

A-760-86

A-760-86

**Marcelle Tétreault-Gadoury (Applicant)**

v.

**Canada Employment and Immigration Commission (Respondent)**

and

**Leon Vellone, Rodrigue Deraiche and Andre Manocchio (Mis-en-cause in their capacity as members of the board of referees under the Unemployment Insurance Act)**

and

**Deputy Attorney General of Canada and Attorney General of Canada (Mis-en-cause)***INDEXED AS: TÉTREAULT-GADOURY v. CANADA (CANADA EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION)*

Court of Appeal, Hugessen, Lacombe and Desjardins J.J.—Montréal April 25; Ottawa, June 14, 15 and September 23, 1988.

*Unemployment insurance — Application to review and set aside board of referees decision confirming Commission's exclusion of applicant from receiving ordinary unemployment insurance benefits because of old age — Except for age, applicant met all statutory conditions — Under s. 31, entitled to special retirement benefit amounting to three weeks' benefits — Applicant appealed on ground s. 31 contrary to s. 15 of Charter — Legislative intent in adopting s. 31 was to avoid overlapping with other social programs such as old age pensions — Age exclusion unreasonable and no longer justifiable in view of changes to Act and Regulations since its introduction in 1971 — Not shown legislator cannot achieve objectives by applying other provisions of Act or Regulations — Board erred in giving effect to provision inconsistent with Charter.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination by reason of age — Applicant, 65 years old, lost employment — Employment and Immigration Commission informed applicant not entitled to ordinary unemployment insurance benefits due to age — Under s. 31 of Unemployment Insurance Act entitled to special retirement benefit amounting to three weeks' benefits — On appeal to board of referees on ground s. 31 contrary to s. 15 of Charter, board upheld Commission's decision without rendering opinion on constitutional point — Board of referees or umpire have power to find legislative or regulatory provision of no force or effect as inconsistent with Charter — Board erred in refusing to consider constitutional arguments — Age exclusion unreasonable*

**Marcelle Tétreault-Gadoury (requérante)**

c.

**Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada (intimée)**

et

**Leon Vellone, Rodrigue Deraiche et Andre Manocchio (mis-en-cause es-qualité de membres du conseil arbitral en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage)**

c et

**Sous-procureur général du Canada et procureur général du Canada (mis-en-cause)***RÉPERTORIÉ: TÉTREAULT-GADOURY c. CANADA (COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA)*

Cour d'appel, juges Hugessen, Lacombe et Desjardins—Montréal, 25 avril; Ottawa, 14, 15 juin et 23 septembre 1988.

*Assurance-chômage — Demande de révision et d'annulation de la décision par laquelle le conseil arbitral confirmait la décision de la Commission qui déclarait la requérante inadmissible aux prestations d'assurance-chômage ordinaires en raison de son âge — Sauf l'exclusion en raison de son âge, la requérante remplissait toutes les autres conditions de la Loi — Aux termes de l'art. 31, elle avait droit à la prestation spéciale de retraite équivalant à trois semaines de prestations — La requérante a interjeté appel au motif que l'art. 31 était contraire à l'art. 15 de la Charte — En rédigeant l'art. 31, le législateur entendait éviter le chevauchement de l'assurance-chômage avec les autres programmes sociaux comme la pension de vieillesse — L'exclusion en raison de l'âge est abusive et n'est plus justifiable compte tenu des modifications apportées à la Loi et ses règlements depuis son instauration en 1971 — Il n'a pas été démontré que le législateur ne peut atteindre son objectif en appliquant d'autres dispositions de la Loi et de son règlement d'application — Le Conseil a commis une erreur en donnant effet à une disposition incompatible avec la Charte.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination en raison de l'âge — La requérante, âgée de 65 ans, a perdu son emploi — La Commission de l'emploi et de l'immigration a avisé la requérante qu'en raison de son âge, elle n'était plus admissible aux prestations d'assurance-chômage ordinaires — Aux termes de l'art. 31 de la Loi sur l'assurance-chômage, elle avait droit à la prestation spéciale de retraite équivalant à trois semaines de prestations — La requérante a interjeté appel auprès du conseil arbitral au motif que l'art. 31 était contraire à l'art. 15 de la Charte, et celui-ci a confirmé la décision de la Commission sans se prononcer sur la question constitutionnelle — Le conseil arbitral ou le juge-arbitre a le pouvoir de déclarer inopérantes des*

and irreconcilable with Charter s. 15 — S. 31 of Act declared inoperative.

*Federal Court jurisdiction — Appeal Division — Application to review and set aside decision of board of referees — Whether applicant could submit question of constitutionality of Unemployment Insurance Act, s. 31 by application to Court under s. 28 — Applicant challenging board's decision without appealing to umpire — In determining jurisdiction, irrelevant whether application to review from board or umpire — Board having erred in refusing to consider constitutional arguments Appeal Court having jurisdiction.*

In September of 1986, the applicant, then 65 years old, lost her employment. The Employment and Immigration Commission informed her that because of her age she was not entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits, but that under section 31 of the Act, she was entitled to the special retirement benefit amounting to three weeks of benefits. This decision was appealed on the ground that section 31 was contrary to section 15 of the Charter. The board of referees upheld the Commission's decision without considering the constitutional arguments presented. The applicant challenged the board's decision by this application for judicial review rather than by appealing to an umpire.

*Held*, the application should be allowed.

*Per Lacombe J.*: Administrative tribunals, whether functioning as a board of referees or as an umpire, have the power to find that a legislative or regulatory provision is of no force or effect because it is inconsistent with the Charter. The power to find legislative or regulatory provisions unconstitutional is inherent to any body exercising the power of adjudication between the rights of parties in a particular instance. Accordingly, the board having erred in refusing to consider the constitutional arguments submitted to it, the Court acquires jurisdiction over the matter and must dispose of it.

Section 31 of the Act is declared inoperative as inconsistent with the Charter. The complete denial of entitlement to unemployment insurance benefits to persons 65 years of age or older could no longer be justified in light of recent changes made to the Act and Regulations. The legislator could achieve his objective of avoiding overlapping with other social programs such as old age assistance by applying other relevant provisions of the Act or Regulations.

*Per Desjardins J.* (concurring in the result): An agency responsible for interpreting the law must deal with the issue before it in its entirety. The determination of whether legislation is of no force or effect as contrary to the Charter is a responsibility of the agency, subject to judicial review.

*dispositions d'une loi ou d'un règlement parce que contraires à la Charte — Le conseil a commis une erreur en refusant de considérer les arguments relatifs à la question constitutionnelle — L'exclusion en raison de l'âge est abusive et incompatible avec l'art. 15 de la Charte — L'art. 31 de la Loi est déclaré inopérant.*

*Compétence de la Cour fédérale — Division d'appel — Demande de révision et d'annulation de la décision du conseil arbitral — La requérante pouvait-elle soumettre la question de la validité constitutionnelle de l'art. 31 de la Loi sur l'assurance-chômage à la Cour par le truchement de la demande fondée sur l'art. 28? — La requérante a contesté la décision du conseil sans faire appel à un juge-arbitre — En matière de détermination de la compétence, il importe peu que la demande de révision concerne la décision d'un conseil arbitral ou d'un juge-arbitre — Le conseil arbitral ayant commis une erreur en refusant de considérer les arguments d'ordre constitutionnel, la Cour d'appel a compétence pour le faire.*

En septembre 1986, la requérante, qui avait alors 65 ans, a perdu son emploi. La Commission de l'emploi et de l'immigration l'a avisée qu'en raison de son âge, elle n'était plus admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires, mais qu'aux termes de l'article 31 de la Loi, elle avait droit à la prestation spéciale de retraite, équivalant à trois semaines de prestations. La requérante a interjeté appel au motif que l'article 31 était contraire à l'article 15 de la Charte. Le conseil arbitral a confirmé la décision de la Commission sans se prononcer sur la question constitutionnelle. La requérante a contesté la décision du conseil par le truchement de cette demande de révision judiciaire plutôt que de s'en remettre à un juge-arbitre.

*Arrêt*: la demande devrait être accueillie.

Le juge Lacombe: Les tribunaux administratifs, qu'il s'agisse d'un conseil arbitral ou d'un juge-arbitre, ont le pouvoir de constater qu'un texte législatif ou réglementaire est inopérant parce qu'il est incompatible avec la Charte. Le pouvoir de refuser de donner effet à un texte législatif ou réglementaire, jugé inconstitutionnel, est inhérent à tout organisme doté du pouvoir d'adjudication entre les droits des parties dans une instance particulière. Conséquemment, le conseil ayant commis une erreur en refusant de considérer les arguments d'ordre constitutionnel que la requérante lui avait soumis, il y a lieu pour la Cour de s'en saisir et de se prononcer à cet égard.

L'article 31 de la Loi est déclaré inopérant parce que contraire à la Charte. La négation totale du droit aux prestations d'assurance-chômage aux chômeurs âgés de 65 ans ne peut plus se justifier compte tenu des récentes modifications apportées à la Loi et aux règlements. Le législateur pourrait parvenir à éviter le chevauchement de l'assurance-chômage avec les autres programmes sociaux en appliquant d'autres dispositions pertinentes de la Loi ou des règlements.

Le juge Desjardins (motifs concordants quant au résultat): Les organismes chargés d'interpréter la loi doivent le faire intégralement. Il appartient à l'organisme en cause de décider du caractère inopérant d'une disposition législative eu égard à la Charte, sous réserve de la révision judiciaire.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY  
CONSIDERED

- Alcoholic Liquor Act*, R.S.Q. 1941, c. 255.  
*An Act to amend the Quebec Pension Plan*, S.Q. 1977, c. 24.  
*An Act to favour early retirement and improve the surviving spouse's pension*, S.Q. 1983, c. 12.  
*Canada Pension Plan*, R.S.C. 1970, c. C-5 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 4; 1986, c. 38).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 15(1), 24(1).  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendice II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), ss. 91, 96.  
*Constitution Act, 1940*, 3 & 4 Geo. VI, c. 36 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendice II, No. 27] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 18), s. 91.2A.  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), s. 52(1).  
*Family Allowances Act, 1973*, S.C. 1973-74, c. 44.  
*Family Allowances Regulations*, C.R.C., c. 642.  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1),(4).  
*Health Insurance Act*, R.S.Q. 1977, c. A-29.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 109(1)(b), 117(1)(c).  
*Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13.  
*Old Age Security Act*, R.S.C. 1970, c. O-6.  
*Quebec Pension Plan*, S.Q. 1965, c. 24, s. 119(a).  
*The Old Age Security Act*, S.C. 1951, c. 18 (as am. by S.C. 1957-58, c. 3; 1966-67, c. 65).  
*The Unemployment Insurance Act, 1940*, S.C. 1940, c. 44 (as am. by S.C. 1955, c. 50).  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 19 (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 32), 22(2) (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 34), 24(1), 25, 31 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 80, s. 10), (1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 39), (2),(4), 34 (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 41), 35(1) (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 41), 91, 92(1) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 158, s. 55), 94, 95(b) (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 56), 96 (as am. by S.C. 1976-77, c. 54, s. 56).  
*Unemployment Insurance Benefit Entitlement Adjustments (Pension Payments) Act*, S.C. 1987, c. 17.  
*Unemployment Insurance Regulations*, C.R.C., c. 1576, ss. 57(1),(2)(e),(3)(j) (as am. by SOR/87-188), 66(1), 70(4) (as am. by SOR/82-1046, s. 1).

## LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 15(1), 24(1).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap. C-12.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 91, 96.  
*Loi constitutionnelle de 1940*, 3 & 4 Geo. VI, chap. 36 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 27] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 18), art. 91.2A.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 52(1).  
*Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74, chap. 44.  
*Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1940, chap. 44 (mod. par S.C. 1955, chap. 50).  
*Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 19 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 32), 22(2) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 34), 24(1), 25, 31 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 80, art. 10), (1) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 39), (2),(4), 34 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 41), 35(1) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 41), 91, 92(1) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 158, art. 55), 94, 95(b) (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 56), 96 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 54, art. 56).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 109(1)(b), 117(1)(c).  
*Loi des liqueurs alcooliques*, S.R.Q. 1941, chap. 255.  
*Loi favorisant la retraite anticipée et améliorant la rente des conjoints survivants*, L.Q. 1983, chap. 12.  
*Loi modifiant le Régime de rentes du Québec*, L.Q. 1977, chap. 24.  
*Loi sur l'assurance-maladie du Québec*, L.R.Q. 1977, chap. A-29.  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28(1),(4).  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1951, chap. 18 (mod. par S.C. 1957-58, chap. 3; 1966-67, chap. 65).  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. 1970, chap. O-6.  
*Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13.  
*Loi sur le réexamen de l'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage (pension)*, S.C. 1987, chap. 17.  
*Régime de pensions du Canada*, S.R.C. 1970, chap. C-5 (mod. par S.C. 1974-75-76, chap. 4; 1986, chap. 38).  
*Régime de rentes du Québec*, L.Q. 1965, chap. 24, art. 119a).  
*Règlement sur l'assurance-chômage*, C.R.C., chap. 1576, art. 57(1),(2)(e),(3)(j) (mod. par DORS/87-188), 66(1), 70(4) (mod. par DORS/82-1046, art. 1).  
*Règlement sur les allocations familiales*, C.R.C., chap. 642.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*R. v. Big M. Drug Mart Ltd., et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253 (C.A.); *Nixon v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)* (A-649-86 and A-728-86, Urie, Mahoney and Hugessen JJ., judgment dated 14/12/87, (C.A.), not yet reported); *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175 (C.A.); *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.*, (December 19, 1983, Québec, 200-09-000-709-821, J.E. 84-65 (C.A.) not reported); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Théberge (J.R.) Ltée v. Syndicat National des Employés de l'Aluminium d'Arvida Inc. et al.*, [1966] S.C.R. 378; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. The Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra et al.*, [1981] 2 S.C.R. 145; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Côté v. Canada Employment and Immigration Commission* (1986), 69 N.R. 126 (F.C.A.); *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Attorney General of Canada v. Walford*, [1979] 1 F.C. 768 (C.A.); *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Alli*, [1988] 3 F.C. 444 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Sirois* (A-559-86, Pratte J., judgment dated 24/6/88, not yet reported); *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.); *Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681.

## REFERRED TO:

*Ontario Public Service Employees' Union v. Algonquin College of Applied Arts and Technology*, Divisional Court (Steele, Holland and White JJ., April 16, 1987, not yet reported); *Moore v. B.C. (Govt.)* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Terminaux portuaires du Québec v. Association des employeurs maritimes* (A-1080-87, Pratte, Marceau and Desjardins JJ., judgment dated 11/8/88 (C.A.), not yet reported).

## AUTHORS CITED

Ouellette, Yves "La Charte canadienne et les tribunaux administratifs" (1984), 18 *R.J.T.* 295.  
Duplessis, Yvon "Un tribunal inférieur peut-il se prononcer sur une disposition législative *ultra vires*" (1984), 15 *R.G.D.* 127.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Big M Drug Mart Ltd., et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253 (C.A.); *Nixon c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)* (A-649-86 et A-728-86, juges Urie, Mahoney et Hugessen, jugement en date du 14-12-87 (C.A.), encore inédit); *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175 (C.A.); *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.*, (19 décembre 1983, Québec, 200-09-000-709-821, J.E. 84-65 (C.A.) non publié); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Northern Telecom Canada Ltée. c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Théberge (J.R.) Ltée v. Syndicat National des Employés de l'Aluminium d'Arvida Inc. et autres*, [1966] R.C.S. 378; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur-général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Innisfil (municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et autres*, [1981] 2 R.C.S. 145; *Northern Telecom Canada Limitée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Côté v. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada* (1986), 69 N.R. 126 (C.A.F.); *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Le procureur général du Canada c. Walford*, [1979] 1 C.F. 768 (C.A.); *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Alli*, [1988] 3 C.F. 444 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Sirois* (A-559-86, juge Pratte, jugement en date du 24-6-88, encore inédit); *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1<sup>re</sup> inst.); *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ontario Public Service Employees' Union v. Algonquin College of Applied Arts and Technology*, Cour divisionnaire (juges Steele, Holland et White, 16 avril 1987, encore inédit); *Moore v. B.C. (Govt.)* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Terminaux portuaires du Québec c. Association des employeurs maritimes* (A-1080-87, juges Pratte, Marceau et Desjardins, jugement en date du 11-8-88 (C.A.), encore inédit).

## DOCTRINE

Ouellette, Yves «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295.  
Duplessis, Yvon «Un tribunal inférieur peut-il se prononcer sur une disposition législative *ultra vires*» (1984), 15 *R.G.D.* 127.

Pépin, Gilles «La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer» (1987), 47 *R. du B.* 509.

Pinard, Danielle «Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels» (1987), 33 *McGill L.J.* 170.

Garton, Graham R., *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto: Carswell, 1988.

Gibson, Dale, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell, 1985.

