



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 4, Part 2

2012, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2012] 4 F.C.R., { 183-409
D-7-D-8

Renvoi [2012] 4 R.C.F., { 183-409
F-9-F-10

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2013.

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le *Recueil* est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2013.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above-mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

CONTENTS

Judgments	183–409
Appeals noted	I
Digests	D-7–D-8

Air Canada Pilots Association v. Kelly (F.C.) . . . 277

Human Rights—Labour relations—Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision finding *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c) not reasonable limit under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1, applicants not demonstrating age *bona fide* occupational requirement for pilots—Respondents pilots, forcibly retiring pursuant to mandatory retirement provision in collective agreement—Tribunal finding, *inter alia*, s. 15(1)(c) objectives not pressing, substantial; *McKinney v. University of Guelph* not applicable; International Civil Aviation Organization (ICAO) standards for international flight not barring respondents from flying as first officers prior to 2006—Whether Tribunal erring in finding s. 15(1)(c) not reasonable limit, mandatory retirement provisions not constituting *bona fide* occupational requirement—Tribunal correctly concluding s. 15(1)(c) not saved under Charter, s. 1—Appropriately applying *Oakes* test, refusing to follow *McKinney*—Erring in finding s. 15(1)(c) neither pressing nor substantial by conflating elements of proportionality ana-

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrê-tiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

SOMMAIRE

Jugements	183–409
Appels notés	I
Fiches analytiques	F-9–F-10

Association des Pilotes d'Air Canada c. Kelly (C.F.) 277

Droits de la personne—Relations du travail—Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne concluant que l'art. 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne constitue pas une limite raisonnable en vertu de l'art. premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que les demanderessees n'avaient pas établi que l'âge est une exigence professionnelle justifiée pour les pilotes—Les pilotes défendeurs ont été contraints de prendre leur retraite aux termes d'une disposition de leur convention collective prévoyant la retraite obligatoire—Le Tribunal a conclu, entre autres, que les objectifs de l'art. 15(1)(c) ne sont pas urgents, réels; l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* n'est pas applicable; les normes de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) pour les vols internationaux n'empêchaient pas les défendeurs d'effectuer de vols à titre de premiers officiers avant 2006—Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'art. 15(1)(c) n'est pas une limite raisonnable, que les dispositions sur la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

lysis with assessment of Parliament's objectives—Mandatory retirement objective of preserving employment regimes pressing, substantial—S. 15(1)(c) rationally connected to objective—No evidence to conclude mandatory retirement arrangements necessary for achieving s. 15(1)(c) objectives—Possible to attain objectives without impairing Charter rights of older workers—Tribunal assessment of proportionality issue correct—Deleterious effects of mandatory retirement outweighing benefits—Tribunal finding of liability on part of Air Canada for termination of respondents' employment reasonable—Nothing preventing over-60 pilots from flying under former ICAO standards—Air Canada not considering all forms of accommodation—Tribunal's *bona fide* occupational requirement analysis under new ICAO standards not reasonable—Overlooking Air Canada evidence on impact of accommodation under new standards—In this respect decision lacking transparency, accountability—Remitted to Tribunal for redetermination—Application in T-1615-09 dismissed; application in T-1606-09 allowed in part.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Respondents pilots, forcibly retiring pursuant to mandatory retirement provision in collective agreement—Canadian Human Rights Tribunal finding *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c) not reasonable limit under Charter, s. 1, its objectives not pressing, substantial—Appropriately applying *Oakes* test, refusing to follow *McKinney v. University of Guelph*—Erring in finding s. 15(1)(c) neither pressing nor substantial by conflating elements of proportionality analysis with assessment of Parliament's objectives—Mandatory retirement objective of preserving employment regimes pressing, substantial—S. 15(1)(c) rationally connected to objective—No evidence to conclude mandatory retirement arrangements necessary for achieving s. 15(1)(c) objectives—Possible to attain objectives without impairing Charter rights of older workers—Tribunal assessment of proportionality issue correct

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

retraite obligatoire ne sont pas à une exigence professionnelle justifiée—Le Tribunal a eu raison de conclure que l'art. 15(1)c) n'a pas été sauvegardé par l'art. premier de la Charte—Le Tribunal a convenablement appliqué le critère de l'arrêt *Oakes*, mais a refusé de suivre l'arrêt *McKinney*—Le Tribunal a commis une erreur en concluant que les objectifs de l'art. 15(1)c) n'étaient ni urgents, ni réels, en confondant les éléments de l'analyse de la proportionnalité avec l'évaluation des objectifs poursuivis par le législateur—L'objectif de la retraite obligatoire qui vise à préserver les régimes d'emploi est un objectif urgent, réel—L'art. 15(1)c) a un lien logique avec l'objectif—Aucune preuve n'a été établie permettant de conclure que des modalités de retraite obligatoire sont nécessaires pour réaliser ces objectifs de l'art. 15(1)c)—Il est possible de réaliser ces objectifs sans porter atteinte aux droits des travailleurs âgés garantis par la Charte—L'approche du Tribunal sur la question de proportionnalité était juste—Les effets préjudiciables de la retraite obligatoire l'emportent sur ses avantages—La conclusion du Tribunal sur la responsabilité d'Air Canada à l'égard de la cessation de l'emploi des défendeurs était raisonnable—Rien n'empêchait les pilotes âgés de plus de 60 ans d'effectuer des vols en vertu des anciennes normes de l'OACI—Air Canada n'a pas examiné toutes les formes d'accommodement—L'analyse du Tribunal sur la question de l'exigence professionnelle justifiée en vertu des nouvelles normes de l'OACI n'était pas raisonnable—La preuve d'Air Canada sur l'incidence de l'accommodement en vertu des nouvelles normes a été laissée de côté—La décision à cet égard est dénuée de transparence et de responsabilité—La question a été renvoyée au Tribunal pour réexamen—Demande dans le dossier T-1615-09 rejetée; demande dans le dossier T-1606-09 accueillie en partie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Disposition limitative—Les pilotes défendeurs contraints de prendre leur retraite en vertu de la disposition sur la retraite obligatoire de leur convention collective—Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'art. 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas une limite raisonnable aux termes de l'art. premier de la Charte, et que ses objectifs ne sont pas urgents, réels—Le Tribunal a convenablement appliqué le critère de l'arrêt *Oakes*, mais a refusé de suivre l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*—Le Tribunal a commis une erreur en concluant que les objectifs poursuivis par l'art. 15(1)c) n'étaient ni urgents ni réels en confondant les éléments de l'analyse de la proportionnalité avec l'évaluation des objectifs poursuivis par le législateur—L'objectif de la retraite obligatoire visant à préserver des régimes d'emplois est un objectif urgent, réel—L'art. 15(1)c) a un lien rationnel

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

—Deleterious effects of mandatory retirement outweighing benefits.

