l'AZT serve en mer (à la condition que certaines exigences soient remplies), il n'a jamais fait part de cette opinion aux FAC.

6. Il n'y a pas de preuve directe indiquant que M. Thwaites lui-même se demandait si le fait qu'il était traité à l'AZT entraînerait inéluctablement son licenciement; la seule preuve soumise au tribunal établit qu'il se demandait si le régime d'avantages

sociaux des FAC couvrirait le coût de l'AZT, car ce traitement était alors expérimental.

7. Les médecins des FAC, à qui le docteur Schlech faisait rapport, n'étaient pas autant en mesure que ce dernier de comprendre la signification des renseignements qui leur étaient transmis concernant l'état de M. Thwaites, c'est-à-dire s'il était symptomatique ou asymptomatique.

8. Il n'est pas facile pour les médecins-experts de se reporter, en 1992, au niveau de connaissance médicale qui existait concernant le VIH et l'AZT au moment où les lettres ont été écrites et où

>

- 45 -

les décisions ont été prises au sujet de la santé et de l'emploi du plaignant.

Relativement aux faits, le tribunal, gardant à l'esprit l'objectif visé par la loi applicable, conclut toutefois que les FAC n'ont pas poussé assez loin leurs efforts et n'ont pas fait tout ce qu'elles ont pu pour arriver à une évaluation correcte et raisonnable de la situation. Leur évaluation de l'état de santé du plaignant a été tronquée et elles n'ont pas établi si, en cas d'urgence médicale imprévue, celui-ci courait, du fait de sa maladie, des risques substantiellement supérieurs aux dangers auxquels les marins n'ayant pas de déficience s'exposaient habituellement en allant en mer, loin de toute installation hospitalière ou de soins spécialisés. Essentiellement, la décision du CRMC de l'exclure des Forces ne reposait pas sur les renseignements médicaux, scientifiques et

statistiques les plus documentés et les plus à jour. Aucune évaluation individualisée n'a été faite afin de déterminer comment il fonctionnait aux divers stades de la maladie. Qui plus est, les FAC n'ont pas démontré qu'il ne leur était pas raisonnablement et pratiquement possible de tenir compte des besoins de M. Thwaites sans faire courir de risques inacceptables à ce dernier ou à d'autres personnes. Elles n'ont pas établi non plus qu'elles n'ont pu trouver une solution raisonnable et pratique autre que la destitution. En conséquence, M. Thwaites a établi le bien-fondé de sa plainte.

VIII RÉPARATION

Le tribunal doit, en dernier lieu, trancher la question de la réparation et, en particulier, celle de l'indemnisation relative à la perte de salaire et aux dépenses et de l'indemnité spéciale exigible par suite de la violation de la Loi par les FAC.

a) La perte de salaire

L'avocate du plaignant a indiqué, au début de l'instruction, qu'elle réclamerait des dommages-intérêts pour les pertes financières et les souffrances morales subies par son client par suite de son

licenciement. L'essentiel de la preuve soumise au tribunal relativement à la question de la perte de salaire provient du témoignage de deux actuaires

chevronnés jouissant d'une excellente réputation.

L'avocate de M. Thwaites a cité M. Brian Burnell en qualité de témoin expert en matière actuarielle pour qu'il dépose sur la perte de revenus passée et future subie par le plaignant. En contre-preuve, l'avocat des FAC a fait témoigner M. Michael Cohen. Les experts avaient tous deux préparé des rapports très détaillés et ils ont expliqué leurs

hypothèses et leurs calculs au tribunal en témoignant de vive voix. Le témoignage de M. Burnell repose sur trois documents soumis comme pièces C1, C3 et C7, celui de M. Cohen est résumé dans les pièces R32, R33 et R34.