Sack, Jeffrey «Procedures in Charter Cases; Procedures and Remedies—Examination of Questions Pertaining to: WHICH» (1986), *Charter Cases, Causes invoquant la Charte; Cdn. Bar Assoc.* 11.

Canada. Law Reform Commission. Administrative Law Series, Study Paper: *Council on Administration*, Ottawa: Minister [sic] of Supply and Services Canada, 1980.

## COUNSEL:

*Jean-Guy Ouellet* and *Gilbert Nadon* for applicant. *a*

*Carole Bureau* and *Claude Joyal* for the respondent and the mis-en-cause, the Deputy Attorney General of Canada and the Attorney General of Canada. *e*

## SOLICITORS:

*Campeau, Cousineau & Ouellet*, Montréal, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent and the mis-en-cause, the Deputy Attorney General of Canada and the Attorney General of Canada. *f*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

LACOMBE J.: The applicant was born on September 8, 1921. On September 8, 1986, therefore, she was 65 years old. On September 19, 1986 she lost her employment as a co-ordinator with the *Association-locataires Villeray Inc.*, which she had held since March 24, 1986 at a weekly salary of \$301.60. On September 22, 1986 she filed an application for benefits pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]. She met all the other conditions set by the Act except for being excluded because of her age: under section 24, she would have been entitled to unemployment insurance benefits amounting to \$180 a week for a period of several weeks. *j*

Pépin, Gilles «La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer» (1987), 47 *R. du B.* 509.

Pinard, Danielle «Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels» (1987), 33 *McGill L.J.* 170.

Garton, Graham R., *Charter Issues in Civil Cases*, Toronto: Carswell, 1988.

Gibson, Dale, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell, 1986.

Sack, Jeffrey «Procedures in Charter Cases; Procedures and Remedies—Examination of Questions Pertaining to: WHICH» (1986), *Charter Cases, Causes invoquant la Charte; Cdn. Bar Assoc.* 11.

Canada. Commission de réforme du droit. *Conseil sur l'administration publique*, Série droit administratif, Document d'étude (Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1980).

## AVOCATS:

*Jean-Guy Ouellet* et *Gilbert Nadon* pour la requérante.

*Carole Bureau* et *Claude Joyal* pour l'intimée et les mis-en-cause, le sous-procureur général du Canada et le procureur général du Canada.

## PROCUREURS:

*Campeau, Cousineau & Ouellet*, Montréal, pour la requérante.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimée et les mis-en-cause, le sous-procureur général du Canada et le procureur général du Canada.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE LACOMBE: La requérante est née le 8 septembre 1921. Elle avait donc 65 ans le 8 septembre 1986. Le 19 septembre 1986, elle perdait son emploi d'animatrice à l'*Association-locataires Villeray Inc.*, qu'elle avait occupé depuis le 24 mars 1986 au salaire hebdomadaire de 301,60 \$. Le 22 septembre 1986, elle déposait une demande de prestations conformément à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, chap. 48]. Sauf l'exclusion en raison de son âge, elle remplissait toutes les autres conditions établies par la Loi; ce qui, selon l'article 24 lui aurait donné droit à des prestations d'assurance-chômage au montant de 180 \$ par semaine, sur une période couvrant plusieurs semaines.

Additionally, before obtaining employment with the *Association-locataires Villeray Inc.*, she had received unemployment insurance benefits of \$185 a week for 37 weeks, from June 16, 1985 to March 22, 1986.

On October 14, 1986 the Employment and Immigration Commission informed her that because of her age she was no longer entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits, but that under section 31 of the Act she was entitled to the special retirement benefit of \$540, amounting to three weeks of benefits.

The applicant appealed from this decision of the Commission to a board of referees, on the ground that section 31 of the Act was contrary to the *Canadian Charter of Rights and freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. At the hearing, the applicant stated that since her last birthday she had received \$481 a month in pension payments, but did not indicate the nature of these payments or give any details about them.<sup>1</sup> She also stated that she was actively looking for work. In support of her position relating to the Charter she entered certain documents in evidence, including extracts from the minutes of a subcommittee of the House of Commons dealing with mandatory retirement, extracts from the report of the Forget Commission, a working paper titled "Equality Issues in Federal Law" published by the Department of Justice of Canada, and so on. Without rendering any decision on the constitutional point, the board of referees on December 12, 1986 upheld the Commission's decision that because of her age the applicant was no longer entitled to receive ordinary unemployment insurance benefits.

Without bothering with a subsequent appeal to an umpire, the applicant by her application to review and set aside, under section 28 of the *Federal Court Act* [R.C.S. 1970 (2nd Supp.), c. 10], directly challenged the decision of the Board

<sup>1</sup> From the documentation in the record it can be extrapolated that she was receiving the base amount of the old age pension payable to her in December 1986 (\$294.43 a month), the balance of \$186.57 coming from a pension she received from the Quebec Pension Plan.

D'ailleurs, avant d'obtenir son emploi à l'Association-locataires Villeray Inc., elle avait reçu pendant 37 semaines, du 16 juin 1985 au 22 mars 1986, des prestations d'assurance-chômage au taux de 185 \$ par semaine.

Le 14 octobre 1986, la Commission de l'emploi et de l'immigration l'avisait qu'en raison de son âge, elle n'était plus admissible à recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires mais qu'aux termes de l'article 31 de la Loi, elle avait droit à la prestation spéciale de retraite au montant de 540 \$, équivalant à trois semaines de prestations.

La requérante en appela de cette décision de la Commission devant un conseil arbitral, au motif que l'article 31 de la Loi était contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. À l'audience, la requérante déclarait recevoir depuis son dernier anniversaire de naissance la somme de 481 \$ par mois à titre de pensions, sans toutefois en donner la nature ni en préciser les détails<sup>1</sup>. Elle déclara aussi qu'elle se cherchait activement du travail. Pour étayer sa position relativement à la Charte, elle mit en preuve certains documents dont, entre autres, des extraits des procès-verbaux d'un sous-comité de la Chambre des communes portant sur la retraite obligatoire, des extraits du rapport de la Commission Forget, un document de travail intitulé «Les droits à l'égalité et la législation fédérale» et publié par le ministère de la Justice du Canada, etc. Sans se prononcer sur la question constitutionnelle, le conseil arbitral confirmait, le 12 décembre 1986, la décision de la Commission à l'effet qu'à cause de son âge, la requérante n'avait plus droit de recevoir des prestations d'assurance-chômage ordinaires.

Sans passer par la voie de l'appel ultérieur à un juge-arbitre, la requérante attaquait directement en cette Cour la décision du conseil arbitral par sa demande d'annulation et d'examen selon l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup>

<sup>1</sup> À l'aide de la documentation mise en preuve, on peut extrapoler qu'elle recevait le montant de base de la pension de sécurité de la vieillesse qui lui était payable en décembre 1986 (294,43 \$ par mois); le solde de 186,57 \$ étant constitué d'une pension qu'elle devait toucher du Régime des rentes du Québec.

of Referees in this Court and again raised the inconsistency of section 31 of the Act with section 15 of the Charter. By an interlocutory decision rendered by a judge of this Court, the parties were authorized to submit whatever evidence they thought proper in connection with the constitutional question raised by the appeal. This evidence, by affidavit and by the filing of copious documentation, was entered in the record of the Court.

### Preliminary question

Before considering the basic issue there is the question of whether the substantive point raised can be decided using the remedy chosen by the applicant. In other words, could the applicant ask the Board of Referees to decide on the constitutional validity of section 31 of the Act, and could she submit the same question to the Court by an application to review and set aside pursuant to section 28 of the *Federal Court Act*? The jurisdiction of the lower courts, and in particular of administrative tribunals, to decide questions involving the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has been a matter of dispute both in case law and in legal literature.<sup>2</sup>

In its subsection 52(1), the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] provides:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

In *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dixon C.J. of the Supreme Court of Canada wrote at page 353:

If a court or tribunal finds any statute to be inconsistent with the Constitution, the overriding effect of the *Constitution Act*,

<sup>2</sup> See, for example, Yves Ouellette, "La Charte canadienne et les tribunaux administratifs" (1984), 18 *R.J.T.* 295, at pp. 321 et seq; Yvon Duplessis, "Un tribunal inférieur peut-il se prononcer sur une disposition législative *ultra vires*?" (1984), 15 *R.G.D.* 127; Gilles Pépin, "La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer" (1987), 47 *R. du B.* 509; Gilles Pépin, "La compétence du Tribunal du travail de juger une loi ineffective (inopérante)" (1988), 48 *R. du B.* 125; Danielle Pinard, "Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels" (1987), 33 *McGill L.J.* 170.

Supp.), chap. 10] pour y soulever de nouveau l'incompatibilité de l'article 31 de la Loi avec l'article 15 de la Charte. Par décision interlocutoire rendue par un juge de cette Cour, les parties étaient autorisées à faire la preuve qu'elles jugeraient opportun de faire en rapport avec la question constitutionnelle soulevée par le pourvoi. Cette preuve par affidavit et par le dépôt d'une documentation abondante a été déposée au dossier de la Cour.

### Question préliminaire

Avant d'aborder le vif du sujet, il importe de savoir si le recours choisi par la requérante permet de trancher la question de fond qu'il soulève. En d'autres mots, la requérante pouvait-elle demander au conseil arbitral de décider de la validité constitutionnelle de l'article 31 de la Loi et pouvait-elle soumettre la même question à la Cour par le truchement de la demande d'annulation et d'examen prévue à l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La compétence des tribunaux inférieurs, et surtout des tribunaux administratifs, de décider des questions impliquant la *Charte canadienne des droits et libertés* est controversée tant en jurisprudence que dans la littérature juridique<sup>2</sup>.

La *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] édicte en son paragraphe 52(1):

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dixon, juge en chef de la Cour suprême du Canada, écrivait à la page 353:

Si un tribunal judiciaire ou administratif juge une loi incompatible avec la Constitution, ce tribunal a, en vertu du caractère

<sup>2</sup> Voir par exemple: Yves Ouellette, «La Charte canadienne et les tribunaux administratifs» (1984), 18 *R.J.T.* 295, aux p. 321 et suivantes; Yvon Duplessis, «Un tribunal inférieur peut-il se prononcer sur une disposition législative *ultra vires*?» (1984), 15 *R.G.D.* 127; Gilles Pépin, «La compétence des cours inférieures et des tribunaux administratifs de stériliser, pour cause d'invalidité ou d'ineffectivité, les textes législatifs et réglementaires qu'ils ont mission d'appliquer» (1987), 47 *R. du B.* 509; Gilles Pépin, «La compétence du Tribunal du travail de juger une loi ineffective (inopérante)» (1988), 48 *R. du B.* 125; Danielle Pinard, «Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels» (1987), 33 *McGill L.J.* 170.

1982, s. 52(1), is to give the Court not only the power, but the duty, to regard the inconsistent statute, to the extent of the inconsistency, as being no longer "of force or effect".

This statement was certainly an *obiter dictum* as regards the reference to administrative tribunals, since the case concerned the power of a court of inferior criminal jurisdiction to rule on the validity of the *Lord's Day Act* [R.S.C. 1970, c. L-13], in light of the provisions of the Charter.

In reliance on this guideline given by the Supreme Court of Canada, this Court has twice held that under the *Unemployment Insurance Act, 1971* a board of referees and an umpire have the power to rule on application of the Charter. In *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253, Pratte J. wrote for the Court at page 255:

It is clear that neither a board of referees nor an umpire have the right to pronounce declarations as to the constitutional validity of statutes and regulations. That is a privilege reserved to the superior courts. However, like all tribunals, an umpire and a board of referees must apply the law. They must, therefore, determine what the law is. And this implies that they must not only construe the relevant statutes and regulations but also find whether they have been validly enacted. If they reach the conclusion that a relevant statutory provision violates the Charter, they must decide the case that is before them as if that provision had never been enacted. The law on this subject, as I understand it, was clearly and accurately stated by Macfarlane J. A. of the Court of Appeal of British Columbia in *Re Schewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al; Intervenors*:<sup>2</sup>

<sup>2</sup> (1986), 28 D.L.R. (4th), at pp. 439-440.

It is clear that power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge of complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declarations.

prédominant de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévu au par. 52(1), non seulement le pouvoir mais encore l'obligation de considérer comme «inopérantes» les dispositions incompatibles de cette loi.

a Certes, cet énoncé était *obiter dictum* quant à la référence aux tribunaux administratifs puisqu'il s'agissait dans cette affaire du pouvoir d'un tribunal inférieur de juridiction pénale de se prononcer sur la validité de la *Loi sur le dimanche* [S.R.C. 1970, chap. L-13] en regard des dispositions de la Charte.

b Forte de cette directive de la part de la Cour suprême du Canada, cette Cour a affirmé à deux reprises qu'en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, un conseil arbitral et un juge-arbitre avaient le pouvoir de se prononcer sur l'application de la Charte. Dans *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253, le juge Pratte, au nom de la Cour, écrivait à la page 255:

Il est évident qu'il n'appartient ni au conseil arbitral ni au juge-arbitre de statuer sur la validité constitutionnelle des lois et des règlements. Il s'agit d'un privilège réservé aux instances supérieures. Mais le juge-arbitre et le conseil arbitral doivent appliquer le droit, comme tous les tribunaux d'ailleurs. Ils doivent donc déterminer le droit applicable, et pour ce faire, ils doivent non seulement interpréter les lois et les règlements applicables mais également statuer sur la validité de leur adoption. S'ils concluent qu'une disposition légale applicable enfreint la Charte, ils doivent trancher la question comme si cette disposition n'avait jamais été adoptée. Le droit sur ce point, si j'ai bien compris, a été clairement formulé par le juge Macfarlane de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Re Schewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al; Intervenors*:<sup>2</sup>

<sup>2</sup> (1986), 28 D.L.R. (4th), aux p. 439 et 440.

g [TRADUCTION] Il est avéré que le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire sur la validité constitutionnelle des lois adoptées par le Parlement ou l'une des Législatures ressortit à la compétence exclusive des instances supérieures.

h Mais il est également avéré que si une personne comparaît devant un tribunal suite à une inculpation, à une plainte ou à un autre acte de procédure qui relève régulièrement de la compétence de ce dernier, il s'ensuit que le tribunal a compétence d'une part, pour juger que la loi sur laquelle repose l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure est inopérante du fait des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et d'autre part, pour rejeter l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure. Le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la loi contestée est inopérante n'est, dans ce contexte, rien de plus qu'une décision sur une question juridique dont le tribunal est régulièrement saisi. Cela n'empiète aucunement sur le droit exclusif des instances supérieures d'accorder un redressement par voie de bref de prérogative, y compris un jugement déclaratoire.



It should be noted that in that case it was argued before both the Board of Referees and the Umpire that a provision of the *Unemployment Insurance Act, 1971* was inconsistent with two sections of the Charter, and both these tribunals, maintaining that they lacked jurisdiction, declined to dispose of the point. A few months later, in *Nixon v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)* (A-649-86 and A-728-86, Urie, Mahoney and Hugessen JJ., judgment dated 14/12/87, not yet reported), this Court reiterated:

The learned Umpire declined to deal with that argument on the ground that he was not a tribunal of competent jurisdiction under section 24. In that, he was clearly wrong. This Court's unreported decision in *Zwarich v. A. G. of Canada*, file A-521-86, rendered June 17, 1987, after the Umpire's decision, is conclusive of that.

It should be recalled that this judgment was rendered after the majority decision of the Court in *Canada (Attorney General) v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714 (C.A.)<sup>3</sup> which held that a review committee created pursuant to the *Family Allowances Regulations* [C.R.C., c. 642] was not a competent court for the purposes of subsection 24(1) of the Charter.

*Vincer* does not apply to the case at bar. In that case, the review committee decided to award a father, who was separated from his wife, half the allowances payable to the children of whom he had joint custody with his wife, though the legislative and regulatory provisions (which the committee held were in breach of the Charter) did not authorize such a compromise solution but instead provided that the allowances should be paid to the mother, and in exceptional cases to the father, but under very specific circumstances. The committee had thus ordered the departmental officials to do something not authorized by the Act; in doing this, it ordered a remedy which it thought was fair and reasonable under subsection 24(1) of the Charter, although the committee only had jurisdiction to decide appeals brought to it consistent with the Act [*Family Allowances Act, 1973*, S.C. 1973-74, c. 44], and Regulations. In *Alli*, a similar commit-

<sup>3</sup> This decision was followed in *Canada (Attorney General) v. Alli*, [1988] 3 F.C. 444 (C.A.) and *Canada (Attorney General) v. Sirois* (A-559-86, Pratte J., judgment dated 24/6/88, not yet reported).