Construction of Statutes—Canadian Human Rights Tribunal finding *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 15(1)(c) not reasonable limit justifiable under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1—Whether Tribunal erring in interpreting CHRA, s. 15(2)—Tribunal relying on *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal* to consider matters other than health, safety, cost in s. 15(2)—Tribunal interpretation of CHRA, s. 15(2) unreasonable—*McGill* not made under CHRA, not involving statutory provision such as s. 15(2)—Tribunal failing to address interpretative principles (i.e. *expressio unius est exclusio alterius*; approach to be taken in interpreting human rights statutes) suggesting factors identified in CHRA, s. 15(2) should be read as exhaustive list—Parliament intending list in 15(2) to be exhaustive.

Judges and Courts—*Stare decisis*—Canadian Human Rights Tribunal finding *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 15(1)(c) not reasonable limit under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 1—Appropriate for Canadian Human Rights Tribunal to apply *Oakes* test, refuse to follow *McKinney v. University of Guelph*, companion cases—*McKinney* not dictating result herein because (1) significant differences between CHRA, s. 15(1)(c), provisions of provincial human rights legislation at issue in *McKinney*; (2) Supreme Court not intending *McKinney* be final word on mandatory retirement; (3) new facts available calling into question factual underpinning of *McKinney*; (4) developments in public policy, non-Charter human rights case law calling into question basis for Supreme Court's decision in *McKinney*, related cases, reflecting fact societal attitudes towards age discrimination having evolved since *McKinney* decided.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

avec l'objectif—Aucune preuve ne permet de conclure que des modalités de retraite obligatoire sont nécessaires pour réaliser les objectifs de l'art. 15(1)c—Il est possible de réaliser ces objectifs sans porter atteinte aux droits des travailleurs garantis par la Charte—L'approche du Tribunal sur la question de proportionnalité était juste—Les effets préjudiciables de la retraite obligatoire l'emportent sur ses avantages.

Interprétation des lois—Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'art. 15(1)c de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) n'est pas une limite raisonnable et justifiable en vertu de l'art. premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en interprétant l'art. 15(2) de la LCDP—Le Tribunal s'est appuyé sur l'arrêt Centre universitaire de santé McGill (*Hôpital général de Montréal*) c. *Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal* pour examiner des questions autres que les coûts, la santé et la sécurité à l'art. 15(2)—L'interprétation par le Tribunal de l'art. 15(2) de la LCDP était déraisonnable—La décision dans *McGill* n'a pas été rendue dans le cadre de la LCDP, et elle ne mettait pas en cause une disposition législative telle que l'art. 15(2)—Le Tribunal n'a pas traité de principes d'interprétation (à savoir, *expressio unius est exclusio alterius*; l'approche qu'il convient de suivre dans l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne), ce qui donne à penser que les facteurs mentionnés à l'art. 15(2) de la LCDP doivent être considérés comme une liste exhaustive—Le législateur a voulu que la liste à l'art. 15(2) soit exhaustive.

Juges et Tribunaux—*Stare decisis*—Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'art. 15(1)c de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) n'est pas une limite raisonnable en vertu de l'art. premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Il était approprié pour le Tribunal canadien des droits de la personne d'appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* et de refuser de suivre l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* et des arrêts connexes—L'arrêt *McKinney* ne dicte pas le résultat de la présente affaire en raison 1) des différences entre l'art. 15(1)c de la LCDP et les dispositions de la loi provinciale en matière de droits de la personne en litige dans *McKinney*; 2) du fait que la Cour suprême n'envisageait pas que l'arrêt *McKinney* tranche de manière définitive la question de la retraite obligatoire; 3) de la présence de faits nouveaux qui mettent en doute le fondement factuel de l'arrêt *McKinney*; 4) de l'évolution des politiques d'intérêt public et de la jurisprudence en matière de droits de la personne dans un contexte non lié à la Charte, qui remet en question le fondement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney* et des arrêts connexes, et reflètent le fait que

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Citizenship and Immigration) v. B386 (F.C.) 220

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Detention and release—Motion, *inter alia*, to stay Immigration Division (ID) order dated January 2011 releasing respondent from detention until application for leave, judicial review thereof determined on merits—Respondent subject of two consecutive judicial reviews challenging previous release orders issued respectively in November, December 2010—Judicial review of November 2010 release order dismissed—Respondent moving to have present motion dismissed on grounds of mootness, abuse of process—Applicant claiming that in succession of detention review orders made by ID, each successive order superseding antecedent; thus, November 2010 order ceasing to have effect when December 2010 order issued—Detainee’s liberty interests in detention review not impacted in same way that they are when judicial review brought of release order—In latter case, detained person would have been released but for applicant’s application for judicial review, stay—Therefore, spectre of abuse of process arising differently in both cases—While judicial review of November 2010 release order dismissed, issue of mootness thereof not definitively decided—In context of mandated detention review every 30 days, applicant’s position would allow Crown to obtain prolonged if not indefinite stay of release order(s) through court process, as is evidenced in respondent’s case—Parliament could not have intended to create unending cycle whereby respondent would never benefit from positive court decision upholding release order—Accepting applicant’s position would result in abuse of process—Respondent’s case presenting unique fact scenario where if successful on stay application, applicant will have denied respondent benefit of three release orders, positive Court decision through consecutive judicial review proceedings—Respondent’s liberty interests herein outweighing enforcement of cited case law regarding successive detention review orders—Relief sought in present motion becoming moot given February 2011 decision maintaining, rendering operative November 2010 release order—Motion dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les attitudes sociales à l’égard de la discrimination fondée sur l’âge ont évolué depuis que l’arrêt *McKinney* a été rendu.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B386 (C.F.) 220