Les deux experts s'entendent sur l'interprétation des données statistiques et ils sont également d'accord sur l'utilisation du «scénario intermédiaire» de transition entre la séropositivité et le sida comme hypothèse raisonnable de travail pour leurs calculs respectifs (voir la

>

- 46 -transcription,

à la p. 3103). Tous deux ont également indiqué au tribunal qu'ils n'avaient pas tenu compte des renseignements médicaux subjectifs ayant trait à la maladie du plaignant (voir la transcription, aux p. 3091 à 3095 et 3106).

b) La perte de revenus passée

L'opinion des actuaires diffère quelque peu au sujet de la perte de revenus passée (soit jusqu'au mois de juin 1992). D'après les calculs de M. Burnell, celle-ci s'élevait à 112 734 \$, alors que M. Cohen l'établissait à 97 132,99 \$. D'après le tribunal, trois facteurs expliquent cet écart. Premièrement, M. Burnell a présumé que M. Thwaites touchait une paye de service en mer 100 % du temps. Deuxièmement, les chiffres utilisés pour les revenus des années 1989 à 1992 varient légèrement (voir la transcription, aux p. 3116 à 3119). Finalement, le rapport de M. Burnell (pièce B, cote C7) comportait une légère erreur de calcul.

Le tribunal est convaincu que, relativement à cette fraction de

la perte de revenus subie par M. Thwaites, il convient de retenir les hypothèses et les calculs de M. Cowen plutôt que ceux de M. Burnell. Le tribunal conclut donc, sous réserve de la suite de son adjudication, que la somme de 97 132 \$ constitue la meilleure preuve actuarielle de la perte de revenus subie par M. Thwaites au mois de juin 1992.

c) La perte de revenus future

Les calculs des experts diffèrent de façon substantielle quant à la perte de revenus future. Monsieur Burnell l'estime aux alentours de 150 000 \$ (après quelques rectifications apportées à la suite du témoignage de M. Cohen) et M. Cohen l'établit à 66 218 \$. Encore une fois, l'écart est attribuable aux différentes hypothèses retenues par chaque actuaire (quelquefois, sur les instructions de l'avocat). Voici, en résumé, ces différences :

1. Monsieur Burnell a présumé que M. Thwaites recevait une rémunération de service en mer 100 % du temps; pour M. Cohen, le pourcentage était de 75 % (voir la transcription, à la p. 3108);
2. Monsieur Burnell a supposé que M. Thwaites monterait en grade par voie de promotion automatique, alors que M. Cohen n'a pas fait cette hypothèse, estimant que l'avancement de M. Thwaites dépendrait également d'autres facteurs comme l'existence d'un poste correspondant au grade (voir la transcription, à la p. 3107);
3. Le montant du revenu tiré d'un autre emploi, au magasin vidéo ou ailleurs, était plus élevé dans l'hypothèse de M. Cohen (voir la transcription, à la p. 3128);
4. Les témoins experts n'ont pas utilisé le même facteur

d'actualisation des intérêts. M. Cohen a fait l'hypothèse d'un

>

- 47 -

taux de rendement réel de 6 % diminuant graduellement jusqu'à 3,5 % sur cinq ans et d'un taux d'inflation de 4,5 % (voir la transcription, aux p. 3139 à 3141);

5. Monsieur Cohen a présumé que c'est en 1983 que M. Thwaites a été infecté par le VIH, alors que M. Burnell a fait la supposition que c'était en 1984 (voir la transcription, à la p. 3178);

6. Dans son rapport, M. Cohen n'a pas tenu compte du fait que les dépenses médicales excédant 3 % du revenu étaient déductibles d'impôt (voir la transcription, à la p. 3153).