Il faut noter que, dans cette cause, on avait invoqué l'incompatibilité d'une disposition de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avec deux articles de la Charte et devant le conseil arbitral et devant le juge-arbitre qui, faute de juridiction prétendaient-ils, avaient tous deux refusé de disposer de la question. Quelques mois plus tard, dans *Nixon c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)* (A-649-86 et A-728-86, juges Urie, Mahoney et Hugessen, jugement en date du 14-12-87, encore inédit), cette Cour réitérait:

[TRADUCTION] Le juge-arbitre a refusé de se pencher sur cet argument au motif qu'il ne constituait pas le tribunal compétent visé à l'article 24. Ce en quoi il se trompait clairement. La décision non publiée que cette Cour a rendue le 17 juin 1987 dans l'affaire *Zwarich c. P. g. du Canada*, numéro du greffe A-521-86, postérieurement à la décision du juge-arbitre, est concluante à cet égard.

Il faut rappeler que cet arrêt a été rendu après la décision majoritaire de la Cour dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714 (C.A.)<sup>3</sup>, qui a jugé qu'un comité de révision institué en vertu du *Règlement sur les allocations familiales* [C.R.C., chap. 642] n'était pas un tribunal compétent aux désirs du paragraphe 24(1) de la Charte.

L'arrêt *Vincer* ne s'applique pas à l'espèce. Dans cette affaire, le comité de révision avait décidé d'accorder au père, séparé de son épouse, la moitié des allocations payables aux enfants dont il avait la garde conjointement avec elle alors que les dispositions législatives et réglementaires (que le comité jugea être en violation de la Charte) n'autorisaient pas une telle solution de compromis mais prévoiaient plutôt le versement des allocations à la mère et à titre exceptionnel au père, mais dans certaines circonstances très précises. Le comité avait ainsi ordonné aux autorités du ministère de faire une chose que la Loi n'autorisait pas; ce faisant, il avait ordonné une réparation qu'il estimait juste et convenable en application du paragraphe 24(1) de la Charte, alors que le comité avait seulement compétence pour juger des appels dont il était saisi conformément à la Loi [*Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74,

<sup>3</sup> Cette décision a été suivie dans *Canada (Procureur général) c. Alli*, [1988] 3 C.F. 444 (C.A.) et *Canada (Procureur général) c. Sirois*, (A-559-86, juge Pratte, jugement en date du 24-6-88, encore inédit).

tee held *inter alia* that a provision of the Act directing that family allowances should be paid to a parent with visitor status but not to a resident who was awaiting a determination of political refugee status was discriminatory under section 15 of the Charter. Here again the committee exceeded its jurisdiction, extending to residents benefits granted by the Act to visitors. It ordered redress within the meaning of subsection 24(1) of the Charter. The Court held that the review committee did not have jurisdiction to do this because it was not a tribunal competent to order a remedy within the meaning indicated in subsection 24(1) of the Charter. Pratte J., writing for himself and his brother judges Urie and Stone JJ., said at pages 450-451:

It is certainly difficult to reconcile what I said in *Zwarich* with what was said in *Vincer*. However, for the purposes of this case, it is not necessary to choose between those two apparently conflicting decisions since there is nothing in *Zwarich* that can help the respondent. Clearly, for the reasons given by Marceau J. and Stone J. in *Vincer*, an Appeal Committee established pursuant to section 15 of the *Family Allowances Act, 1973* is not a "tribunal of competent jurisdiction" within the meaning of section 24 of the Charter. Nothing was said on this subject in *Zwarich*. It was held in *Zwarich* that a tribunal, in making a decision that it is empowered to make, may ignore the statutory provisions which in its view, contravene the constitution and are, for that reason, "of no force or effect". That proposition has no application here. Counsel for the respondent agreed that paragraph 3(1)(a) and subparagraph 3(1)(b)(i) are not discriminatory. His only contention in this regard was that subparagraph 3(1)(b)(ii) was too narrowly drawn and should, in order not to discriminate, have included persons in the situation of the respondent. If that submission were well founded, subparagraph 3(1)(b)(ii) would contravene section 15 of the Charter and be, for that reason, of "no force or effect". This, of course, would not help the respondent who cannot succeed unless the Appeal Committee had the right, in deciding her appeal, to apply a new version of subparagraph 3(1)(b)(ii) incorporating the changes necessary to make it constitutional. Obviously, the Committee had no such right.

In the case at bar it is subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that is relied on, not subsection 24(1) of the Charter. The applicant has not asked the Board of Referees or this Court to find that section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* should be amended to make it consistent with section 15 of the Charter or to order a

chap. 44] et au *Règlement sur les allocations familiales*. Dans l'affaire *Alli*, un semblable comité avait, entre autres choses, jugé discriminatoire au sens de l'article 15 de la Charte une disposition de la Loi qui prévoyait le paiement d'allocations familiales au parent qui n'avait qu'un statut de visiteur mais ne les accordait pas au résident qui attendait la détermination de son statut de réfugié politique. Encore là, le comité outrepassait sa juridiction, en extensionnant aux résidents les bénéfices que la Loi accorde aux visiteurs. Il ordonnait une réparation au sens du paragraphe 24(1) de la Charte. La Cour a décidé que le Comité de révision n'avait pas compétence pour ce faire, parce qu'il n'était pas un tribunal compétent pour ordonner réparation dans le sens indiqué au paragraphe 24(1) de la Charte. Écrivant pour lui-même et ses collègues, les juges Urie et Stone, le juge Pratte dit, aux pages 450 et 451:

Il est certainement difficile de concilier les opinions émises dans les affaires *Zwarich* et *Vincer*. Il n'est toutefois pas nécessaire de choisir entre ces deux décisions en apparence contradictoires pour les fins de la présente espèce puisque rien de ce qui a été dit dans l'arrêt *Zwarich* ne peut aider l'intimée. Clairement, pour les motifs prononcés par le juge Marceau et le juge Stone dans l'arrêt *Vincer*, un comité d'appel créé conformément à l'article 15 de la *Loi de 1973 sur les allocations familiales* n'est pas un «tribunal compétent» au sens de l'article 24 de la Charte. Rien n'a été dit à ce sujet dans l'arrêt *Zwarich*. Il y a été conclu qu'un tribunal qui rend une décision qu'il est habilité à rendre peut ignorer les dispositions de la loi qui, selon lui, contreviennent à la Constitution et sont, pour ce motif, «inopérantes». Cette proposition ne s'applique pas à la présente espèce. L'avocat de l'intimée a reconnu que l'alinéa 3(1)a) et le sous-alinéa 3(1)b)(i) ne sont pas discriminatoires. Il a seulement prétendu à cet égard que le sous-alinéa 3(1)b)(ii) était libellé de façon trop limitative et aurait dû, pour éviter d'être discriminatoire, viser les personnes se trouvant dans la situation de l'intimée. Si cette prétention était bien fondée, le sous-alinéa 3(1)b)(ii) enfreindrait l'article 15 de la Charte et serait par conséquent «inopérant». Ceci n'aiderait évidemment pas l'intimée, qui ne peut avoir gain de cause à moins que le comité d'appel ait eu le droit, en statuant sur son pourvoi, d'appliquer une nouvelle version du sous-alinéa 3(1)b)(ii) comportant les modifications nécessaires pour le rendre constitutionnel. De toute évidence, le comité n'avait pas un tel droit.

Dans l'espèce, c'est le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'on a invoqué et non le paragraphe 24(1) de la Charte. La requérante n'a pas demandé au conseil arbitral et à cette Cour de déclarer que l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* devait être modifié pour le rendre conforme à l'article 15 de la Charte ou

remedy that would require the adoption of appropriate legislative adjustments.<sup>4</sup>

Rather, the only question is whether section 31 of the Act is of no force or effect as a whole because it is inconsistent with section 15 of the Charter. The applicant is not asking the Court, to take an extreme example, to give her under the Charter the same benefits the Act gives a pregnant claimant or an adoptive mother. She is only seeking a finding, consistent with the requirements of the Charter, that section 31 of the Act is of no force or effect because it deprives her solely on account of her age of the unemployment insurance benefits given to other claimants who are in the same situation as she is, that is, unemployed and equally entitled to benefits.

The provisions giving boards of referees and umpires jurisdiction contain no limitations such as that they shall decide solely in accordance with the Act or Regulations, as was the case in *Vincer* under the 1973 Family Allowances Act and Regulations. All section 94 of the Act does is to state, without more, that an appeal can be made to a Board of Referees from any decision of the Commission.<sup>5</sup> Section 95 further provides for a subsequent appeal to an umpire, in particular in paragraph (b), on the ground that "the board of referees erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face

d'ordonner un remède qui impliquerait l'adoption d'ajustements législatifs appropriés<sup>4</sup>.

Il s'agit plutôt et seulement de savoir si l'article 31 de la Loi est, dans sa totalité, inopérant parce qu'il est incompatible avec l'article 15 de la Charte. La requérante ne demande pas, en invoquant la Charte, qu'on lui attribue, pour donner des exemples extrêmes, les mêmes bénéfices que la Loi accorde à la prestataire enceinte ou à la mère adoptive. Elle demande seulement, eu égard aux exigences de la Charte, un constat d'inefficacité de l'article 31 de la Loi qui la prive, seulement à cause de son âge, des prestations d'assurance-chômage reconnues aux autres prestataires qui sont dans la même situation qu'elle, i.e. en chômage et dans les mêmes conditions d'admissibilité aux prestations.

Les textes attributifs de juridiction aux conseils arbitraux et aux juges-arbitres ne comportent aucune restriction, telle celle de ne pouvoir juger que conformément à la Loi ou au Règlement comme c'était le cas dans l'affaire *Vincer* selon la Loi de 1973 et le *Règlement sur les allocations familiales*. Tout ce que l'article 94 de la Loi prescrit, c'est de prévoir, sans plus, un appel devant un conseil arbitral de toute décision de la Commission<sup>5</sup>. Par ailleurs, l'article 95 prévoit un appel ultérieur à un juge-arbitre, notamment au paragraphe b), au motif que «le conseil arbitral a rendu une décision ou une ordonnance entachée

<sup>4</sup> This was the case in *Schachter v. Canada*, [1988] 3 F.C. 515 (T.D.), in which Strayer J. awarded the natural father of a child the same benefits given by section 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* to an adoptive father, in declaratory conclusions suggesting that the Act should eventually be amended; this explains the relevance of his observations that in such a case it was advisable to proceed by a declaratory action under section 18 of the *Federal Court Act* rather than by an appeal to the umpire under the *Unemployment Insurance Act, 1971*.

<sup>5</sup> 94. (1) The claimant or an employer of the claimant may at any time within thirty days from the day on which a decision of the Commission is communicated to him, or within such further time as the Commission may in a particular case for special reasons allow, appeal to the board of referees in the manner prescribed.

(2) A decision of a board of referees shall be recorded in writing and shall include a statement of the findings of the board on questions of fact material to the decision.

<sup>4</sup> Tel était le cas dans la cause *Schachter c. Canada*, [1988] 3 C.F. 515 (1<sup>re</sup> inst.) dans laquelle monsieur le juge Strayer a accordé au père naturel d'un enfant les mêmes bénéfices prévus à l'article 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* en faveur du père adoptif, dans des conclusions déclaratoires dont la teneur impliquait l'adoption éventuelle d'amendements à la Loi; d'où la pertinence de ses remarques qu'en telle occurrence il était souhaitable de procéder par action déclaratoire selon l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, de préférence à l'appel au juge-arbitre en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*.

<sup>5</sup> 94. (1) Le prestataire ou un employeur du prestataire peut à tout moment, dans les trente jours de la date où il reçoit communication d'une décision de la Commission, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prescrite devant le conseil arbitral.

(2) La décision d'un conseil arbitral doit être consignée. Elle doit comprendre un exposé des conclusions du conseil sur les questions de fait essentielles.

on the record;”<sup>6</sup> Additionally, under section 96 “An umpire may decide any question of law or fact that is necessary for the disposition of any appeal taken pursuant to section 95 and may dismiss the appeal, give the decision that the board of referees should have given, . . . confirm, rescind or vary the decision of the board of referees in whole or in part.”

This means that the Board of Referees itself has jurisdiction to decide any question of law which, because there is no specific provision in the Act, cannot be confined solely to questions of law regarding the implementation of the *Unemployment Insurance Act, 1971* and its Regulations, but must include any question of law involving the implementation of any other Act, and of course of the supreme law of Canada, of which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a part. It is often said that subsection 24(1) of the Charter does not confer particular jurisdiction on the courts, in addition to or apart from the jurisdiction conferred on them by their enabling legislation. The converse of this proposition is that it also cannot be used to limit such jurisdiction. If a court is not ordinarily competent to issue a declaratory judgment, it does not acquire such a power because it has been asked to rule on application of the Charter. Similarly, if an administrative tribunal has jurisdiction under its enabling Act to rule on a question of law, it does not lose that jurisdiction because the question of law to be decided involves considerations which call for applying a provision of the Charter. Deciding that a provision of the Act is of no force or effect because it is inconsistent with the Charter is a question of law like any other which boards of referees have to decide, even though their members do not have to possess legal training as such.

<sup>6</sup> 95. An appeal lies as of right to an umpire in the manner prescribed from any decision or order of a board of referees at the instance of the Commission, a claimant, an employer or an association of which the claimant or employer is a member, on the grounds that

(b) the board of referees erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or . . .

d’une erreur de droit, que l’erreur ressorte ou non à la lecture du dossier»<sup>6</sup>. De plus, selon l’article 96, «Le juge-arbitre peut trancher toute question de droit ou de fait pour statuer sur un appel interjeté en vertu de l’article 95; il peut rejeter l’appel, rendre la décision que le conseil arbitral aurait dû rendre . . . , confirmer, infirmer ou modifier totalement ou partiellement la décision du conseil arbitral».

Cela implique que le conseil arbitral a lui-même compétence pour se prononcer sur toute question de droit qui, à défaut de précisions dans la Loi, ne peut être confinée aux seules questions de droit relatives à l’application de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage* et du Règlement, mais doit s’étendre à toute question de droit se rattachant à l’application de toute autre loi, et, bien sûr, de la loi suprême du Canada, dont la *Charte canadienne des droits et libertés* fait partie. On se plaît à dire que le paragraphe 24(1) de la Charte n’est pas attributif de compétence particulière aux tribunaux, en sus ou indépendamment de la juridiction qui leur est attribuée par leurs lois constituantes. Le contrepoids de cette proposition veut qu’il ne peut être utilisé non plus pour la restreindre. Si un tribunal n’est pas normalement compétent pour émettre un jugement déclaratoire, il n’acquiert pas ce pouvoir-là parce qu’on l’invite à se prononcer sur l’application de la Charte. De même façon, si un tribunal administratif a, de par sa loi constituante, compétence pour se prononcer sur une question de droit, il ne perd pas cette compétence parce que la question de droit à décider implique des considérations qui mettent en jeu l’application d’une disposition de la Charte. Or, décider qu’une disposition de la Loi est inopérante en raison de son incompatibilité avec la Charte est une question de droit comme toute autre question de droit que les conseils arbitraux ont droit de trancher, même si leurs membres n’ont pas à posséder de formation juridique comme telle.

<sup>6</sup> 95. Toute décision ou ordonnance d’un conseil arbitral peut, de plein droit, être portée en appel de la manière prescrite, devant un juge-arbitre par la Commission, un prestataire, un employeur ou une association dont le prestataire ou l’employeur est membre, au motif que

(b) le conseil arbitral a rendu une décision ou une ordonnance entachée d’une erreur de droit, que l’erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

Though their constitution is of a special nature,<sup>7</sup> boards of referees are not created by the Employment and Immigration Commission. As we have seen in section 96 of the Act, they may render decisions and issue orders which the Commission may appeal to an umpire. Under subsection 66(1) of the *Unemployment Insurance Regulations* [C.R.C., c. 1576], "A board of referees shall give each of the parties interested in an appeal a reasonable opportunity to make representations concerning any matter before the board".

Since *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the courts of inferior jurisdiction in penal matters have been recognized as competent courts for the purposes of subsection 24(1) of the Charter. This competence is part of the concept of a full and complete defence.

It is hard to see that a board of referees should allow parties the right to present their "representations concerning any matter before [the Board]", yet that such an obligation should cease as soon as the argument raises the invalidity of a provision of

Bien que leur constitution soit de nature particulière<sup>7</sup>, les conseils arbitraux ne sont pas des créatures de la Commission de l'emploi et de l'immigration. On l'a vu à l'article 96 de la Loi, ils peuvent rendre des décisions et émettre des ordonnances dont la Commission peut appeler devant un juge-arbitre. Selon le paragraphe 66(1) du *Règlement sur l'assurance-chômage* [C.R.C., chap. 1576], «Un conseil arbitral doit accorder à chacune des parties en cause dans un appel la possibilité raisonnable de présenter ses arguments au sujet de toute affaire dont il est saisi.»

Depuis l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, on reconnaît aux tribunaux de juridiction inférieure en matières pénales la qualité de tribunal compétent pour les fins du paragraphe 24(1) de la Charte. Cette compétence ressortit à la notion de la défense pleine et entière.

Il est difficile de voir qu'un conseil arbitral doit accorder aux parties la faculté de présenter leurs «arguments au sujet de toute affaire dont il est saisi», mais que cette obligation cesse dès que l'argument soulève l'inefficacité d'une disposition

<sup>7</sup> *Unemployment Insurance Act, 1971*:

91. (1) There shall be boards of referees, consisting of a chairman and one or more members chosen from employers or representatives of employers and an equal number of members chosen from insured persons or representatives of insured persons.