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Détention et mise en liberté—Requête visant, entre autres, à faire surseoir à l’ordonnance de la Section de l’immigration (la SI), prononcée en janvier 2011, libérant le défendeur jusqu’à ce que soit tranchée sur le fond la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire—Le défendeur est visé par deux autres demandes de contrôle judiciaire consécutives, contestant les ordonnances de mise en liberté antérieures rendues respectivement en novembre et en décembre 2010—La demande de contrôle judiciaire qui visait l’ordonnance de mise en liberté de novembre 2010 a été rejetée—Le défendeur a tenté de faire rejeter la présente requête en raison du caractère théorique de celle-ci et de l’abus de procédure—Le demandeur soutient que dans la série d’ordonnances faisant suite à des contrôles successifs des motifs de détention rendues par la SI, chaque ordonnance remplace celle qui la précède; par conséquent, l’ordonnance de novembre 2010 a perdu tout effet quand la SI a rendu l’ordonnance de décembre 2010—Le droit à la liberté de la personne détenue, dans un contrôle des motifs de détention, n’est pas enfreint aussi gravement que dans le cas où le contrôle judiciaire d’une ordonnance de mise en liberté est demandé—Dans ce dernier cas, la personne détenue aurait été libérée, n’eût été la demande de contrôle judiciaire et de sursis du demandeur—Par conséquent, le spectre d’un abus de procédure apparaît différemment dans les deux situations—Bien que la demande de contrôle judiciaire visant l’ordonnance de mise en liberté de novembre 2010 ait été rejetée, la question du caractère théorique n’a pas été tranchée définitivement—Puisque la détention doit être obligatoirement l’objet d’un contrôle tous les 30 jours, la position du demandeur permettrait à l’État d’obtenir le sursis prolongé, voire d’une durée indéterminée, des ordonnances de mise en liberté grâce au processus judiciaire, comme le démontre la situation du défendeur—Le législateur n’aurait pas pu avoir l’intention de créer un cycle sans fin, selon lequel le défendeur ne tirerait jamais avantage d’une décision favorable de la Cour confirmant sa mise en liberté—Souscrire à la position du demandeur donnerait lieu à un abus du processus judiciaire—La situation du défendeur est inédite, en ce que si le demandeur a gain de cause dans la requête en sursis, il aura empêché le défendeur de bénéficier de trois ordonnances de mise en liberté et d’une décision favorable de la Cour au moyen de contrôles judiciaires consécutifs—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Reference re Broadcasting Act (F.C.A.) 231

Broadcasting—Reference by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) to determine whether CRTC empowered, pursuant to mandate under *Broadcasting Act*, to establish regime enabling private local television stations to negotiate with broadcasting distribution undertakings (BDUs) fair value in exchange for distribution of programming services broadcast thereby—Regime would allow private local television stations to charge BDUs for right to retransmit television stations' signals—*Per* Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): Implementation of proposed regime within CRTC's statutory authority, subject to *Copyright Act*, legislative history thereof—Under *Copyright Act*, s. 31(2), BDU having statutory right to retransmit local signal of private local television station without paying royalty provided retransmission meeting conditions stated therein—However, conditions under *Copyright Act*, s. 31(2) significant, requiring that retransmission be lawful under *Broadcasting Act*—Therefore, open to CRTC to adopt proposed regime if CRTC determining regime required to meet objectives of Canada's broadcasting policy under *Broadcasting Act*, s. 3(1)—Question answered affirmatively—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Proposed regime ultra vires powers of CRTC since regime conflicting with clear statement in *Copyright Act*, s. 31(2)(d) that royalties must be paid only for retransmission of distant signals, not local signals—While Parliament delegating power to CRTC when passing *Broadcasting Act*, delegation of power not absolute.

Copyright—Infringement—Reference to determine whether Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) empowered, pursuant to mandate under

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Le droit à la liberté du défendeur prévaut ici sur l'application de la jurisprudence citée sur les séries d'ordonnances faisant suite à des contrôles successifs des motifs de détention—La réparation demandée dans le cadre de la présente requête est devenue théorique depuis la décision de février 2011, qui confirme l'ordonnance de mise en liberté et lui donne effet—Requête rejetée.

Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion (C.A.F.) 231

Radiodiffusion—Renvoi par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) en vue de déterminer si le CRTC a la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par celles-ci—Le régime permettrait aux stations privées de télévision locale d'imposer des redevances aux EDR en échange du droit de retransmettre leurs signaux—La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La loi confère au CRTC le pouvoir de mettre en œuvre le régime proposé, sous réserve de la *Loi sur le droit d'auteur* et de son historique législatif—En vertu de l'art. 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, les EDR ont le droit de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance, pourvu que la retransmission respecte les conditions qui y sont énoncées—Cependant, les conditions prévues à l'art. 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* sont importantes et exigent que la retransmission soit licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*—Par conséquent, il est loisible au CRTC d'adopter le régime proposé si le CRTC détermine que le régime est requis pour satisfaire aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en vertu de l'art. 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*—Une réponse affirmative a été donnée à la question—Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Le régime proposé excède la compétence du CRTC, car le régime est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'art. 31(2)(d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux—Bien que le législateur ait délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la *Loi sur la radiodiffusion*, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue.