A cause de ces différences dans leurs prémisses, les experts ont formulé des conclusions dont l'écart est d'environ 100 000 \$. Encore une fois, le tribunal estime que les hypothèses et les calculs de M. Cohen cadrent mieux avec les faits que ceux de M. Burnell. Par conséquent, il détermine (sous réserve des conclusions qui suivront) que la meilleure preuve actuarielle de la perte de revenus future de M. Thwaites (les pertes subies à compter du mois de juin 1992) établit celle-ci à 66 218 \$.

d) Les facteurs non considérés par les actuaires

Certains facteurs, que le tribunal estime pertinents, n'ont pas été pris en considération par les actuaires. Ni M. Cohen ni M. Burnell n'ont traité comme un facteur de réduction la possibilité que M. Thwaites quitte son emploi dans les FAC pour une raison autre que la séropositivité (voir la transcription, à la p. 3181). Cependant, les nombreux témoins des

FAC qui ont déposé devant le tribunal, et M. Thwaites lui-même, ont indiqué clairement que le plaignant était déçu de la vie militaire en 1985 et avait demandé sa libération (voir la pièce R1, onglet 11).

Pour le tribunal, la preuve relative à l'espérance de vie de

M. Thwaites constitue peut-être un élément encore plus important, et il souhaitait disposer, à cet égard, de la preuve la plus à jour et la plus documentée possible afin de se prononcer sur le préjudice potentiel risquant de toucher sa vie professionnelle future. Sur cette question, les deux actuaires ont déclaré avoir utilisé des données scientifiques plus objectives que subjectives et ne pas avoir tenu compte des opinions médicales exprimées au sujet du patient. (Le tribunal constate toutefois

que M. Cohen a signalé, à la p. 2 de son rapport, que l'état actuel de

M. Thwaites pouvait indiquer que le «scénario intermédiaire» était trop

optimiste. Il se peut que des données scientifiques puissent constituer le fondement approprié d'un rapport actuariel. Le tribunal, toutefois, doit

limiter l'indemnisation au seul préjudice causé par l'acte discriminatoire

et les témoignages reçus des docteurs Schlech et Johnston et du professeur

Wainberg lui paraissent d'une grande utilité pour évaluer si le montant des

dommages-intérêts proposé par les actuaires relativement à la perte de

revenus future est raisonnable.

A cet égard, M. Cohen a, tout en reconnaissant qu'il n'en avait

pas tenu compte dans son rapport, affirmé, dans son témoignage, qu'au vu de

ses calculs, l'octroi de 66 218 \$ en dommages-intérêts au titre de la perte

de revenus future constituerait en fait une indemnisation couvrant cinq ans

>

et visant donc une espérance de vie correspondante) à compter du mois de juin 1992 (voir la transcription, à la p. 3187). D'après les chiffres utilisés par M. Burnell, celui-ci a pris comme hypothèse une espérance de vie beaucoup plus longue que celle qui a servi à l'élaboration de l'opinion de M. Cohen. Le docteur Schlech a exprimé l'opinion que l'espérance de vie d'une personne ayant le sida (suivant la définition actuellement proposée) et présentant les mêmes caractéristiques que M. Thwaites serait de 2,5 à 3 ans (voir la transcription, à la p. 1930). Si on applique cette définition aux faits de l'espèce, on peut dire que M. Thwaites a le sida depuis le mois de février 1991, car il n'a pas été prouvé que le nombre de ses cellules T ait dépassé 200 à compter de cette date. Suivant les données médicales les plus à jour, une espérance de vie de 2,5 à 3 ans à partir de février 1991, donnerait donc (subjectivement parlant) une espérance de vie de seulement 14 mois à partir de juin 1992. En conséquence, le tribunal conclut qu'en matière de perte de revenus future, l'opinion de M. Cohen est la plus raisonnable des deux.

Le tribunal est d'opinion qu'il convient d'appliquer une déduction pour événements imprévus au montant établi pour la perte de revenus passée (97 132 \$) et future (66 218 \$). Deux raisons militent en faveur d'une telle déduction. D'abord, il faut tenir compte du fait que M. Thwaites aurait pu abandonner sa carrière au sein des FAC pour d'autres motifs, avant ou après le mois de juin 1992. Ensuite, l'état de santé actuel du plaignant indique qu'une espérance de vie de cinq ans à partir de juin 1992 peut, effectivement, sembler exagérément optimiste. Le tribunal réduit donc de 10 % les montants établis par calcul actuariel pour la perte

de revenus passée et future. En conclusion, le tribunal estime raisonnable d'accorder la somme de 147 015 \$.