(2) The Chairmen of boards of referees shall be appointed by the Governor in Council for a term of three years subject to renewal on expiry, shall cease to hold office on attaining the age of seventy-five years and may be removed at any time by the Governor in Council for cause.

(3) Panels of employers and representatives of employers and insured persons and representatives of insured persons shall be established by the Commission, and the members of the boards of referees shall be selected from those panels in the manner prescribed.

(4) There shall be paid such remuneration to the chairman and members of a board of referees and such travelling, subsistence and other allowances, including compensation for loss of remunerative time, to a chairman or member of a board of referees or to any other person required to attend before the board, and such other expenses in connection with the operation of a board of referees as the Treasury Board approves.

(5) Subject to this section, the Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations for the constitution of boards of referees, including the appointment of the members thereof, the number of members constituting a *quorum*, and the practice and procedure for proceedings before a board of referees.

<sup>7</sup> *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*:

91. (1) Seront institués des conseils arbitraux, composés d'un président ainsi que d'un ou plusieurs membres choisis parmi les employeurs ou leurs représentants et d'autant de membres choisis parmi les assurés ou leurs représentants.

(2) Les présidents des conseils arbitraux sont nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat renouvelable de trois ans. Ils cessent d'exercer leurs fonctions à l'âge de soixante-quinze ans et peuvent à tout moment faire l'objet d'une révocation motivée de la part du gouverneur en conseil.

(3) La Commission dresse des listes des employeurs et de leurs représentants, ainsi que des assurés et de leurs représentants. Les membres des conseils arbitraux sont choisis de la manière prescrite parmi les personnes inscrites sur ces listes.

(4) La rémunération à verser au président et aux autres membres d'un conseil arbitral ainsi que les indemnités de déplacement, de séjour et autres, dont l'indemnité pour manque à gagner, à verser à un président, un membre de conseil arbitral ou toute autre personne requise de se présenter devant le conseil, et les autres dépenses à faire pour le fonctionnement d'un conseil arbitral seront celles qu'approuvera le conseil du Trésor.

(5) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements concernant l'organisation des conseils arbitraux, notamment la nomination des membres, le nombre de membres qui forme *quorum* ainsi que la pratique et la procédure des instances devant un conseil arbitral.

the Act or Regulations in light of the requirements of the Charter. The Charter must be equally available to all litigants, those who must defend themselves in penal tribunals before which they appear as well as those who have actions to bring in the civil or administrative tribunals against acts of the government or when legislation invades their rights and freedoms. So long as the procedure in such tribunals presents no obstacle to their doing so, litigants should be able to assert the rights secured by the Charter in the natural forum to which they can apply. For a claimant, the usual procedure for objecting to the decisions of the Commission is, first, an appeal to a board of referees, then to an umpire, and thence to the Court under section 28 of the *Federal Court Act*, or directly from the board of referees to the Federal Court of Appeal. These are speedy, inexpensive and readily accessible proceedings, which should be within the immediate reach of the persons for whom they were enacted. The right to be heard by each and every one of these tribunals includes the right to effectively present arguments regarding the supremacy of the Constitution of Canada.

*Zwarich, supra*, treated boards of referees and umpires as more or less on the same footing as regards their power to find legislative or regulatory provisions of no force or effect due to their inconsistency with a provision of the Charter. These judicial or quasi-judicial bodies are similar in institutional and functional terms, though there may be differences between them in the exercise of their jurisdiction, and under subsection 92(1) of the Act umpires are appointed from among judges of the Federal Court of Canada by the Governor General in Council, who may also determine their powers.<sup>8</sup> In any case, they are administrative tribunals with the same type of jurisdiction, but at different levels of appeal. To determine the jurisdiction of this Court under section 28 of the *Federal Court Act*, no distinction is necessary depending on whether the application to review

<sup>8</sup> 92. (1) The Governor in Council may, from among the judges of the Federal Court of Canada, appoint such number of umpires as he considers necessary for the purposes of this Act and, subject to this Act, may prescribe their jurisdiction.

de la Loi ou du Règlement en face des exigences de la Charte. La Charte doit être accessible de même façon à tous les justiciables, tant ceux qui ont à se défendre devant les instances pénales devant lesquelles ils sont traduits que ceux qui ont des recours à exercer devant les juridictions civiles ou administratives contre les actes de l'administration ou lorsqu'une législation les brime dans leurs droits et libertés. Dans la mesure où la procédure devant ces instances ne s'y oppose pas, il devrait être loisible aux justiciables d'invoquer les droits garantis par la Charte devant le forum naturel où ils peuvent s'adresser. Pour le prestataire, la voie normale de contester les décisions de la Commission, c'est d'abord l'appel devant un conseil arbitral, ensuite devant un juge-arbitre et de là devant la Cour par le biais de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, ou directement du conseil arbitral à la Cour fédérale d'appel. Il s'agit là de procédures expéditives, peu coûteuses et d'accès facile qui devraient être à la portée immédiate des personnes en faveur de qui elles ont été édictées. Le droit d'être entendu par toutes et chacune de ces instances comporte le droit d'y faire valoir efficacement des moyens relatifs à la suprématie de la Constitution du Canada.

L'arrêt *Zwarich* précité a traité les conseils arbitraux et les juges-arbitres à peu près sur le même pied d'égalité quant à leur pouvoir de juger inopérant un texte législatif ou réglementaire pour incompatibilité avec une disposition de la Charte. Au point de vue institutionnel et fonctionnel, ce sont des organismes judiciaires ou quasi judiciaires de facture similaire, bien qu'il y ait entre eux des variantes quant à l'exercice de leur juridiction et qu'aux termes du paragraphe 92(1) de la Loi, les juges-arbitres soient nommés parmi les juges de la Cour fédérale du Canada par le gouverneur en conseil qui peut aussi déterminer leur compétence<sup>8</sup>. À tout événement, ce sont des tribunaux administratifs de même nature juridictionnelle, mais à des niveaux d'appel différents. Pour déterminer la compétence de cette Cour en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il n'y a pas lieu de

<sup>8</sup> 92. (1) Le gouverneur en conseil peut nommer, parmi les juges de la Cour fédérale du Canada, autant de juges-arbitres qu'il estime nécessaire aux fins de la présente loi et, sous réserve des dispositions de cette dernière, il peut, par règlement, déterminer leur compétence.

and set aside was made against a decision of an umpire or made directly against that of the board of referees. In this connection it is paradoxical, if not significant, to note that subsection 70(4) of the *Unemployment Insurance Regulations* contemplates the possibility of an umpire finding a provision of the Act or the Regulations to be *ultra vires* and directs that in such a case the payment of benefits in other cases shall be suspended until the appeal decision has been rendered by the Federal Court of Appeal.<sup>9</sup> This provision is of course not a basis for saying that a board of referees can make declaratory judgments, valid *erga omnes* and placing in question the constitutional validity of the Act or the Regulations, for a breach of the provisions of the Charter. It may even be that subsection 70(4) is itself of questionable validity. This does not have to be decided. All that has to be said for the moment is that in this regulatory provision, which dates from November 26, 1982 (SOR/82-1046), after the Charter came into effect, the possibility was considered that an administrative tribunal like an umpire could find a provision of the Act itself to be *ultra vires*. A provision of the Regulations may be ruled *ultra vires*; but if this is possible for a provision of the Act itself, such a ruling may well be possible on the ground of inconsistency with the requirements of the Charter. This means that there is nothing incongruous in recognizing that an administrative tribunal, like a board of referees or an umpire, has the power to find that a legislative or regulatory provision is of no force or effect because it is inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The power to refuse to give effect to a legislative or regulatory provision which has been found to be unconstitutional is inherent in any body exercising

<sup>9</sup> 70. (4) Where, in respect of a claim for benefit, an umpire has declared a provision of the Act or these Regulations to be *ultra vires* and an application is made by the Commission in accordance with the *Federal Court Act* to review the decision of the umpire, benefits are not payable in respect of any claim for benefit made subsequent to the decision of the umpire until the final determination of the claim under review, where the benefit would not otherwise be payable in respect of any such subsequent claim if the provision had not been declared *ultra vires*.

faire de distinction, que la demande d'annulation et d'examen soit faite à l'encontre de la décision du juge-arbitre ou soit prise directement contre celle du conseil arbitral. À cet égard, il est paradoxal, sinon significatif, de constater que le paragraphe 70(4) du *Règlement sur l'assurance-chômage* prévoit la possibilité qu'un juge-arbitre déclare *ultra vires* une disposition de la Loi ou du Règlement et décrète qu'en telle éventualité, le paiement des prestations dans les autres cas est suspendu tant que la décision en révision n'a pas été prononcée par la Cour d'appel fédérale<sup>9</sup>. On ne peut évidemment tirer de ce texte aucun argument à l'effet qu'un conseil arbitral puisse prononcer des jugements déclaratoires, valides *erga omnes*, mettant en cause la validité constitutionnelle de la Loi ou du Règlement pour violation des dispositions de la Charte. Il peut même s'avérer que le paragraphe 70(4) soit lui-même d'une validité douteuse. Il n'est pas nécessaire d'en décider. Tout ce qu'il importe de signaler pour le moment, c'est que, dans cette disposition réglementaire qui date du 26 novembre 1982 (DORS/82-1046), après la mise en vigueur de la Charte, on ait songé à la possibilité qu'un tribunal administratif comme un juge-arbitre puisse déclarer *ultra vires* une disposition de la Loi elle-même. Passe encore que l'on puisse déclarer *ultra vires* une disposition du Règlement; mais si on envisage cette possibilité pour une disposition de la Loi elle-même, n'est pas exclue une telle déclaration pour cause d'incompatibilité en regard des exigences de la Charte. Tout cela pour dire qu'il n'y a rien d'incongru à ce que l'on reconnaisse à un tribunal administratif, comme un conseil arbitral ou un juge-arbitre, le pouvoir de constater qu'un texte législatif ou réglementaire est inopérant parce qu'il est incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pouvoir de refuser de donner effet à un texte législatif ou réglementaire, jugé inconstitutionnel, est inhérent à tout organisme doté du pouvoir d'adjudication

<sup>9</sup> 70. (4) Lorsque, dans le cas d'une demande de prestations, le juge-arbitre déclare *ultra vires* une disposition de la Loi ou du présent règlement, et que la Commission demande une révision de la décision du juge-arbitre, conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*, il n'est versé, tant qu'une décision finale n'a pas été rendue à ce sujet, aucune prestation à l'égard des autres demandes de prestations présentées après la décision du juge-arbitre et qui, si ce n'était de cette décision, ne donneraient pas lieu au versement de prestations.

the power of adjudication between the rights of parties in a particular instance.

In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175, the British Columbia Court of Appeal made a ruling similar to this Court in *Zwarich, supra*, recognizing that an arbitrator sitting pursuant to the Labour Code of that province had a right to determine the invalidity of a clause of a collective agreement under the Charter. In its joint opinion, the Court said at pages 184-185:

The third issue on this appeal concerns the right of the arbitrator to consider the question of whether the provision for mandatory retirement was void under the Charter. No relief was sought under s. 24 of the Charter and, therefore, the issue as to whether or not an arbitrator is a court of competent jurisdiction to grant Charter relief under that provision does not arise.

It is the duty of an arbitrator to decide questions submitted according to the legal rights of the parties and to decline to make an award enforcing an illegal contract. In *David Taylor & Son Ltd. v. Barnett Trading Co.*, [1953] 1 W.L.R. 562, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.), Lord Denning stated at page 847:

There is not one law for arbitrators and another for the court, but one law for all. If a contract is illegal, arbitrators must decline to award on it just as the court would do.

The remedy that would flow from a conclusion that art 4.04, the mandatory provision of the collective agreement, infringed s. 15(1) of the Charter would be to declare that article of the collective agreement of no force and effect pursuant to s. 52 of the Charter, something which in our opinion is within the jurisdiction of an arbitrator in the circumstances of this particular case.

Similarly, as Mr. Pinard observes in his article cited above, at pages 181 and 187, notes 44 and 74, which also reviews the case law of the Quebec courts on the point, the Quebec Court of Appeal acknowledged in *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.*<sup>10</sup> that an arbitration tribunal had the same power to refuse to give effect to a clause of a collective agreement which conflicted with a paramount provision of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12. "It was not the arbitrator", Tyndale

<sup>10</sup> December 19, 1983, Québec, 200-09-000-709-821, J.E. 84-65 (C.A.) not reported (leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [1984] 1 S.C.R. v).

entre les droits des parties dans une instance particulière.

Dans l'affaire *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué dans le même sens que cette Cour dans l'arrêt *Zwarich, supra*, en reconnaissant à un arbitre siégeant en vertu du Code du travail de cette province le droit de statuer sur l'invalidité d'une clause d'une convention collective en regard de la Charte. Dans son opinion conjointe, la Cour s'exprime ainsi, aux pages 184 et 185:

La troisième question qui est soulevée dans le présent appel porte sur le droit de l'arbitre d'examiner la question de savoir si la disposition relative à la retraite obligatoire était nulle en application de la Charte. Aucun redressement n'a été demandé sous le régime de l'art. 24 de la Charte et, en conséquence, la question de savoir si un arbitre constitue un tribunal compétent pour accorder un redressement fondé sur cette disposition ne se pose pas.

Il incombe à un arbitre de trancher les questions soumises conformément aux droits des parties reconnus par la loi et de refuser de rendre une sentence arbitrale portant exécution d'un contrat illégal. Dans l'affaire *David Taylor & Son Ltd. v. Barnett Trading Co.*, [1953] 1 W.L.R. 562, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.), lord Denning s'est prononcé en ces termes à la page 847:

Il existe, non pas une règle de droit pour les arbitres et une autre pour la cour, mais une seule règle de droit pour tous. Si un contrat est illégal, les arbitres doivent refuser d'y faire droit comme le ferait la cour.

Le redressement qui découlerait d'une conclusion que l'art. 4.04, la disposition impérative de la convention collective, violait le par. 15(1) de la Charte consisterait à déclarer inopérant cet article de la convention collective en application de l'art. 52 de la Charte, ce qui, à notre avis, relève de la compétence d'un arbitre compte tenu des faits de l'espèce.

De même façon, comme le rapporte Me Pinard dans son article précité, aux pages 181 et 187, notes 44 et 74, qui fait aussi état de la jurisprudence des tribunaux du Québec sur la question, la Cour d'appel du Québec, dans *Union des employés de commerce, local 503 c. W.E. Bégin Inc.*<sup>10</sup>, a reconnu à un tribunal d'arbitrage le même pouvoir de refuser de donner effet à une clause d'une convention collective qui venait en conflit avec une disposition prépondérante de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1977, chap.

<sup>10</sup> 19 décembre 1983, Québec, 200-09-000-709-821, J.E. 84-65 (C.A.) non publié (autorisation d'appeler à la Cour suprême du Canada, refusée, [1984] 1 R.C.S. v).



J. said, "who modified the agreement, but a law of public order, which rendered null the discriminatory aspect of the clauses; and the arbitrator was therefore entitled to disregard them, and to decide the grievances as though they were not there".

The Board of Referees accordingly erred in refusing to consider the constitutional arguments submitted to it by the applicant. That being so, the Court must consider and dispose of them.

It is accordingly necessary to determine the constitutional validity of section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*. It reads as follows:

31. (1) Notwithstanding section 19, a benefit period shall not be established for a claimant if at the time he makes an initial claim for benefit he is sixty-five years of age or over.

(2) An insured person who makes a claim for benefit and proves that he

- (a) is sixty-five years of age or over,
- (b) has had twenty or more weeks of insurable employment

- (i) in the fifty-two week period immediately preceding the week in which he makes the claim, or
- (ii) in the period between the commencement date of his last benefit period and the week in which he makes the claim,

whichever period is the shorter, and

(c) has not previously been paid an amount under this subsection as it now reads or as it read before January 1, 1976,

shall, subject to sections 48 and 49, be paid an amount equal to three times the weekly rate of benefit provided under section 24.

(3) Subsections (2) to (5) of section 18 apply to the period mentioned in subparagraph (i) of paragraph (b) of subsection (2) with such modifications as the circumstances require.

(4) Any benefit period established for a claimant under this Part, if not earlier terminated under this Part, terminates at the end of the week in which he attains the age of sixty-five years.

(5) If the total benefit paid to a major attachment claimant in a benefit period terminated under subsection (4) is less than an amount that is equal to three times the weekly rate of benefit payable to him in that benefit period, that claimant shall, subject to sections 48 and 49 but notwithstanding any other provision of Part II, be paid benefit at the weekly rate of benefit payable to him in that benefit period for the number of weeks that is required to ensure that the total benefit paid to him in respect of that benefit period is not less than the aforementioned amount.

C-12. «*It was not the arbitrator*», dit le juge Tynedale, «*who modified the agreement, but a law of public order, which rendered null the discriminatory aspect of the clauses; and the arbitrator was therefore entitled to disregard them, and to decide the grievances as though they were not there*».