Droit d'auteur—Violation—Renvoi visant à déterminer si le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a la compétence, en vertu du mandat que lui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Broadcasting Act, to establish value for signal regime allowing private local television stations to demand royalty from cable television service providers (broadcast distribution undertakings or BDUs) for retransmission of local signals—*Per* Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): While BDUs having statutory right to retransmit signal of private local television station without paying royalty pursuant to *Copyright Act*, s. 31(2), CRTC not precluded from implementing value for signal regime since proposed regime complying with CRTC's statutory mandate—*Per* Nadon J.A. (dissenting): Value for signal regime ultra vires powers of CRTC because regime conflicting with Parliament's clear statement in *Copyright Act*, s. 31(2)(d) that royalties must be paid only for retransmission of distant signals, not for retransmission of local signals—This statement clear limit on CRTC's power to impose conditions under *Broadcasting Act*.

World Fuel Services Corporation v. Nordems (Ship) (F.C.A.) 183

Maritime Law—Liens and Mortgages—Appeal from Federal Court decision allowing summary judgment in action for non-payment of bunkers delivered to vessel—Bunkers purchased by subtime charterer of vessel, not by shipowners—Contract to purchase bunkers including choice of law clause—Charterers involved herein prohibited from taking bunkers on shipowners' or ship's credit—Subtime charterer becoming bankrupt, unable to pay for delivered bunkers—Whether Federal Court wrongly concluding that appellant not having valid claim in personam or in rem herein, that presumption under Canadian maritime law regarding necessities having been rebutted, that transaction at issue not governed by American law—Federal Court not erring in analysis of requirements needed to rebut presumption that necessities ordered on credit of ship—Under Canadian maritime law, in rem action cannot exist for claim of necessities unless shipowners proven liable in personam—Presumption under Canadian, American maritime law distinct—Federal Court correctly finding shipowners herein having rebutted applicable presumption—Appellant knew or ought to have known that subtime charterer not owner of ship, should have inquired regarding subtime charterer's authority to bind ship—Federal Court not erring in determining that transaction at issue not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime de compensation pour la valeur des signaux permettant aux stations privées de télévision locale d'exiger des redevances des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés « entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») pour la retransmission de signaux locaux—La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : Bien que les EDR aient le droit, en vertu de la loi, de retransmettre les signaux de stations privées de télévision locale sans payer de redevance, en vertu de l'art. 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, cela n'empêche pas le CRTC de mettre en œuvre un régime de compensation pour la valeur des signaux, étant donné que le régime proposé est conforme au mandat que confère la loi au CRTC—Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Le régime de compensation pour la valeur des signaux excède la compétence du CRTC parce que ce régime est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'art. 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux—Cet énoncé vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

World Fuel Services Corporation c. Nordems (Navire) (C.A.F.) 183

Droit maritime—Privilèges et hypothèques—Appel interjeté à l'égard d'une décision de la Cour fédérale qui a fait droit à une requête en jugement sommaire dans une action pour défaut de paiement de combustible de soute livré au navire—Le combustible de soute a été acheté par le sous-affrèteur à temps du navire, et non par les propriétaires—Le contrat d'achat du combustible de soute comportait une clause relative aux choix du droit applicable—Les affrêteurs parties aux présentes se sont vu interdire de faire livrer du combustible de soute sur le crédit des propriétaires ou sur le crédit du navire—Le sous-affrèteur à temps a fait faillite, et n'a pu payer le combustible de soute livré—La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que l'appelante n'avait pas de créance personnelle ou réelle valide à l'égard des présentes, que la présomption selon le droit maritime canadien concernant les approvisionnements nécessaires avait été réfutée, et que la transaction en cause n'était pas régie par le droit américain?—La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en analysant les conditions requises pour réfuter la présomption selon laquelle des approvisionnements nécessaires avaient été commandés sur le crédit du navire—En droit maritime canadien, il ne peut y avoir d'action réelle relativement à une créance au titre des approvisionnements nécessaires, à moins qu'il ne soit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

governed by American law despite choice of law provision in supply contract—Choice of law provision not to be given any weight when shipowners not party to supply contract, not misleading supplier into believing purchaser authorized to act on behalf of shipowners—In present case, no contract existing between shipowners, supplier of necessities—Appeal dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

démontré que les propriétaires du navire sont personnellement responsables—La présomption invoquée en droit maritime canadien diffère de la présomption en droit maritime américain—La Cour fédérale était justifiée de conclure que les propriétaires du navire avaient réfuté la présomption applicable—L'appelante savait, ou aurait dû savoir, que le sous-affrèteur à temps n'était pas le propriétaire du navire; elle aurait dû vérifier si le sous-affrèteur à temps était autorisé à lier le navire—La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en déterminant que la transaction en litige n'était pas régie par le droit américain, en dépit de la clause relative au choix du droit applicable figurant au contrat d'approvisionnement—La clause relative au choix du droit applicable n'a aucune importance lorsque les propriétaires du navire ne sont pas parties au contrat d'approvisionnement et n'ont pas incité le fournisseur à croire que l'acheteur était autorisé à agir au nom des propriétaires du navire—En l'espèce, aucun contrat ne liait les propriétaires du navire et les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires—Appel rejeté.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Kane v. Canada (Attorney General), 2011 FCA 19, [2012] 4 F.C.R. 112, has been reversed on appeal (2012 SCC 64). The reasons for judgment, handed down November 23, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Reference re Broadcasting Act, 2011 FCA 64, [2012] 4 F.C.R. 231, has been reversed on appeal (2012 SCC 68). The reasons for judgment, handed down December 13, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Bernard v. Canada (Attorney General), A-184-11, 2012 FCA 92, Evans J.A., judgment dated March 16, 2012, leave to appeal to S.C.C. granted November 22, 2012.

Canada v. South Yukon Forest Corporation, A-307-10, 2012 FCA 165, Stratas J.A., judgment dated May 31, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused December 6, 2012.

Harkat (Re), A-76-11, 2012 FCA 122, Létourneau J.A., judgment dated April 25, 2012, leave to appeal to S.C.C. granted November 22, 2012.