L'avocate de M. Thwaites a aussi demandé, dans son argumentation écrite, que son client soit indemnisé des dépenses qu'il a assumées. Le tribunal pense qu'exception faite des honoraires des actuaire, indemniser le plaignant pour les dépenses liées à sa faillite, à son automobile, au prêt consenti par ses parents ainsi que pour ses dépenses d'épicerie et autres équivaldrait à une double indemnisation, sans compter qu'il s'agit de dépenses très indirectes. Cet élément de sa demande de réparation est, par conséquent, rejeté.

e) L'indemnité spéciale

La question qu'il reste maintenant à trancher est celle de l'indemnité spéciale prévue au paragraphe 53(3) de la Loi. Le tribunal reconnaît que le montant maximal payable est 5 000 \$, mais vu l'épreuve que

la tenue d'une audience de plus de vingt jours sur une période de sept mois a fait traverser à M. Thwaites et à sa famille et vu la façon arbitraire

dont les FAC ont traité le plaignant, le tribunal juge que l'octroi du montant maximal prévu pour cette indemnité est indiqué pour réparer le préjudice moral subi par M. Thwaites.

f) Les intérêts

Monsieur Thwaites a droit à des intérêts sur l'indemnité spéciale (5 000 \$) à compter de la date du dépôt de la plainte. A l'égard du

>

- 49 -montant

adjudgé pour la perte de revenus passée et future (147 015 \$), le plaignant a droit à des intérêts à compter du mois de juin 1992, étant

donné que les intérêts courus avant cette date ont été inclus dans ce montant. Il s'agit d'intérêts simples calculés au taux préférentiel de la Banque du Canada.

g) Les dépens

Étant donné la complexité de la présente espèce, le tribunal estime que Me Reiersen a joué un rôle très important et très utile en représentant M. Thwaites. Nous souscrivons à l'opinion du tribunal ayant rendu jugement dans l'affaire *Grover c. Conseil national de recherches* (T.D. 12/92) que le libellé de l'alinéa 53(2)c) de la Loi, qui confère au tribunal le pouvoir d'indemniser la victime «des dépenses entraînées par l'acte», est assez large pour englober le pouvoir d'adjudger les dépens.

Dans l'affaire précitée, le tribunal a statué, à la p. 91 :

Si les réparations ont pour but d'indemniser intégralement et suffisamment le plaignant qui a été victime d'actes discriminatoires, alors à coup sûr la conséquence que constituent les dépens fait partie intégrante d'une réparation adéquate pour le plaignant qui a gain de cause.

Compte tenu des circonstances de l'espèce, le tribunal ordonne donc aux FAC de défrayer le plaignant des dépens raisonnables qu'il a assumés, y compris des honoraires payés aux actuaire aux fins de la présente affaire. Si les parties ne peuvent s'entendre au sujet de ce montant, les dépens seront évalués suivant le barème de la Cour fédérale.

h) La nature de l'ordonnance

Le tribunal ordonne aux FAC :

(i) de verser à M. Thwaites, en vertu du paragraphe 53(2) de la

Loi, la somme de 147 015 \$ pour perte de revenus passée et future, avec intérêts à compter du mois de juin 1992;

(ii) de verser à M. Thwaites la somme de 5 000 \$ au titre de l'indemnité spéciale prévue au paragraphe 53(3) de la Loi, avec intérêts à compter de la date de la plainte;

>

- 50 -

(iii) de défrayer M. Thwaites du montant des dépens raisonnables qu'il a assumés, y compris des honoraires d'actuaire.

FAIT le de mai 1993.

SIDNEY N. LEDERMAN (président)

GILLIAN D. BUTLER

ROGER BILODEAU