Le conseil arbitral a donc erré en refusant de considérer les arguments d'ordre constitutionnel que la requérante lui avait soumis. Cela étant, il y a lieu pour la Cour de s'en saisir et d'en disposer.

Il s'agit donc de déterminer la validité constitutionnelle de l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Il se lit comme suit:

31. (1) Nonobstant l'article 19, une période de prestations n'est pas établie au profit d'un prestataire si, au moment où il formule une demande initiale de prestations, il est âgé de soixante-cinq ans ou plus.

(2) Un assuré qui présente une demande de prestations et qui prouve

- a) qu'il est âgé d'au moins soixante-cinq ans,
- b) qu'il a exercé un emploi assurable pendant au moins vingt semaines

- (i) pendant la période de cinquante-deux semaines qui précède la semaine où il présente sa demande, ou
- (ii) pendant la période comprise entre le début de sa dernière période de prestations et la semaine où il présente sa demande, si cette dernière est plus courte, et

c) qu'il n'a pas déjà reçu une somme en vertu du présent paragraphe (version actuelle ou antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1976),

doit recevoir, sous réserve des articles 48 et 49, un montant égal à trois fois le taux des prestations hebdomadaires applicables en vertu de l'article 24.

(3) Les paragraphes (2) à (5) de l'article 18 s'appliquent, *mutatis mutandis* à la période mentionnée au sous-alinéa (i) de l'alinéa b) du paragraphe (2).

(4) Une période de prestations établie au profit d'un prestataire en vertu de la présente Partie se termine à la fin de la semaine où il atteint l'âge de soixante-cinq ans, ou à une date antérieure si la présente Partie le prévoit.

(5) Si le total des prestations versées à un prestataire de la première catégorie au cours d'une période de prestations prenant fin en vertu du paragraphe (4) est inférieur au produit obtenu en multipliant par trois le taux des prestations hebdomadaires qui lui est applicable pendant cette période de prestations, le prestataire a droit, sous réserve des articles 48 et 49 mais nonobstant toute autre disposition de la Partie II, à des prestations calculées au taux hebdomadaire qui lui est applicable pendant cette période de prestations pendant le nombre de semaines nécessaire pour que le total des prestations qui lui sont versées pendant cette période de prestations soit au moins égal à ce produit.

Additionally, subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### Historical review

The Unemployment Insurance Act dates from 1940—S.C. 1940, c. 44 [*The Unemployment Insurance Act, 1940*—after the constitutional amendment made to section 91 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)], by the *Constitution Act, 1940* [3 & 4 Geo. VI, c. 36 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 27] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 18)], section 91.2A. It was extensively amended in 1955 and in 1971: S.C. 1955, c. 50 and S.C. 1970-71-72, c. 48.

The aim of the Act, which has always been the same however amended, is to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market.<sup>11</sup>

Ineligibility for unemployment insurance benefits on grounds of age appeared for the first time in the *Unemployment Insurance Act, 1971*. In the 1960's, commissions of inquiry were created and reports made to the federal government, which in 1970 published a white paper on "Unemployment Insurance in the 70's" which preceded the adoption of the new Act in June 1971. Under section 31, a claimant became ineligible for benefits if he was 70 years of age or over or if he was already entitled to receive a pension or a retirement annuity under the Canada Pension Plan or the Quebec Pension Plan. He was paid a lump sum amounting to three weeks' benefits. Under these plans, which

<sup>11</sup> *Bliss v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 183, at pp. 185-186; *Attorney General of Canada v. Walford*, [1979] 1 F.C. 768 (CA); *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 534.

Par ailleurs, le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

#### Aperçu historique

La Loi sur l'assurance-chômage date de 1940, S.C. 1940, chap. 44 [*Loi de 1940 sur l'assurance-chômage*], après l'amendement constitutionnel apporté à l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)], par la *Loi constitutionnelle de 1940* [3 & 4 Geo. VI, chap. 36 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 27] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 18*)], art. 91.2A. Elle a subi des modifications majeures en 1955 et en 1971, S.C. 1955, chap. 50, et S.C. 1970-71-72, chap. 48.

L'objet de la loi, qui est toujours resté le même nonobstant ses modifications, est d'établir un régime d'assurance sociale aux fins d'indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail<sup>11</sup>.

L'inéligibilité aux bénéfices de l'assurance-chômage pour raisons d'âge est apparue pour la première fois dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Dans les années 1960, des comités d'enquête avaient été institués et des rapports avaient été faits au gouvernement fédéral qui, en 1970, publiait un livre blanc sur «l'assurance-chômage au cours des années 1970» qui précéda l'adoption de la nouvelle loi au mois de juin 1971. Aux termes de l'article 31, un prestataire devenait inéligible aux prestations s'il était âgé de 70 ans ou plus ou s'il avait déjà acquis le droit de recevoir une pension ou une rente de retraite en vertu du Régime de pensions du Canada ou du Régime des

<sup>11</sup> *Bliss c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 183, aux p. 185-186; *Le procureur général du Canada c. Walford*, [1979] 1 C.F. 768 (C.A.); *Hills c. (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 534.

both date from 1965, a pension or a retirement annuity was payable to a contributor who had attained the age of 70 years or to one 65 years old who had given up his regular employment.<sup>12</sup> The philosophy underlying the adoption of section 31 in the *Unemployment Insurance Act, 1971* was that the persons covered by this new measure were no longer, or should no longer be regarded, as forming part of the active population. The intent was by this means to avoid unemployment insurance overlapping with other government social programs. Older persons, who had retired from the labour market, were regarded as abusing the unemployment insurance scheme and receiving an unfair proportion of benefits compared with other unemployed persons, to add to their pension incomes or take their place. It was felt that such persons had left the labour market more or less voluntarily or, once driven out of it by a period of unemployment, were no longer interested in or capable of returning, nor of looking for new employment while collecting unemployment insurance benefits. The new legislation was designed to help remedy such abuses.

Though the introduction of section 31 into the *Unemployment Insurance Act, 1971* was not formally connected with the payment of old age pensions, the government took this factor into account in developing its policy for rationalizing its social programs. The old age security scheme had existed since 1927 in a joint plan with the provinces. The first federal statute on old age security was adopted in 1951, S.C. 1951, c. 18 [*The Old Age Security Act*]. It provided for the payment of a pension to persons 70 years old who had lived in Canada for twenty years. The length of the residence period was lowered to ten years in 1957: S.C. 1957-58, c. 3. In 1965, the qualifying age was reduced to 65 years. In 1966 the federal government set up the guaranteed monthly supplement program which added a supplementary payment to the old age pension for recipients whose

<sup>12</sup> "Is retired from regular employment", in the wording of the federal statute, S.C. 1964-1965, c. 51, sub-paragraph 44(1)(a)(i), and "is retired from regular employment" in the *Quebec Pension Plan*, S.Q. 1965, c. 24, subsection 119(a).

rentes du Québec. Un montant forfaitaire équivalent à trois semaines de prestations lui était versé. Selon ces régimes, qui datent tous deux de 1965, une pension ou une rente de retraite était payable à un cotisant qui avait atteint l'âge de 70 ans ou à celui de 65 ans qui avait abandonné son emploi régulier<sup>12</sup>. La philosophie sous-jacente à l'adoption de l'article 31 dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* préconisait l'idée que les personnes visées par cette nouvelle mesure n'étaient plus ou ne devaient plus être considérées comme faisant partie de la population active. On voulait ainsi éviter le chevauchement de l'assurance-chômage avec les autres programmes sociaux de l'État. On considérait en effet que les personnes âgées, qui se retiraient du marché du travail, abusaient du régime d'assurance-chômage et touchaient une part indue des prestations par rapport aux autres chômeurs pour augmenter leur revenu provenant de leur pension ou pour en tenir lieu. On pensait que plusieurs de ces personnes avaient évacué le marché du travail plus ou moins volontairement ou, une fois qu'elles en avaient été écartées par une période de chômage, n'étaient plus intéressées ou aptes à y revenir, non plus qu'à se chercher un nouvel emploi tout en touchant des prestations d'assurance-chômage. La nouvelle disposition législative devait aider à réprimer ces abus.

Bien que l'introduction de l'article 31 dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* n'était pas formellement reliée au paiement des pensions de vieillesse, le gouvernement a tenu compte de ce facteur dans l'élaboration de sa politique de rationalisation de ses programmes sociaux. Le régime de sécurité de la vieillesse existait depuis 1927 dans un plan conjoint avec les provinces. La première loi fédérale sur la sécurité de la vieillesse a été adoptée en 1951, S.C. 1951, chap. 18 [*Loi sur la sécurité de la vieillesse*]. Elle prévoyait le paiement d'une pension aux personnes âgées de 70 ans qui avaient résidé au Canada pendant 20 ans. La durée de la résidence a été abaissée à 10 ans en 1957, S.C. 1957-58, chap. 3. En 1965, l'âge d'admissibilité a été réduit à 65 ans. En 1966, le gouvernement fédéral établit le programme du supplément de revenu mensuel garanti qui ajoute

<sup>12</sup> «Est retraité de l'emploi régulier» selon le texte de la loi fédérale, S.C. 1964-65, chap. 51, sous-alinéa 44(1)a)(i), ou «n'accomplit pas de travail régulier» selon le *Régime de rentes du Québec*, L.Q. 1965, chap. 24, paragraphe 119a).

pension was their principal or only source of income (S.C. 1966-67, c. 65).

Section 31 of the Act was amended in 1975 (S.C. 1974-75, c. 80, s. 10). A single ineligibility factor was applied: the claimant's age, reduced from 70 to 65 years. The result was the disappearance of the other factor based on a claimant's right to receive a pension from one or other of the pension plans, federal or provincial, which came into effect at age 70 or at age 65 if the recipient had withdrawn from the labour market, or at least from his regular employment. Section 31 has remained unchanged since that time. At the same time, pension plans have been amended, the Canada Plan in 1975 (S.C. 1974-75-76, c. 4) and the Quebec Plan in 1977 (S.Q. 1977, c. 24) [*An Act to amend the Quebec Pension Plan*], to make pensions payable at age 65.

The old option of collecting pensions after reaching age 65 but retiring from regular employment has been eliminated from both statutes. In 1983, by the adoption of *An Act to favour early retirement and improve the surviving spouse's pension* (S.Q. 1983, c. 12), the Quebec Plan made possible the payment of early retirement annuities with appropriate actuarial adjustments at age 60. The Canada Pension Plan was amended in the same way in 1986: S.C. 1986, c. 38.

Since January 5, 1986, by an amendment to section 57 of the Regulations (SOR/86-58), pensions arising out of employment or paid under one or other of these government pension plans are treated as earnings and deducted from unemployment insurance benefits. A further amendment to section 57 of the Regulations, in effect on April 5, 1987, allows a person who has retired and is receiving a pension to return to the labour market. If he has been working long enough to be again eligible for unemployment insurance benefits, he will receive the full amount of benefits in his next period of unemployment without deductions being made for pensions paid to him since he retired from his first job.

un paiement supplémentaire à la pension de vieillesse en faveur des bénéficiaires dont la pension est la principale ou la seule source de revenu (S.C. 1966-67, chap. 65).

<sup>a</sup> L'article 31 de la Loi a été amendé en 1975 (S.C. 1974-75, chap. 80, art. 10). Un seul facteur d'inéligibilité est retenu; l'âge du prestataire, réduit de 70 à 65 ans. Disparaît donc l'autre facteur fondé sur le droit du prestataire de toucher une pension de l'un ou l'autre régime des pensions, fédéral ou provincial, lequel était acquis à l'âge de 70 ans ou à l'âge de 65 ans si le bénéficiaire se retirait du marché du travail ou, à tout le moins, de son emploi régulier. L'article 31 est resté le même depuis cette date. Parallèlement, les régimes des pensions subissent des réajustements; celui du Canada en 1975 (S.C. 1974-75-76, chap. 4) et celui du Québec en 1977 (L.Q. 1977, chap. 24) [*Loi modifiant le Régime de rentes du Québec*] pour rendre les pensions payables à l'âge de 65 ans.

<sup>e</sup> Est éliminée des deux lois l'ancienne option voulant qu'on puisse toucher les pensions après avoir atteint 65 ans mais en se retirant de son emploi régulier. En 1983, par l'adoption de la *Loi favorisant la retraite anticipée et améliorant la rente des conjoints survivants* (L.Q. 1983, chap. 12), le régime du Québec rend possible le paiement des rentes de retraite anticipée, avec ajustements actuariels appropriés, dès l'âge de 60 ans. Le Régime de pensions du Canada a été amendé dans le même sens en 1986: S.C. 1986, chap. 38.

<sup>g</sup> Depuis le 5 janvier 1986, par un amendement apporté à l'article 57 du Règlement (DORS/86-58), les pensions provenant d'un emploi ou versées en vertu de l'un ou l'autre de ces régimes de pensions gouvernementaux constituent de la rémunération et sont déduites des prestations d'assurance-chômage. Une autre modification à l'article 57 du Règlement, en vigueur à compter du 5 avril 1987, permet à une personne qui a pris sa retraite et reçoit une pension de revenir sur le marché du travail. Si elle travaille suffisamment longtemps pour devenir éligible de nouveau aux prestations d'assurance-chômage, elle reçoit, advenant une autre période de chômage, le plein montant des prestations sans déduction pour la pension qui lui est payée depuis sa retraite de son premier emploi.

In recent years task forces and commissions of inquiry, such as the report of the task force on Unemployment Insurance in the 1980s, the Commission of Inquiry on Unemployment Insurance (Forget Commission) in December 1986 and the Parliamentary Standing Committee on Labour, Employment and Immigration throughout 1987, have recommended to the federal legislator the abolition of ineligibility for unemployment insurance benefits on account of age and the elimination from the special retirement benefit of a lump sum amounting to three weeks' benefits at age 65 to take the place of regular benefits. However, in a formal ministerial statement given in the House of Commons on May 15, 1987 the federal government decided to reject these recommendations and to maintain the *status quo* on keeping section 31 of the Act in its present form.

#### Section 15 of the Charter

The applicant argued that section 31 of the Act discriminates against her in that, solely because of her age, it subjects her to treatment that is different and less advantageous than the class of employees to which she belongs, namely unemployed persons under 65 years of age. An examination of the record indicates that the applicant has successfully discharged the initial burden on her of showing that section 31 of the Act infringes her right to equality guaranteed by section 15 of the Charter, so that it is now the duty of the respondents to show justification, in accordance with the provisions of section 1 of the Charter<sup>13</sup> and the criteria laid down by the Supreme Court of Canada, *inter alia*, in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

It can be seen just from reading section 31 that it imposes different treatment based solely on the age of claimants, which is the ground of discrimination listed in section 15 of the Charter. "Not-

<sup>13</sup> 1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Ces dernières années, des comités d'études et d'enquête ont recommandé au législateur fédéral la suppression de l'inadmissibilité aux prestations d'assurance-chômage pour raison d'âge et l'élimination de la prestation spéciale de retraite d'un montant forfaitaire équivalent à trois semaines de prestations à l'âge de 65 ans pour tenir lieu des prestations régulières. Ainsi en 1981, le rapport du groupe de travail sur l'assurance-chômage dans les années 1980, la Commission d'enquête sur l'assurance-chômage (Commission Forget) en décembre 1986 et le Comité parlementaire permanent du travail, de l'emploi et de l'immigration dans le cours de l'année 1987. Cependant, dans une déclaration ministérielle formelle donnée en Chambre des communes le 15 mai 1987, le gouvernement fédéral a décidé de rejeter ces recommandations et de préserver le statu quo sur le maintien de l'article 31 de la Loi dans sa forme actuelle.

#### Article 15 de la Charte

La requérante soutient que l'article 31 de la Loi est discriminatoire à son endroit en ce qu'il la traite, seulement à cause de son âge, d'une façon différente et péjorative par rapport à la catégorie de salariés dont elle se réclame, c'est-à-dire les chômeurs de moins de 65 ans. L'examen du dossier révèle que la requérante a réussi à se décharger du fardeau initial qui lui incombait de montrer que l'article 31 de la Loi viole son droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte, de sorte que ce sont les parties intimées qui ont maintenant l'obligation d'en démontrer la justification, conformément aux prescriptions de l'article 1 de la Charte<sup>13</sup> et aux critères d'appréciation établis par la Cour suprême du Canada notamment dans les affaires *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Il apparaît à la lecture même de l'article 31, qu'il établit une différence de traitement fondée uniquement sur l'âge des prestataires, soit un motif de discrimination énuméré à l'article 15 de la

<sup>13</sup> 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

withstanding section 19<sup>14</sup>, subsection 31(1) of the Act reads, a benefit period shall not be established for a claimant 65 years of age. Instead, he will receive a severance benefit amounting to three weeks of benefits (subsection 31(2)). A benefit period which has already been established for a claimant ceases automatically as soon as he reaches age 65 (subsection 31(4)).