McBride v. Canada (National Defence), A-343-11, 2012 FCA 181, Pelletier J.A., judgment dated June 15, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused December 13, 2012.

Teva Canada Limited v. Wyeth LLC, A-417-11, A-486-11, 2012 FCA 141, Sharlow J.A., judgment dated May 8, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 29, 2012.

Trevor Nicholas Construction Co. Limited v. Canada, A-69-11, 2012 FCA 110, Dawson J.A., judgment dated April 11, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 22, 2012.

Trevor Nicholas Construction Co. Limited v. Canada (Public Works), A-375-11, 2012 FCA 111, Dawson J.A., judgment dated April 11, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused November 22, 2012.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Kane c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 19, [2012] 4 R.C.F. 112, a été infirmé en appel (2012 CSC 64). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 23 novembre 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Le Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion, 2011 CAF 64, [2012] 4 R.C.F. 231, a été infirmé en appel (2012 CSC 68). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 13 décembre 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bernard c. Canada (Procureur général), A-184-11, 2012 CAF 92, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 16 mars 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 22 novembre 2012.

Canada c. South Yukon Forest Corporation, A-307-10, 2012 CAF 165, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 31 mai 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 6 décembre 2012.

Harkat (Re), A-76-11, 2012 CAF 122, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 25 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 22 novembre 2012.

McBride c. Canada (Défense nationale), A-343-11, 2012 CAF 181, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 15 juin 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 décembre 2012.

Teva Canada Limited c. Wyeth LLC, A-417-11, A-486-11, 2012 CAF 141, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 8 mai 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 29 novembre 2012.

Trevor Nicholas Construction Co. Limited c. Canada, A-69-11, 2012 CAF 110, le juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 11 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 novembre 2012.

Trevor Nicholas Construction Co. Limited c. Canada (Travaux publics), A-375-11, 2012 CAF 111, le juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 11 avril 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 novembre 2012.

**Federal Courts
Reports**

2012, Vol. 4, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 4, 2^e fascicule

A-148-10
2011 FCA 73

A-148-10
2011 CAF 73

World Fuel Services Corporation (*Appellant*)

World Fuel Services Corporation (*appelante*)

v.

c.

The Ship “Nordems” and the owners and all others interested in the ship “Nordems” and Reederei “Nord” Klaus E. Oldendorff GmbH and Partenreederei ms “Nordems” and Parkroad Corporation (*Respondents*)

Le navire « Nordems » et les propriétaires du navire « Nordems » et toutes les autres personnes ayant un droit sur ce navire et Reederei « Nord » Klaus E. Oldendorff GmbH et Partenreederei ms « Nordems » et Parkroad Corporation (*intimés*)

INDEXED AS: WORLD FUEL SERVICES CORPORATION v. NORDEMS (SHIP)

RÉPERTORIÉ : WORLD FUEL SERVICES CORPORATION c. NORDEMS (NAVIRE)

Federal Court of Appeal, Létourneau, Nadon and Trudel J.J.A.—Montréal, December 16, 2010; Ottawa, February 25, 2011.

Cour d’appel fédérale, juges Létourneau, Nadon et Trudel, J.C.A.—Montréal, 16 décembre 2010; Ottawa, 25 février 2011.

Maritime Law — Liens and Mortgages — Appeal from Federal Court decision allowing summary judgment in action for non-payment of bunkers delivered to vessel — Bunkers purchased by subtime charterer of vessel, not by shipowners — Contract to purchase bunkers including choice of law clause — Charterers involved herein prohibited from taking bunkers on shipowners’ or ship’s credit — Subtime charterer becoming bankrupt, unable to pay for delivered bunkers — Whether Federal Court wrongly concluding that appellant not having valid claim in personam or in rem herein, that presumption under Canadian maritime law regarding necessities having been rebutted, that transaction at issue not governed by American law — Federal Court not erring in analysis of requirements needed to rebut presumption that necessities ordered on credit of ship — Under Canadian maritime law, in rem action cannot exist for claim of necessities unless shipowners proven liable in personam — Presumption under Canadian, American maritime law distinct — Federal Court correctly finding shipowners herein having rebutted applicable presumption — Appellant knew or ought to have known that subtime charterer not owner of ship, should have inquired regarding subtime charterer’s authority to bind ship — Federal Court not erring in determining that transaction at issue not governed by American law despite choice of law provision in supply contract — Choice of law provision not to be given any weight when shipowners not party to supply contract, not misleading supplier into believing purchaser authorized to act on behalf of shipowners — In present case, no contract existing between shipowners, supplier of necessities — Appeal dismissed.

Droit maritime — Privilèges et hypothèques — Appel interjeté à l’égard d’une décision de la Cour fédérale qui a fait droit à une requête en jugement sommaire dans une action pour défaut de paiement de combustible de soute livré au navire — Le combustible de soute a été acheté par le sous-affrètement à temps du navire, et non par les propriétaires — Le contrat d’achat du combustible de soute comportait une clause relative aux choix du droit applicable — Les affrètement parties aux présentes se sont vu interdire de faire livrer du combustible de soute sur le crédit des propriétaires ou sur le crédit du navire — Le sous-affrètement à temps a fait faillite, et n’a pu payer le combustible de soute livré — La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en concluant que l’appelante n’avait pas de créance personnelle ou réelle valide à l’égard des présentes, que la présomption selon le droit maritime canadien concernant les approvisionnements nécessaires avait été réfutée, et que la transaction en cause n’était pas régie par le droit américain? — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en analysant les conditions requises pour réfuter la présomption selon laquelle des approvisionnements nécessaires avaient été commandés sur le crédit du navire — En droit maritime canadien, il ne peut y avoir d’action réelle relativement à une créance au titre des approvisionnements nécessaires, à moins qu’il ne soit démontré que les propriétaires du navire sont personnellement responsables — La présomption invoquée en droit maritime canadien diffère de la présomption en droit maritime américain — La Cour fédérale était justifiée de conclure que les propriétaires du navire avaient réfuté la présomption applicable — L’appelante savait, ou aurait dû savoir, que le sous-affrètement à temps n’était pas le propriétaire

du navire; elle aurait dû vérifier si le sous-affrèteur à temps était autorisé à lier le navire — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en déterminant que la transaction en litige n'était pas régie par le droit américain, en dépit de la clause relative au choix du droit applicable figurant au contrat d'approvisionnement — La clause relative au choix du droit applicable n'a aucune importance lorsque les propriétaires du navire ne sont pas parties au contrat d'approvisionnement et n'ont pas incité le fournisseur à croire que l'acheteur était autorisé à agir au nom des propriétaires du navire — En l'espèce, aucun contrat ne liait les propriétaires du navire et les fournisseurs d'approvisionnements nécessaires — Appel rejeté.

This was an appeal from a Federal Court decision in particular allowing a motion for summary judgment against the appellant and resulting in the dismissal of his statement of claim. The action brought against the respondents was for non-payment of an invoice for US\$328 282.09 for the supply of 500 metric tonnes of fuel oil (bunkers) to the vessel ms *Nordems*. The ship was owned and managed by two German entities and the purchaser of the bunkers was a subtime charterer of the vessel. An email confirming the sale sent by the appellant to the subtime charterer specified that the sale was on the vessel's credit and carried a maritime lien. It also stated that the sale would be governed by U.S. laws. The bunkers were delivered to the vessel. An invoice was subsequently issued to the vessel, its owners and the subtime charterer. The subtime charterer became bankrupt afterwards and did not pay for the delivered bunkers. The vessel was consequently arrested and an action was taken against the shipowners and their ship for the appellant's unpaid claim. Prior to this transaction, the shipowners had entered into a time charter party agreement with a charterer. The charterers involved herein were expressly prohibited in their respective charter parties from taking bunkers on the shipowners' credit and on the ship's credit.

The appellant claimed in particular that the Federal Court wrongly concluded that it did not have a claim *in personam* against the shipowners or *in rem* against the vessel and that American law did not govern the bunker supply contract.

The main issues were whether the Federal Court wrongly concluded that the appellant did not have a valid claim *in personam* or *in rem* under Canadian maritime law, that the presumption under Canadian maritime law that the necessities were supplied on the ship's credit had been rebutted

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'égard d'une décision de la Cour fédérale qui faisait droit à une requête en jugement sommaire à l'encontre de l'appelante et qui a abouti au rejet de la déclaration de l'appelante. L'action intentée contre les intimés était relative au défaut de paiement d'une facture de 328 282,09 \$US à l'égard de la fourniture de 500 tonnes métriques de combustible liquide (le combustible de soute) au navire ms *Nordems*. Deux entités allemandes possédaient et géraient le navire, et l'acheteur du combustible de soute était un sous-affrèteur à temps du navire. Un courriel confirmant la vente, envoyé par l'appelante au sous-affrèteur à temps, précisait que la vente était effectuée sur le crédit du navire et grevait le navire d'un privilège maritime. Le courriel précisait également que la vente serait régie par les lois des États-Unis. Le combustible de soute a été livré au navire. Une facture a par la suite été envoyée au navire, à ses propriétaires et au sous-affrèteur à temps. Le sous-affrèteur à temps a ensuite fait faillite et n'a pas payé le combustible de soute qui avait été livré. En conséquence, le navire a été saisi, et une action a été intentée contre les propriétaires du navire et contre leur navire, relativement à la créance impayée de l'appelante. Avant cette transaction, les propriétaires du navire avaient conclu un contrat d'affrètement à temps avec un affrèteur. Les affrèteurs en l'espèce se sont vu interdire expressément, dans leurs contrats d'affrètement respectifs, de faire livrer du combustible de soute sur le crédit des propriétaires du navire et sur le crédit du navire.

L'appelante alléguait notamment que la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant qu'elle n'avait pas de créance personnelle valide à faire valoir contre les propriétaires du navire, ou de créance réelle valide contre le navire, et que le droit américain ne régissait pas le contrat d'approvisionnement en combustible de soute.

Les questions principales étaient celles d'établir si la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant que l'appelante n'avait pas de créance personnelle ou réelle valide en droit maritime canadien, que la présomption, en droit maritime canadien, selon laquelle les approvisionnements nécessaires

and that the transaction in question was not governed by American law but by Canadian law.

Held, the appeal should be dismissed.

While the Federal Court was clearly of the opinion that the presumption under Canadian maritime law that the necessities had been ordered on the credit of the ship applied in this case, it also clearly stated that the shipowners had rebutted that presumption. The Federal Court did not err in its analysis of what is required to rebut the presumption. Under Canadian maritime law, there can be no *in rem* action and, hence, no arrest, for a claim of necessities unless it can be shown that the shipowners are liable *in personam*. The presumption which the appellant asserted as applicable here was the one it would be entitled to rely on if American law were applicable, not the one it could rely on under Canadian maritime law.

The Federal Court did not err in concluding that the shipowners had rebutted the presumption that applied in this case. The appellant knew or ought to have known that the subtime charterer was not the owner of the ship. The appellant had access to marine publications, which would have allowed it to determine the ownership of the vessel. Therefore, the appellant was on notice and should have taken steps to verify whether the subtime charterer had authority to bind the vessel. Whether the presumption under Canadian law is rebutted must be determined by a proper assessment of all relevant facts, including whether the supplier made reasonable inquiries to ascertain the authority of the person requesting the necessities. The Federal Court carefully reviewed all of the relevant evidence on this question and did not err when it held that the appellant ought to have inquired regarding the subtime charterer's authority to bind the ship.