Section 31 of the Act therefore deprives the applicant of the ordinary protection against unemployment which is made available to other unemployment persons. The social and financial security against the uncertainties of unemployment which the Act is designed to provide employees has been taken from her permanently, not only for the period of unemployment following her discharge on September 19, 1986.

Before being laid off on that date, the applicant had accumulated 26 weeks of insurable employment since returning to work on March 24, 1986, after collecting benefits for 37 weeks. Subsection 22(2)<sup>15</sup> entitled her to a basic minimum of 25 weeks' benefits as long as she remained unemployed, quite apart from the additional benefits to which she might have been entitled under subsection 35(1)<sup>16</sup> of the Act, which are unfortunately not mentioned in the record for lack of any evidence on the regional unemployment rate applicable to her. The applicant received only three weeks' benefits because of section 31. Had it not

<sup>14</sup> 19. When an insured person who qualifies under section 17 makes an initial claim for benefit, a benefit period shall be established for him and thereupon benefit is payable to him in accordance with this Part for each week of unemployment that falls in the benefit period.

<sup>15</sup> 22.

(2) The maximum number of weeks for which initial benefit may be paid in a benefit period is the number of weeks of insurable employment of the claimant in his qualifying period or twenty-five, whichever is the lesser.

<sup>16</sup> 35. (1) When no further benefits are payable to a claimant in a benefit period under sections 22 and 34 and the regional rate of unemployment that applies to him in the last week for which benefits were payable under those sections exceeds four per cent, he may, subject to subsection (2), be paid extended benefit for each week of unemployment that falls in the remaining portion of his benefit period.

Charte. «Nonobstant l'article 19<sup>14</sup>, dit le paragraphe 31(1) de la Loi, une période de prestations n'est pas établie au profit d'un prestataire âgé de 65 ans. En son lieu et place, il reçoit une prestation de retraite équivalent à trois semaines de prestations (paragraphe 31(2)). Une période de prestations déjà établie en faveur d'un prestataire cesse de plein droit dès qu'il atteint l'âge de 65 ans (paragraphe 31(4)).

a

L'article 31 de la Loi prive donc la requérante de la protection normale contre le chômage qui est offerte aux autres personnes sans emploi. La sécurité sociale et financière à l'encontre des aléas du chômage que la Loi a pour objet d'assurer en faveur des salariés lui a été enlevée pour toujours et non pas seulement pour la période de chômage qui a suivi son licenciement du 19 septembre 1986.

b

c

Avant d'être mise à pied à cette date, la requérante avait accumulé 26 semaines d'emploi assurable depuis qu'elle avait repris le travail le 24 mars 1986, après avoir perçu des prestations pendant 37 semaines. Le paragraphe 22(2)<sup>15</sup> lui donnait droit à un minimum de base de 25 semaines de prestations, tant qu'elle restait en chômage, sans parler des prestations complémentaires qu'elle aurait pu recevoir en vertu du paragraphe 35(1)<sup>16</sup> de la Loi dont le dossier ne donne malheureusement aucune indication, faute de preuve sur le taux régional de chômage qui lui était applicable. La requérante n'a touché que trois semaines

d

<sup>14</sup> 19. Lorsqu'un assuré, qui remplit les conditions requises aux termes de l'article 17, formule une demande initiale de prestations, on doit établir à son profit une période de prestations et des prestations lui sont dès lors payables, en conformité de la présente Partie, pour chaque semaine de chômage comprise dans la période de prestations.

<sup>15</sup> 22.

(2) Le nombre maximum de semaines, pour lesquelles des prestations initiales peuvent être servies au cours d'une période de prestations, est le nombre de semaines où le prestataire a occupé un emploi assurable au cours de sa période de référence ou vingt-cinq, le nombre le moins élevé étant retenu.

<sup>16</sup> 35. (1) Si le prestataire a reçu des prestations pour le nombre maximum de semaines prévu aux articles 22 et 34 et que le taux régional de chômage qui lui est applicable pour la dernière semaine pour laquelle des prestations étaient payables, dépasse quatre pour cent, il peut, sous réserve du paragraphe (2), recevoir des prestations complémentaires pour chaque semaine de chômage comprise dans le reste de sa période de prestations.

been for that section, the total unemployment insurance benefits she could have received would have been much higher than the lump sum of \$540 which she did receive, even taking into account the pension payable to her under the Quebec Pension Plan (\$187 a month), which since January 1986 must be deducted from unemployment insurance benefits. The applicant has lost the status of an insured person for good. Even if she were able to find new insurable employment and to hold it long enough to again become eligible for benefits, she would receive nothing from the unemployment insurance plan. Further, an employee between 55 and 65 years old can claim full benefits under the Act more than once and for more than one full benefit period (for as many as fifty weeks at a time, if we take into account all the theoretical qualifying factors: the number of weeks of insurable employment, complementary benefits depending on the qualifying period and the regional unemployment rate applicable to a particular claimant—sections 34 and 35 of the Act).

Counsel for the respondent and the mis-en-cause maintained that the applicant is not in the same position as other unemployed persons, or if she is, she is not disadvantaged because the lack of earnings of which she is deprived by section 31 is otherwise offset by the fact that at age 65 she is now entitled to social assistance provisions, such as the old age pension payable under the *Old Age Security Act* (R.S.C. 1970, c. O-6), the pension payable under either the Quebec Pension Plan or the Canada Pension Plan, *supra*, the additional tax exemption of \$2,610 added to the basic individual exemption for persons 65 years old (*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, paragraphs 109(1)(b) and 117(1)(c)) and the program of free medication made available to persons 65 years old by the *Quebec Health Insurance Act* (R.S.Q. 1977, c. A-29).

The only provision which is relevant to the point at issue is the pension payable under the federal or provincial pension plans, as only it is connected with employment: the others are only connected with the recipient's age. The additional tax exemp-

de prestations à cause de l'article 31. N'eût été de cet article, le total des prestations d'assurance-chômage qu'elle aurait pu recevoir aurait été de beaucoup supérieur à la somme forfaitaire de 540 \$ qu'elle a reçu, même en tenant compte de la pension qui lui est payable (187 \$ par mois) en vertu du Régime des rentes du Québec, qui doit être déduite des prestations d'assurance-chômage depuis le mois de janvier 1986. Ce statut d'assurée, la requérante l'a perdu pour toujours. Même si elle réussissait à se trouver un nouvel emploi assurable et à le garder suffisamment longtemps pour devenir à nouveau éligible à des prestations, elle ne recevrait rien du régime d'assurance-chômage. D'un autre côté, un salairé entre 55 et 65 ans peut avoir recours à plus d'une reprise aux pleins bénéfices de la Loi et pendant plus d'une période complète de prestations (pouvant aller jusqu'à 50 semaines d'affilée, si l'on tient compte de tous les facteurs théoriques de qualifications: nombre de semaines d'emploi assurable, prestations complémentaires selon la période de référence et le taux régional de chômage applicables à tel ou tel prestataire—articles 34 et 35 de la Loi).

Le procureur de l'intimée et des mis-en-cause a prétendu que la requérante n'est pas dans une situation identique aux autres chômeurs ou, si elle l'est, elle n'est pas désavantagée parce que le manque à gagner que lui enlève l'article 31 lui est compensé d'autres façons par le déclenchement, en sa faveur à l'âge de 65 ans, de mesures d'assistance sociale, telles la pension de vieillesse payable en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* (S.R.C. 1970, chap. O-6), la pension payable en vertu soit du Régime des rentes du Québec ou du Régime de pensions du Canada, *supra*, l'exemption d'impôt additionnelle de 2 610 \$ qui s'ajoute à l'exemption de base des particuliers pour les personnes âgées de 65 ans (*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-71, chap. 63, alinéas 109(1)(b) et 117(1)(c)), le programme de médicaments gratuits offert aux personnes âgées de 65 ans par la *Loi sur l'assurance-maladie* du Québec (L.R.Q. 1977, chap. A-29).

La seule mesure qui soit pertinente à la question posée est la pension payable en vertu des régimes de pensions fédéral ou provincial, car elle seule est reliée à l'emploi; les autres ne sont reliées qu'à l'âge des allocataires. L'exemption d'impôt addi-

tion is available to everyone, working or unemployed, rich or poor. The *Old Age Security Act* is general in application: it makes payments to all persons 65 years old and the same amount goes to a person who is well off as to a welfare recipient, regardless of whether the recipient has always worked or has never done so in his life, or has never paid tax. The only qualifications are age and the period of residence in Canada: this statute has nothing to do with employment; it confers benefits on everyone who is 65 years old and does not deprive anyone of anything because of having reached that age, as section 31 of the Act does.

The most harmful and singular aspect of section 31 of the Act is that it permanently deprives the applicant, and any other person of her age, of the status of a socially insured person by making her a pensioner of the state, even if she is still looking for a new job. Regardless of her personal skills and situation, she is as it were stigmatized as belonging to the group of persons who are no longer part of the active population. Notwithstanding the social and legislative changes that have taken place since 1971, section 31 in its present form perpetuates the same insidious stereotype applied when it was adopted in the *Unemployment Insurance Act, 1971*, namely that a person who is 65 years or older and has been unfortunate enough to lose his job can no longer be retrained for the labour market and must at that point become the complete responsibility of the special social assistance programs of the government, instead of allowing free play to the laws of nature and the ordinary application of social insurance legislation such as the *Unemployment Insurance Act, 1971*. Individuals like the applicant are irremediably labelled and catalogued with the image of a group to which they are supposed to belong: persons 65 years or over are less able to work, a high proportion are not interested in doing so, most are retired and no longer can or want to return to the labour market; the same must be true of everyone else; what good is it to continue protecting them against unemployment?—they are all excluded from the plan regardless of their personal skills and wishes.

tionnelle est offerte à tous, travailleurs ou chômeurs, riches ou pauvres. La *Loi sur la sécurité de vieillesse* est une loi d'application universelle; elle accorde des démosubventions à toutes les personnes âgées de 65 ans et procure le même montant tant à la personne aisée qu'à l'assisté social, et sans égard au fait que le bénéficiaire a toujours eu un emploi ou n'a jamais travaillé de sa vie ou n'a jamais payé d'impôt. Les seuls facteurs d'attribution sont l'âge et la période de résidence au Canada; cette loi n'a rien à voir avec l'emploi: elle procure des avantages à tous ceux qui atteignent l'âge de 65 ans; elle n'enlève rien à personne à cause de cet âge, comme le fait l'article 31 de la Loi.

L'aspect le plus néfaste et dérogatoire de l'article 31 de la Loi est de faire perdre pour toujours à la requérante, et à toute autre personne de son âge, le statut d'assurée sociale pour lui attribuer celui de pensionnée de l'État, même si elle est toujours en quête d'un nouveau travail. Sans égard à ses aptitudes et à sa situation personnelles, elle est pour ainsi dire stigmatisée comme faisant partie du groupe de ceux et celles qui ne font plus partie de la population active. Nonobstant les changements sociaux et législatifs survenus depuis 1971, l'article 31, dans sa forme actuelle, véhicule le même stéréotype insidieux que celui qui a présidé à son adoption dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* et qui veut qu'une personne, âgée de 65 ans et plus, qui a le malheur de perdre son emploi, n'est plus réhabilitable sur le marché du travail et qu'elle doit, à ce moment, être prise complètement en charge par les programmes spéciaux d'assistance sociale de l'État, au lieu de laisser libre cours aux lois de la nature et à l'application normale des lois d'assurance sociale comme la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Des individus comme la requérante sont irrémédiablement étiquetés et catalogués d'après l'image d'un groupe auquel ils sont censés appartenir: les personnes âgées de 65 ans et plus sont moins aptes au travail, une grande proportion s'en désintéresse, la majorité prend sa retraite, ne peut plus ou ne veut pas retourner sur le marché du travail; il doit en être de même de tous les autres qui restent; à quoi bon leur continuer la protection contre le chômage; ils sont tous exclus du régime sans égard à leurs aptitudes et désirs personnels.



That being so, the respondents accordingly had a duty to show that the clearly unfavourable distinctions perpetrated by section 31 of the Act in breach of the principle of equal rights and the equal protection and benefit of the Act, guaranteed by section 15 of the Charter, can be demonstrably justified in a free and democratic society, in accordance with section 1 of the Charter.

#### Criteria of assessment

In adopting the rule of ineligibility on account of age in the *Unemployment Insurance Act, 1971*, the legislator was pursuing an entirely valid objective and one that is in keeping with the Act itself. At the time it was adopted especially, when the age limit was set at 70 and the right to benefits was also denied to claimants 65 years old who might come under federal and provincial pension plans, which necessarily involved withdrawal from the labour market or at least giving up their regular jobs, the government was right to want to avoid double compensation in the event of loss of income resulting from older persons becoming unemployed. The government is therefore to be commended for seeing to it that public funds, which are necessarily limited, were used in the best possible way, whether they come from a pension plan or the unemployment insurance account. Avoiding abuses of the system was certainly a sufficiently important objective to justify prohibiting those receiving pensions when they ceased work from receiving the compensation designed to replace income under the *Unemployment Insurance Act, 1971*. At that time it was possible to conclude that the great majority of older persons received unemployment insurance benefits only to supplement their pensions from employment or to take their place, but without intending to continue participating actively in the labour market.

In 1975, however, it was less clear that the same imperatives were equally urgent and pressing, when the age limit was lowered to 65 years and was used as the only exclusionary factor, since the other reason, withdrawal from the labour market, had disappeared as the result of parallel amendments to pension plans. At age 65 employees could receive them without necessarily giving up their employment. However, the postulate that older

Cela dit, il incombait donc aux parties intimées de démontrer que les distinctions nettement défavorables perpétuées par l'article 31 de la Loi en violation du principe de l'égalité des droits et de la protection et bénéfice égal de la Loi, garanti par l'article 15 de la Charte, sont raisonnables et justifiables dans une société libre et démocratique, selon l'article 1 de la Charte.

#### critères d'appréciation

En adoptant le principe de l'inéligibilité pour raisons d'âge dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, le législateur visait un objectif tout à fait valable et en accord avec l'objet de la Loi elle-même. Surtout à l'époque où il fut adopté, lorsque la limite d'âge était fixée à 70 ans et que le droit aux prestations était aussi nié aux prestataires de 65 ans qui pouvaient se prévaloir des régimes fédéral et provincial des pensions et rentes, ce qui impliquait nécessairement le retrait du marché du travail ou, à tout le moins, l'abandon de leurs emplois réguliers, le gouvernement était bien fondé de vouloir éviter le dédoublement d'indemnités en cas de perte de revenus provoquée par le chômage des personnes âgées. Il était donc louable que l'État veille à la meilleure utilisation possible des fonds publics, forcément limités, qu'ils viennent du Régime de pensions ou de la caisse de l'assurance-chômage. Éviter qu'on abuse du système était certes un objectif suffisamment important qui justifiait que l'on interdît à ceux qui touchaient des pensions à la cessation de leur emploi de recevoir l'indemnité de remplacement de revenus prévue dans la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*. Il était possible de conclure alors que la grande majorité des personnes âgées percevait des prestations d'assurance-chômage seulement pour augmenter leurs pensions provenant de leur emploi ou pour en tenir lieu, mais sans plus vouloir participer à la vie active du monde du travail.

Il devenait moins évident en 1975 cependant que ces mêmes impératifs étaient aussi urgents et actuels, lorsque la limite d'âge a été abaissée à 65 ans et a été retenue comme seul facteur d'exclusion vu que disparaissait l'autre raison, le retrait du marché du travail par des amendements parallèles aux régimes des rentes et pensions. À 65 ans, les salariés pouvaient les toucher sans nécessairement renoncer à leur emploi. Cependant, le postu-

workers had ceased to be active in the labour market, which was used when section 31 was initially adopted in 1971, had lost its application in 1975. If a person who is 65 becomes unemployed, he is more likely and more willing to return to the labour market than at age 70; if the right to receive an early pension is no longer tied to the condition of leaving his employment, he will no longer be legally unable to return to the labour market if he becomes unemployed.

In any case, even assuming that in 1975 the government was still acting in response to urgent and pressing concerns, it is far from certain that the means chosen to attain the desired objective met the standard of proportionality and its essential components laid down in *Oakes* and restated in *Edwards Books and Art Ltd.* In *Oakes*, Dickson C.J. wrote, at page 139:

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s.1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

Despite the changes made in the Act and the *Unemployment Insurance Regulations*, as well as in the Canada Pension Plan and the Quebec Pension Plan, there was no change in the means selected and the reasons given by the legislator to attain the desired objective by the introduction of the concept of ineligibility for benefits into the 1971 Act and its continuance in legislation since that date. To avoid overlapping between social programs for persons 65 years and over and to check abuses, the legislator introduced and perpetuated the principle of an absolute, outright denial

lat que les travailleurs âgés avaient cessé d'être actifs sur le marché du travail et qui avait servi à l'adoption initiale de l'article 31 en 1971 perdait de son actualité en 1975. Advenant chômage, on est plus apte et plus enclin à retourner sur le marché du travail à 65 qu'à 70 ans; si on n'assortit plus le droit de retirer sa pension avant terme à la condition de laisser son emploi, on ne se rend plus légalement inhabile à retourner sur le marché du travail en cas de chômage.