The Federal Court did not err in determining that the transaction at issue was not governed by American law. While there was a choice of law clause in the bunker supply contract between the appellant and the subtime charterer, the shipowners clearly did not agree to the U.S. choice of law provision found therein. Where, as in the present case, there is no contract between the shipowners and the supplier of necessities and the shipowners have not, by their attitude and conduct, misled the supplier into believing that the purchaser of necessities was authorized to act on their behalf, the choice of law provision should not be given any weight. The proper law is thus determined by an attempt to ascertain, on the basis of the

étaient fournis sur le crédit du navire avait été réfutée, et que la transaction en question était régie non pas par le droit américain, mais par le droit canadien.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Même si la Cour fédérale était clairement d'avis que la présomption, en droit maritime canadien, selon laquelle les approvisionnements nécessaires avaient été commandés sur le crédit du navire, s'appliquait dans cette affaire, elle a également précisé sans ambages que les propriétaires du navire avaient réfuté cette présomption. La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son analyse des éléments nécessaires pour réfuter la présomption. En droit maritime canadien, il ne peut y avoir d'action réelle et, par conséquent, de saisie, relativement à une créance au titre des approvisionnements nécessaires, à moins qu'il ne puisse être démontré que les propriétaires du navire sont personnellement responsables. La présomption que l'appelante prétendait applicable en l'espèce était celle qu'elle aurait pu invoquer si le droit américain avait été applicable, et non celle qu'elle pouvait invoquer en droit maritime canadien.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les propriétaires du navire avaient réfuté la présomption applicable en l'espèce. L'appelante savait, ou aurait dû savoir, que le sous-affrètement à temps n'était pas le propriétaire du navire. L'appelante avait accès à des publications maritimes, qui lui auraient permis de déterminer à qui appartenait le navire. Par conséquent, l'appelante était au courant et aurait dû prendre des mesures pour vérifier si le sous-affrètement à temps avait le pouvoir de lier le navire. Pour savoir si la présomption en droit canadien est réfutée, il faut évaluer de façon appropriée tous les faits pertinents, notamment la mesure dans laquelle le fournisseur a fait des vérifications raisonnables pour connaître l'étendue du pouvoir de la personne ayant demandé les approvisionnements nécessaires. La Cour fédérale a examiné avec soin l'ensemble de la preuve pertinente sur cette question et n'a pas commis d'erreur en statuant que l'appelante aurait dû s'enquérir du pouvoir du sous-affrètement à temps de lier le navire.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en déterminant que la transaction en litige n'était pas régie par le droit américain. Même si le contrat d'approvisionnement en combustible de soute conclu entre l'appelante et le sous-affrètement à temps comportait une clause sur le choix du droit applicable, les propriétaires du navire n'avaient manifestement pas accepté la clause de choix du droit américain qui s'y trouvait. Lorsque, comme dans le cas présent, il n'existe pas de contrat entre les propriétaires du navire et le fournisseur des approvisionnements nécessaires et que les propriétaires n'ont pas, par leur comportement ou leur attitude, incité le fournisseur à croire que l'acheteur des approvisionnements nécessaires était

facts and events of the case, which jurisdiction has the closest and most substantial connection to the transaction. The Federal Court did not make a reviewable error with how it dealt with the choice of law provision found in the contract between the appellant and the subtime charterer.

autorisé à agir en leur nom, la clause de choix du droit applicable ne devrait avoir aucune importance. Le droit applicable est donc déterminé en cherchant à savoir, à la lumière des faits et des événements mis en preuve, le ressort ayant le lien le plus étroit et le plus réel avec la transaction. La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision quant à la façon dont elle a appliqué la disposition sur le droit applicable que renfermait le contrat conclu entre l'appelante et le sous-affrètement à temps.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 30341 (2006).

CASES CITED

CONSIDERED:

JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The), 2008 FCA 399, [2009] 4 F.C.R. 109, 305 D.L.R. (4th) 442, 388 N.R. 39; *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, 2001 FCA 391, [2002] 3 F.C. 190, 209 D.L.R. (4th) 158, 283 N.R. 182, revg 2000 CanLII 16066, 187 F.T.R. 208 (F.C.T.D.); *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199, 99 N.R. 42 (C.A.); *Marlex Petroleum, Inc. v. The Ship "Har Rai"*, [1984] 2 F.C. 345, (1984), 4 D.L.R. (4th) 739, 53 N.R. 1 (C.A.), affd [1987] 1 S.C.R. 57, (1987), 72 N.R. 75; *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157, (1979), 99 D.L.R. (3d) 235, 10 C.P.C. 9, 26 N.R. 313; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Cann v. Roberts* (1874), 30 L.T.R. 424 (Eng.).

REFERRED TO:

Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd., [1989] 2 S.C.R. 683, (1989), 62 D.L.R. (4th) 36, 101 N.R. 1; *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680, [1926] 4 D.L.R. 801; *Todd Shipyards Corp. v. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] S.C.R. 1248, (1972), 32 D.L.R. (3d) 571.

AUTHORS CITED

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
 Gilmore, G. and C. L. Black. *The Law of Admiralty*, 2nd ed. New York: Foundation Press, 1975.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2nd ed. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 332, 366 F.T.R. 118) in particular allowing a motion for

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Commercial Instruments and Maritime Liens Act, 46 U.S.C. § 30341 (2006).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le), 2008 CAF 399, [2009] 4 R.C.F. 109, 305 D.L.R. (4th) 442, 388 N.R. 39; *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, 2001 CAF 391, [2002] 3 C.F. 190, infirmant 2000 CanLII 16066 (C.F. 1^{re} inst.); *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (C.A.); *Marlex Pétroleum, Inc. c. Le navire « Har Rai »*, [1984] 2 C.F. 345, (C.A.), conf. par [1987] 1 R.C.S. 57; *Tropwood A.G. et autres. c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953); *Cann v. Roberts* (1874), 30 L.T.R. 424 (Angl.).

DÉCISIONS CITÉES :

Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd., [1989] 2 R.C.S. 683; *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680, [1926] 4 D.L.R. 801; *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248.

DOCTRINE CITÉE

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd. Toronto : Butterworths, 1997.
 Gilmore, G. et C. L. Black. *The Law of Admiralty*, 2^e éd. New York : Foundation Press, 1975.
 Tetley, William. *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd. Cowansville, Qc : Yvon Blais, 1998.