En tout état de cause et même en prenant pour acquis qu'en 1975 le gouvernement pouvait encore obéir à des préoccupations urgentes et réelles, il est loin d'être certain que les moyens choisis pour atteindre l'objectif désiré rencontraient le critère de proportionnalité et ses composantes essentielles établi dans l'arrêt *Oakes* et réitéré dans *Edwards Books and Art Ltd.* Dans *Oakes*, le juge en chef Dickson écrivait, à la page 139:

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Malgré les changements opérés dans la Loi et le *Règlement sur l'assurance-chômage*, ainsi que dans le Régime de pensions du Canada et le Régime des rentes du Québec, sont demeurés inchangés les moyens choisis et les raisons invoquées par le législateur pour réaliser l'objectif visé par l'introduction du concept de l'inéligibilité aux prestations dans la loi en 1971 et son maintien dans la législation depuis cette date. Pour éviter le chevauchement des programmes sociaux en faveur des personnes âgées de 65 ans et plus et pour réprimer les abus, on a instauré et perpétué le

of the right to unemployment insurance benefits for employees 65 years and over, regardless of the personal situation of such individuals or of this class of claimants. As the government officials of the day indicated, of 600,000 persons unemployed in 1974, 17,500 were 65 years and over; of this number, 10,500 had withdrawn from the labour market and 7,000 were actively looking for work. The 1986 statistics show that 175,000 persons 65 years and over were still active in the labour market, and that of this number 4,000 were unemployed but were still actively looking for work.

Most of the studies made and information collected, such as those entered in evidence by the respondent and the mis-en-cause in support of their defence of justification under section 1 of the Charter, are concerned with workers 55 years and over, whether placed in the class of people 55-60 years old, 60-65 years old or over 65 years old. These statistics show that the tendency to gradually withdraw from the labour market begins at age 55 and the progression does not accelerate appreciably at the 65-year watershed. Thus, a survey conducted in 1977 showed that less than 5 percent of unemployed persons between 55 and 64 years old had looked for work. The evidence indicates that it is the financial incentives to retirement which prompt people to retire from the active population at an increasingly early age, not the fact of reaching age 60 or 65. The prohibition in section 31 of the Act applies only to people 65 years and over, but in that case it is total and absolute. It takes in all persons 65 years old, those who are unemployed and looking for work because they must work in order to survive just as much as employees who retire with a substantial pension from their employer or from one or other of the government pension plans. No account is thus taken of those who have no pensions or a small pension, and even assuming that it is relevant, those who have not accumulated a sufficient number of years of residence in Canada to qualify under the *Old Age Security Act*.

a principe absolu de la négation pure et simple du droit aux prestations d'assurance-chômage pour les salariés de 65 ans et plus et sans égard aux conditions personnelles de ces individus ou de cette catégorie de prestataires. Aux dires des autorités gouvernementales de l'époque, sur 600,000 chômeurs en 1974, 17,500 étaient âgés de 65 ans et plus; de ce nombre, 10,500 avaient décroché du marché du travail alors que 7,000 se cherchaient activement du travail. Les statistiques de 1986 montrent que 175,000 personnes âgées de 65 ans et plus étaient encore actives dans le monde du travail et que, de ce nombre, 4,000 étaient en chômage mais étaient encore activement en quête d'un nouvel emploi.

a La plupart des études faites et des données établies, telles que mises en preuve par l'intimée et les mis-en-cause au support de leur défense de justification selon l'article 1 de la Charte portent sur les travailleurs de 55 ans et plus, qu'ils soient regroupés dans la catégorie des gens âgés de 55 à 60 ans, de 60 à 65 ans et de plus de 65 ans. Ces statistiques montrent que c'est à compter de 55 ans que se manifestent les tendances à se retirer progressivement du marché du travail et que la progression n'est pas tellement plus accélérée à l'arrivée du cap fatidique de 65 ans. Ainsi, une enquête faite en 1977 a démontré que moins de 5 % des chômeurs de 55 à 64 ans avaient cherché du travail. La preuve indique que ce sont les incitatifs financiers à la retraite qui poussent les gens à se retirer de la population active à un âge de moins en moins avancé, et non pas le fait d'avoir atteint l'âge de 60 ou de 65 ans. Or, la prohibition de l'article 31 de la Loi ne vise que la population âgée de 65 ans et plus, mais en telle éventualité, elle est totale et absolue. Elle frappe toutes les personnes âgées de 65 ans, celles qui sont sans emploi et s'en cherchent parce qu'il leur faut travailler pour survivre, comme les salariés qui prennent leur retraite avec une pension substantielle de leur employeur ou de l'un ou l'autre régime de pensions de l'État. Sont donc laissés pour compte ceux qui n'ont aucune pension, ou une pension minimale et, même à supposer que cela soit pertinent, ceux qui n'ont pas accumulé le nombre suffisant d'années de résidence au Canada pour se prévaloir de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

Section 31 of the Act is discriminatory as compared with claimants 55 years and over, whose behaviour in the labour market is the same or almost the same as unemployed workers 65 years and over. No evidence was put forward to indicate that the extension of unemployment insurance benefits to unemployed persons 65 years and over would place an additional burden on the unemployment insurance fund which neither the fund nor the public treasury could bear. The Court must conclude from this absence of evidence that the additional cost is not a relevant factor in considering the matter. It also was not demonstrated that it is impossible or more difficult for the Employment and Immigration Commission to identify cases of fraud or abuse among unemployed persons 65 years old than it is for claimants under 65, in particular those between 55 and 65 years old. It will be recalled that the control of abuses was one of the legislator's major concerns in adopting and maintaining the rule of ineligibility on grounds of age. It is hard to see this as a measure that has been carefully designed with the problem for solution in mind. It applies to all unemployed persons 65 years old indiscriminately. It is arbitrary and unfair in more than one respect, since it takes no account of the personal needs and particular situation of individuals. It is grounded on the idea which the historical taboos against older workers have projected onto a much larger proportion, the population aged 55 years and over, than the category actually excluded from unemployment insurance benefits by section 31 of the Act.

Since January 5, 1986 the *Unemployment Insurance Regulations* have been amended (SOR/86-58) to make any amount received as a pension deductible from unemployment insurance benefits. Subsections 57(1) and (2)(e) [as am. by SOR/84-32, s. 8] read in part as follows:

57. (1) In this section,

“pension” means any retirement pension

- (a) arising out of employment, service in the Canadian Forces or in any police force,
- (b) under the *Canada Pension Plan*, or
- (c) under a provincial pension plan.

L'article 31 de la Loi est discriminatoire par rapport aux prestataires de 55 ans et plus qui affichent, envers le marché du travail, le même comportement ou à peu près que les salariés en chômage âgés de 65 ans et plus. On n'a mis en preuve aucune donnée indiquant que l'extension des bénéfices de l'assurance-chômage aux chômeurs de 65 ans et plus exercerait sur la caisse de l'assurance-chômage des ponctions additionnelles que ni la caisse ni le trésor public ne pourraient tolérer. Il faut conclure de cette absence de preuve que le coût additionnel n'est pas un facteur pertinent dans l'examen de la question. Il n'a pas été démontré non plus qu'il est impossible ou plus difficile pour la Commission de l'emploi et de l'immigration de dépister les cas de fraude ou d'abus chez les chômeurs âgés de 65 ans que ce ne l'est pour les prestataires de moins de 65 ans, ceux entre 55 et 65 ans en particulier. On se rappellera que la répression des abus était l'un des soucis majeurs du législateur pour adopter et maintenir le principe de l'inéligibilité pour raisons d'âge. On voit difficilement qu'il s'agisse là d'une mesure soigneusement conçue à la seule taille du problème à solutionner. Elle frappe inconsidérément tous les chômeurs de 65 ans. Elle est à plus d'un titre arbitraire et inéquitable puisqu'elle ne tient aucun compte des besoins personnels et de la situation particulière des individus. Elle est modelée sur l'image que les tabous historiques contre les travailleurs âgés ont fait porter sur une proportion beaucoup plus grande, la population âgée de plus de 55 ans, que la catégorie effectivement exclue des bénéfices de l'assurance-chômage par l'article 31 de la Loi.

Depuis le 5 janvier 1986, le *Règlement sur l'assurance-chômage* a été modifié (DORS/86-58) pour rendre déductible des prestations d'assurance-chômage toute somme reçue à titre de pension. Les paragraphes 57(1) et 57(2)e) [mod. par DORS/84-32, art. 8] se lisent en partie comme suit:

i 57. (1) Dans le présent article,

«pension» désigne toute pension de retraite:

- a) provenant d'un emploi, y compris un emploi à titre de membre des Forces canadiennes ou de toute force de police,
- b) versée en vertu du *Régime de pensions du Canada* ou
- c) versée en vertu d'un régime de pension provincial.

(2) Subject to this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under section 26 or subsection 29(4), 30(5) or 32(3) of the Act and for all other purposes related to the payment of benefit under Part II of the Act are

(e) the moneys paid or payable to a claimant on or after January 5, 1986, on a periodic basis or in a lump sum on account of or in lieu of a pension.

Section 57 was further amended as of April 5, 1987 (SOR/87-188, s. 1), by the addition to subsection 57(3) of paragraph (j):

57. ...

(3) That portion of the income of a claimant that is derived from any of the following sources is not earnings for the purposes mentioned in subsection (2):

(j) the moneys referred to in paragraph (2)(e), if the number of weeks of insurable employment required by section 17 of the Act for the establishment of the benefit period of the claimant were accumulated after the date on which those moneys became payable and during the period in respect of which the claimant received those moneys.

This amendment allows persons who have retired from their regular jobs and are receiving pensions to actively return to the labour market and hold another job. If they are able to accumulate the required number of weeks of insurable employment in accordance with the usual rules and re-establish their right to benefits, they may if they again become unemployed receive the full amount of such benefits without any deduction being made for the amount of their pension which has been payable to them since retirement from their first employment. A special statute, the *Unemployment Insurance Benefit Entitlement Adjustments (Pension Payments) Act* [S.C. 1987, c. 17], was adopted on April 5, 1987 retroactive to January 5, 1986, authorizing the Commission to reimburse claimants eligible for this rebate since pension income relating to employment had become deductible from unemployment insurance benefits. It can be seen that this amendment to the regulations was adopted primarily in order to benefit persons who had retired early and applies to older claimants, especially those between 55 and 64 years old.

Accordingly, since January 5, 1986, as a consequence of section 57 of the *Unemployment Insur-*

(2) Sous réserve du présent article, la rémunération dont il faut tenir compte pour déterminer s'il y a eu un arrêt de rémunération et quel est le montant à déduire des prestations payables en vertu de l'article 26 ou des paragraphes 29(4), 30(5) ou 32(3) de la Loi, et à toutes autres fins relatives au paiement de prestations en vertu de la Partie II de la Loi, comprend

e) les sommes payées ou payables à un prestataire le 5 janvier 1986 ou après cette date, que ce soit sous forme de montant périodique ou forfaitaire, au titre ou au lieu d'une pension.

Par ailleurs, le même article 57 a été modifié à compter du 5 avril 1987 (DORS/87-188, art. 1) par l'adjonction de l'alinéa j) au paragraphe 57(3):

57. ...

(3) La partie du revenu que le prestataire tire de l'une ou l'autre des sources suivantes n'a pas valeur de rémunération aux fins mentionnées au paragraphe (2):

j) les sommes visées à l'alinéa (2)e), dans le cas où le nombre de semaines d'emploi assurable requis pour l'établissement de la période de prestations du prestataire, en vertu de l'article 17 de la Loi, a été accumulé après la date à laquelle ces sommes sont devenues payables et pendant la période pour laquelle le prestataire a touché ses sommes.

Cette modification permet à ceux qui ont pris leur retraite de leur emploi régulier et touchent des pensions de revenir activement sur le marché du travail et occuper un autre emploi. S'ils réussissent à accumuler le nombre requis de semaines d'emploi assurable selon les normes régulières et établir de nouveau leur droits aux prestations, ils peuvent, advenant nouvelle période de chômage, toucher le plein montant des prestations, sans déduction pour le montant de leur pension qui leur est payable depuis leur mise à la retraite de leur premier emploi. Une loi spéciale, la *Loi sur le réexamen de l'admissibilité aux prestations d'assurance-chômage (pension)* [S.C. 1987, chap. 17] a été adoptée en date du 5 avril 1987, avec effet rétroactif au 5 janvier 1986, autorisant la Commission à rembourser les prestataires admissibles à cet allègement depuis que les revenus de pension liés à l'emploi étaient devenus déductibles des prestations d'assurance-chômage. Cette dernière modification réglementaire, on l'aura deviné, a été adoptée au bénéfice surtout de ceux qui avaient pris une retraite prématurée et favorise les prestataires plus âgés, surtout ceux entre 55 et 64 ans.

Ainsi donc, depuis le 5 janvier 1986, par le biais de l'article 57 du *Règlement sur l'assurance-chô-*

ance Regulations, the legislator has attained in respect of claimants under 65 the important objective he is supposed to have had in mind in denying unemployed persons 65 years and over the right to receive benefits under section 31 of the Act: he has checked double payments of unemployment insurance benefits to claimants under 65 who are receiving pensions arising out of employment. The pension is simply deducted from unemployment insurance benefits. There was no indication at the hearing that what the legislator had been able to do for claimants under 65 by a simple amendment to the Regulations could not be done in the same way for unemployed persons 65 years and over.

There is a clear disproportion between the only means chosen for attaining the desired objective, by maintaining section 31 of the Act in effect in its present form, and the draconian effects it has on all those to whom it applies indiscriminately. The complete denial of entitlement to unemployment insurance benefits to unemployed persons 65 years old is therefore unreasonable and can no longer be justified in view of the changes which have been made to the Act and Regulations since the Act was introduced in 1971.

Section 25 of the Act provides:

25. A claimant is not entitled to be paid initial benefit for any working day in a benefit period for which he fails to prove that he was either

- (a) capable of and available for work and unable to obtain suitable employment on that day, or
- (b) incapable of work by reason of prescribed illness, injury or quarantine on that day, and that he would be otherwise available for work.

Section 31 of the Act denies its ordinary benefits to unemployed persons 65 years old, absolutely and without qualification depending on the personal situation of the individuals affected. It was not shown that the legislator could not achieve the same objectives which are the very basis of the prohibition in section 31 by simply applying the other relevant provisions of the Act or the Regulations, such as section 25 of the Act and paragraphs 57(2)(e) and 57(3)(j), to such persons. Unemployed persons, even those 65 years old, have no vested right in the payment of unemployment insurance benefits either under the *Unemployment*

*mage*, le législateur réalise, par rapport aux prestataires âgés de moins de 65 ans, l'objectif important qu'il a dit avoir eu en tête en niant, à l'article 31 de la Loi, le droit de recevoir des prestations aux chômeurs âgés de 65 ans et plus; il a colmaté le dédoublement des versements des prestations d'assurance-chômage aux prestataires de moins de 65 ans qui reçoivent des revenus de pension liés à l'emploi. La pension est tout simplement déduite des prestations d'assurance-chômage. On n'a nullement indiqué à l'audition que ce que le législateur avait réussi à faire pour les prestataires de moins de 65 ans par la voie d'un simple amendement au Règlement ne pouvait être fait de même façon cette fois pour viser les salariés en chômage âgés de 65 ans et plus.

Il y a disproportion évidente entre le seul moyen choisi pour réaliser l'objectif escompté en maintenant en vigueur l'article 31 de la Loi dans sa forme actuelle et les effets draconiens qu'il a envers tous ceux qu'il affecte indistinctement. La négation totale du droit aux prestations d'assurance-chômage pour les chômeurs âgés de 65 ans est donc déraisonnable et ne peut plus se justifier en présence de l'évolution législative et réglementaire qui s'est effectuée depuis qu'elle a été instaurée en 1971.

L'article 25 de la Loi stipule:

25. Un prestataire n'est pas admissible au service des prestations initiales pour tout jour ouvrable d'une période de prestations pour lequel il ne peut prouver qu'il était

- a) soit capable de travailler et disponible à cette fin et incapable d'obtenir un emploi convenable ce jour-là, ou
- b) soit incapable de travailler ce jour-là par suite d'une maladie, blessure ou mise en quarantaine prévue par les règlements et qu'il aurait été sans cela disponible pour travailler.

L'article 31 de la Loi nie absolument et sans discernement pour la situation personnelle des individus en cause les bénéfices ordinaires de la Loi aux chômeurs âgés de 65 ans. Il n'a pas été démontré que l'application régulière à leur endroit des autres dispositions pertinentes de la Loi ou du Règlement, tels l'article 25 de la Loi et les alinéas 57(2)e) et 57(3)j) du Règlement, ne permettrait pas au législateur de réaliser les mêmes objectifs qui sont à la base même de la prohibition de l'article 31. Les chômeurs, même ceux de 65 ans, n'ont pas de droits acquis au versement de prestations d'assurance-chômage ni en vertu de la *Loi de*

*Insurance Act, 1971*<sup>17</sup> or under section 15 of the Charter. However, this section of the Charter guarantees them all the same protection and benefit of the Act, regardless of any discrimination based on the claimant's age. Age is the only criterion in section 31 used to exclude unemployed persons 65 years old who are still part of the active population and would like to continue being so. It is a radical measure, unreasonable and out of proportion to the objectives sought. It cannot be reconciled with the principle of equal rights contained in section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As it is not consistent with the Constitution of Canada, of which the Charter is a part, section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is of no force or effect. Having said this, it follows that the Board of Referees erred in giving effect to a provision that is inconsistent with the Constitution of Canada. As it failed to notice this, the Court must do so in its place in keeping with the jurisdiction conferred on it by section 28 of the *Federal Court Act*.

For these reasons I would allow the application to review and set aside; I would quash the decision of the Board of Referees rendered on December 12, 1986 and refer the matter at bar back to a board of referees to be again decided by it on the assumption that section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* is inconsistent with section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and is accordingly of no force or effect under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

HUGESSEN J.: I concur.

\* \* \*

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

DESJARDINS J. (concurring in the result): I entirely concur in the reasons stated by my brother Lacombe J. However, in view of the importance of the threshold question and the debate occasioned

<sup>17</sup> *Côté v. Canada Employment and Immigration Commission* (1986), 69 N.R. 126 (F.C.A.).

*1971 sur l'assurance-chômage*<sup>17</sup> ni en vertu de l'article 15 de la Charte. Cet article de la Charte, cependant, leur garantit à tous qu'ils ont droit à la même protection et au même bénéfice de cette même loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur l'âge des prestataires. Or l'âge est le seul critère à l'article 31 qui marque l'exclusion des chômeurs âgés de 65 ans qui font encore partie, et veulent continuer de l'être, de la population active. Il s'agit là d'une mesure radicale, déraisonnable et hors de proportion avec les objectifs recherchés. Elle est irréconciliable avec le principe de l'égalité des droits inscrit à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Étant incompatible avec la Constitution du Canada, dont la Charte fait partie, l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est donc inopérant. Cela dit, il faut donc conclure que le conseil arbitral a erré en donnant effet à une disposition incompatible avec la Constitution du Canada. Ayant omis de la constater, il y a lieu pour la Cour de le faire en ses lieu et place dans l'exercice de la juridiction qui lui est conféré par l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Pour ces motifs, je ferais droit à la demande d'annulation et d'examen; je casserais la décision rendue le 12 décembre 1986 par le conseil arbitral et retournerais la présente affaire à un conseil arbitral pour qu'il la décide à nouveau en prenant pour acquis que l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* est incompatible avec l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et est, de ce fait, inopérant en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi Constitutionnelle de 1982*.

LE JUGE HUGESSEN: Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

*Voici les motifs du jugement rendu en français par*

LE JUGE DESJARDINS (motifs concordants quant au résultat): Je souscris entièrement aux motifs exprimés par mon collègue le juge Lacombe. Vu cependant l'importance de la ques-

<sup>17</sup> *Côté v. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada*, (1986), 69 N.R. 126 (C.A.F.).

by it, both in legal literature<sup>18</sup> and in the courts,<sup>19</sup> I add my own observations on the point.

It matters little whether the Board of Referees can rule on the constitutional validity of section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, since this Court can do so. In a proceeding under subsection 28(4) or (1) of the *Federal Court Act*, this Court can rule on a constitutional point "arising as a threshold question in the review of the administrative action in issue" (*Northern Telecom Canada Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at page 744). In a similar way, on an application to review and set aside a decision of an administrative agency, this Court can determine whether the administrative decision exists in constitutional terms before reviewing it, although of course the standards applicable in a review are entirely different from those in an appeal. If it were otherwise, what would be the point of having judicial review of an administrative decision which has no basis?

In my opinion this suffices to dispose of the threshold question. Once again, however, as I have no difficulty with the reasons stated by my brother Lacombe J., I will proceed.

Administrative tribunals are far from following a standard pattern. In 1965 Professor Jean Beetz, now a judge of the Supreme Court of Canada,

<sup>18</sup> To the authors cited by Lacombe J. at note 2 on p. 4 of his reasons I would add: Graham R. Garton, "Civil Litigation Under the Charter" in *Charter Issues in Civil Cases*, ed. Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers (Toronto: Carswell, 1988) at p. 81; Dale Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (Toronto: Carswell, 1986) at pp. 280-281; "Procedures in Charter Cases; Procedures and Remedies—Examination of Questions Pertaining to: WHICH", Jeffrey Sack, Q.C., Toronto, Ontario, at pp. 11 *et seq* in *Charter Cases, Causes invoquant la Charte*, Canadian Bar Association, October 24-25, 1986, Montréal, Québec.

<sup>19</sup> To the cases cited by Lacombe J., I would add *Ontario Public Service Employees' Union v. Algonquin College of Applied Arts and Technology*, Divisional Court (not yet reported) (Steele, Holland and White JJ. heard: April 7 and 8, 1987, released April 16, 1987); *Moore v. B.C. (Govt.)* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Terminaux portuaires du Québec v. Association des employeurs maritimes* (A-1080-87, Pratte, Marceau and Desjardins JJ., judgment dated 11/8/88 (C.A.), not yet reported).

tion préliminaire et le débat qu'elle suscite, autant dans la doctrine<sup>18</sup> que dans la jurisprudence<sup>19</sup>, j'ajoute mes propres remarques sur le sujet.

a Que le conseil arbitral puisse ou non se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* importe peu puisque cette Cour peut le faire. Cette Cour peut, en effet, lors d'un recours en vertu des paragraphes 28(4) ou (1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, se prononcer sur une question constitutionnelle «qui surgit à tire de question préliminaire dans le processus de contrôle de l'acte administratif en cause» (*Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733 à la page 744). Dans le même ordre d'idées, lors d'une demande en examen et en annulation d'une décision d'un organisme administratif, cette Cour peut vérifier si la décision administrative existe ou non sur le plan constitutionnel avant d'en faire la révision, laquelle révision, il est entendu, répond à des critères entièrement différents d'un appel. Sinon, à quoi servirait-il de faire la révision judiciaire d'une décision administrative qui n'aurait aucune assise?

f Ce point, à mon avis, suffit pour décider de la question préliminaire. Mais, encore une fois, n'ayant aucune difficulté avec les motifs exprimés par mon collègue le juge Lacombe, je poursuis.

Les tribunaux administratifs sont loin de répondre à un modèle uniforme. En 1965, le professeur Jean Beetz, aujourd'hui juge de la Cour suprême

<sup>18</sup> Aux auteurs cités par le juge Lacombe à la note 2 de la p. 4 de ses motifs, j'ajoute: Graham R. Garton, «Civil Litigation Under the Charter» dans *Charter Issues in Civil Cases*, éd. Neil R. Finkelstein and Brian MacLeod Rogers (Toronto: Carswell, 1988) à la p. 81; Dale Gibson, *The Law of the Charter: General Principles* (Toronto: Carswell, 1986) aux p. 280-281; «Procedures in Charter Cases; Procedures and Remedies—Examination of Questions Pertaining to: WHICH», Jeffrey Sack, Q.C., Toronto, Ontario, aux p. 11 *et suiv.* dans *Charter Cases, Causes invoquant la Charte*, Association du Barreau canadien, octobre 24-25, 1986 Montréal, Québec.

<sup>19</sup> À la jurisprudence citée par le juge Lacombe, j'ajoute: *Ontario Public Service Employees' Union v. Algonquin College of Applied Arts and Technology*, Cour divisionnaire (encore inédit) (juges Steele, Holland et White, cause entendue les 7 et 8 avril 1987, jugement rendu le 16 avril 1987); *Moore v. B.C. (Govt.)* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 105 (C.A.); *Terminaux portuaires du Québec c. Association des employeurs maritimes* (A-1080-87, juges Pratte, Marceau et Desjardins, jugement en date du 11-8-88 (C.A.) encore inédit).



wrote both for the Quebec and the federal administrative agencies:

[TRANSLATION] Whatever point of view we take in trying to study these administrative agencies, their diversity defies analysis: they are almost unreal in this respect and the reason or basis for all these differences is rarely apparent, even to the most determined researcher. (Beetz J, "Uniformité de la procédure administrative", a brief submitted to the legislative oversight committee created by the Bar, (1965) 25 *R. du B.* 244, at page 248.)

The Canada Law Reform Commission was of the same opinion some years later in discussing the federal administrative agencies.<sup>20</sup>

It is clear that administrative tribunals are not courts of law (*Théberge (J. R.) Ltée v. Syndicat National des Employés de l'Aluminium d'Arvida Inc. et al.*, [1966] S.C.R. 378, at pages 382-83). The courts have recognized in the following decisions that the administrative tribunals in question were independent in that they were not agents or extensions of the government. This has been the case with the Quebec Liquor Commission created under the *Alcoholic Liquor Act*, R.S.Q. 1941, c. 255 (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 185); the Anti-dumping Tribunal (*P.P.G. Industries Canada Ltd. v. The Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739, at page 742); the C.R.T.C. (*Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141, at page 172) and the Ontario Municipal Board (*Innisfil (Corporation of the Township) v. Corporation of Township of Vespra et al.*, [1981] 2 S.C.R. 145, at page 171). In the last case, Estey J. indicated specifically what was meant by an independent agency:

If on its face an agency is held out in the constituting legislation as "independent" of the executive, that is with functions independent of the executive branch, it remains that way for all purposes until the Legislature exercises its undoubted right to alter, by providing for policy directions for example, the position and procedure of the agency. (My emphasis)

My brother Lacombe J. has analysed the composition and powers of boards of referees. I con-

<sup>20</sup> Law Reform Commission of Canada, *Council on Administration*, Administrative Law Series, Study Paper (Ottawa, Minister [sic] of Supply and Services Canada, 1980), by Alan Leadbeater, at p. 1.

du Canada, écrivait, autant pour le Québec que pour l'administration fédérale:

A quelque point de vue que l'on tente d'étudier ces organismes administratifs, leur diversité défie l'analyse; elle confine à l'in vraisemblance et la raison ou le fondement de toutes ces différences se manifestent rarement, même au chercheur le plus obstiné. (Beetz J. «Uniformité de la procédure administrative», (Mémoire adressé au Comité constitué par le Barreau sur la surveillance de la législation) (1965), 25 *R. du B.* 244, à la page 248.)

La Commission de réforme du droit du Canada s'exprimait dans le même sens quelques années plus tard pour ce qui est de l'administration fédérale.<sup>20</sup>

Les tribunaux administratifs, il est clair, ne sont pas des cours de justice (*Théberge (J.R.) Ltée v. Syndicat National des Employés de l'Aluminium d'Arvida Inc., et autre* [1966] R.C.S. 378 aux pages 382 et 383). La jurisprudence a reconnu, dans les cas qui suivent, que les tribunaux administratifs en cause étaient autonomes en ce qu'ils n'étaient pas des agents ou des prolongements du gouvernement. Ainsi en est-il de la Commission des liqueurs du Québec créée en vertu de la *Loi des liqueurs alcooliques*, S.R.Q. 1941 chap. 225 (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 185); du Tribunal antidumping (*P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Le Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739, à la page 742); du Conseil de la Radio-Télévision canadienne, (*Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, à la page 172), et de la Commission municipale de l'Ontario (*Innisfil (municipalité du canton) c. Municipalité du canton de Vespra et autres*, [1981] 2 R.C.S. 145 à la page 171). Dans cette dernière affaire, le juge Estey précise d'ailleurs ce qu'il entend par organisme autonome:

If on its face an agency is held out in the constituting legislation as "independent" of the executive, that is with functions independent of the executive branch, it remains that way for all purposes until the Legislature exercises its undoubted right to alter, by providing for policy directions for example, the position and procedure of the agency. (Je souligne)

Mon collègue, le juge Lacombe, a analysé la composition et les pouvoirs des conseils arbitraux.

<sup>20</sup> Commission de réforme du droit du Canada, *Conseil sur l'administration publique*, Série droit administratif, Document d'étude (Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1980) par Alan Leadbeater, à la p. 1.

clude from this that they are not extensions of the executive. I further conclude, as he does, that these agencies are not creations of the Canada Employment and Immigration Commission.

The precedents seem largely silent on whether, in pre-Charter cases, independent administrative agencies could declare unconstitutional a provision of the Act they were called upon to apply. They might certainly be required to consider constitutional concepts in order to determine their jurisdiction (*Northern Telecom Canada Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115). When their powers were challenged, however, parties would rely on prerogative writs or other similar remedies in the courts of law rather than proceeding by way of objection or defence before the said agencies. This may be why there are no precedents.

It is true that in *Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681, the Supreme Court of Canada held that only a court consisting of judges appointed in accordance with section 96 of the *Constitution Act, 1867* could rule on whether a municipal by-law was *ultra vires* under the said section 96. It further held that a judge of the Quebec Provincial Court could rule on his jurisdiction (or lack of it) in the matter, if it came before him. The Court's reasoning was based on the fact that the power to quash a municipal by-law for invalidity in constitutional terms was not in conformity with the kind of jurisdiction exercised by the courts of summary jurisdiction in 1867, but conformed rather to the kind of jurisdiction exercised by the courts described in section 96. In my view, the reasoning in *Séminaire de Chicoutimi* does not automatically apply here despite its apparent parallelism. This decision could not be taken as authority for saying that only a court described in section 96 of the *Constitution Act, 1867* may invalidate legislation under the Charter. The Charter adds a new dimension to the Canadian legal system, in that it confers rights and freedoms on individuals. The Charter is a new constitutional document which did not exist in 1867, any more than did the present subsection

J'en conclus qu'ils ne sont pas des prolongements de l'exécutif. J'en conclus également, d'accord avec lui, que ces organismes ne sont pas des créations de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada.

La jurisprudence me paraît largement muette sur la question de savoir si les organismes administratifs autonomes pouvaient, avant l'adoption de la Charte, prononcer l'invalidité constitutionnelle d'une disposition de la loi qu'ils avaient charge d'appliquer. Ils pouvaient certes être appelés à tenir compte des concepts constitutionnels afin de déterminer leur compétence (*Northern Telecom Limitée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115). Mais lorsque leurs pouvoirs étaient l'objet d'attaque, ils l'ont généralement été par voie de brefs de prérogative ou autres recours analogues devant les cours de justice plutôt que par voie d'objection ou de défense devant ces organismes. Voilà peut-être la raison de ce silence jurisprudentiel.

Il est vrai que dans l'affaire *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, la Cour suprême du Canada a établi que seule une cour composée des juges nommés selon l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pouvait se prononcer sur le caractère *ultra vires* d'un règlement municipal eu égard à ce même article 96. Elle reconnaissait également qu'un juge de la Cour provinciale du Québec pouvait se prononcer sur sa compétence (ou son incompétence) en la matière, s'il en était saisi. Le raisonnement de la Cour était basé sur le fait que le pouvoir de cassation d'un règlement municipal pour cause d'invalidité sur le plan constitutionnel n'était pas conforme au genre de juridiction exercée en 1867 par les cours de juridiction sommaires mais plutôt conforme au genre de juridiction exercée en 1867 par les cours décrites à l'article 96. Le raisonnement dans l'affaire *Séminaire de Chicoutimi* ne peut, à mon sens, recevoir d'emblée application malgré son parallèle apparent. L'on ne saurait s'autoriser de cette décision pour prétendre que seule une cour décrite à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut déclarer inopérante une disposition législative eu égard à la Charte. C'est que la Charte ajoute une nouvelle dimension au système juridique canadien en ce qu'elle

52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect. (My emphasis)

It should not be a matter for surprise that individuals claiming to have such rights assert them before agencies created to provide a speedy determination of their rights in relation to governmental authority. Many writers have noticed the anomalous position in which agencies find themselves when, on the one hand, they are responsible for applying the law, and on the other, are required to determine whether legislation is of no force or effect under the Charter. Nonetheless, if such agencies are responsible for interpreting the law they must deal with the issue in its entirety, subject to judicial review.

accorde des droits et libertés aux individus. La Charte constitue un nouveau texte constitutionnel qui n'existait pas en 1867, non plus d'ailleurs que l'actuel paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon lequel:

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. (Je souligne)

*b* Rien d'étonnant à ce que des individus, qui prétendent avoir ces droits, les réclament devant des organismes qui ont été créés pour départager de façon expéditive leurs droits vis-à-vis l'administration. Plusieurs ont souligné l'incongruité dans laquelle se retrouvent des organismes qui d'une part sont chargés d'appliquer la loi et qui, par ailleurs, sont appelés à déterminer du caractère inopérant d'une disposition législative eu égard à la Charte. Pourtant, si ces organismes sont chargés d'interpréter la loi, ils doivent le faire intégralement, sujets à la révision judiciaire.