APPEL interjeté à l'égard d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 332) en particulier, faisant droit à une

summary judgment against the appellant in an action for non-payment of bunkers. Appeal dismissed.

requête en jugement sommaire contre l'appelante, dans une action pour défaut de paiement de combustible de soute. Appel rejeté.

APPEARANCES

Christopher J. Giaschi for appellant.
John O'Connor for respondents.

ONT COMPARU

Christopher J. Giaschi pour l'appelante.
John O'Connor pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Giaschi & Margolis, Vancouver, for appellant.
Langlois Gaudreau O'Connor LLP, Québec, for respondents.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Giaschi & Margolis, Vancouver, pour l'appelante.
Langlois Gaudreau O'Connor s.r.l., Québec, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a decision of Harrington J. of the Federal Court (the Judge), 2010 FC 332, 366 F.T.R. 118, dated March 25, 2010, who allowed a motion for summary judgment brought by the respondents Partenreederei ms *Nordems* and Reederei “Nord” Klaus E. Oldendorff GmbH, and dismissed a similar application brought by the appellant World Fuel Services Corporation. As a result, the Judge dismissed the appellant’s statement of claim with costs as against all the respondents other than the respondent Parkroad Corporation (Parkroad).

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : Il s’agit d’un appel interjeté à l’égard de la décision en date du 25 mars 2010, publiée sous la référence 2010 CF 332, par laquelle le juge Harrington de la Cour fédérale (le juge de première instance) a fait droit à une requête en jugement sommaire présentée par les intimées Partenreederei ms *Nordems* et Reederei « Nord » Klaus E. Oldendorff GmbH et a rejeté une requête similaire présentée par l’appelante World Fuel Services Corporation. En conséquence, le juge de première instance a rejeté la déclaration de l’appelante avec dépens en faveur de tous les intimés sauf l’intimée Parkroad Corporation (Parkroad).

[2] Although the action brought against the respondents, an action for non-payment of an invoice in the sum of US\$328 282.09 (invoiced amount of US\$304 905.97 plus administrative fees and interest totalling US\$23 282.12) for the supply of 500 metric tonnes of fuel oil (the bunkers) to the Cyprus-flag bulk carrier ms *Nordems* (the ship or the vessel) at Cape Town, South Africa, appears to be a straightforward matter, it is nothing of the sort. As the Judge points out in the first paragraph of his reasons, the matter before him, and now before us in this appeal, raises difficult issues, namely, the liability of the owners of the vessel for the supply of the bunkers and whether, irrespective of liability on the part of the owners, the vessel itself is liable *in rem* for the amount sought by the appellant.

[2] Bien que l’action intentée contre les intimés, soit une action relative au défaut de paiement d’une facture de 328 282,09 \$US (montant facturé de 304 905,97 \$US plus frais administratifs et intérêts de 23 282,12 \$US) à l’égard de la fourniture de 500 tonnes métriques de combustible liquide (le combustible de soute) au vraquier ms *Nordems* battant pavillon chypriote (le navire) à Cape Town, en Afrique du Sud, semble relativement simple, il n’en est rien. Comme le juge de première instance le souligne dans le premier paragraphe de ses motifs, le litige dont il était saisi et dont nous sommes maintenant saisis dans le présent appel soulève des questions difficiles, soit la responsabilité des propriétaires du navire à l’égard de la fourniture de combustible de soute et la responsabilité *in rem* (réelle) du navire

[3] More particularly, the appeal once again brings to the fore the very important differences between Canadian maritime law and American maritime law with regard to the rights of suppliers of necessities—which include the supply of bunkers—seeking to assert their unsatisfied claims against the vessel to which the necessities were supplied (see our recent decision in *JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The)*, 2008 FCA 399, [2009] 4 F.C.R. 109 (*The Lanner*). The action instituted by the appellant results from the type of transaction which Stone J.A. accurately described at paragraph 22 of his reasons in *Imperial Oil Ltd. v. Petromar Inc.*, 2001 FCA 391, [2002] 3 F.C. 190 (*Imperial Oil*), where he wrote:

While the present controversy involves transactions said to be connected to either Canada or the United States, it is not unusual in the marine shipping industry for fuel to be supplied to a vessel under a contract between parties located in several countries, negotiated in one country and performed in another sometimes by a person who was not a party to the original contract. Fortunately, complexities of that order are not present in the fact situation to be examined in this appeal.

[4] The appellant submits that the Judge erred in a number of ways. First, it says that the Judge was wrong to conclude that it did not have a claim *in personam* against the shipowners or *in rem* against the vessel. Second, it submits that the Judge erred in holding that American law did not govern the bunker supply contract. Lastly, the appellant says that the Judge erred in finding that American law, if applicable, did not grant a maritime lien in the circumstances of this case.

lui-même relativement au montant que l'appelante sollicite, indépendamment de la responsabilité des propriétaires.

[3] Plus précisément, l'appel met à nouveau en relief les différences très importantes entre le droit maritime canadien et le droit maritime américain en ce qui concerne les droits des fournisseurs d'approvisionnements nécessaires — y compris le combustible de soute — qui cherchent à faire valoir leurs créances contre le navire auquel les approvisionnements en question ont été fournis (voir la décision que nous avons récemment rendue dans l'arrêt *JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le)*, 2008 CAF 399, [2009] 4 R.C.F. 109 (*Le Lanner*). L'action intentée par l'appelante découle du type de transaction que le juge Stone a bien décrit au paragraphe 22 des motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. Petromar Inc.*, 2001 CAF 391, [2002] 3 C.F. 190 (*Imperial Oil*), où il s'est exprimé comme suit :

Bien que la présente controverse concerne des transactions qui seraient liées au Canada ou aux États-Unis, il n'est pas inhabituel, dans le domaine de la navigation maritime, qu'un navire soit approvisionné en carburant en application d'un contrat qui a été conclu entre des parties se trouvant dans plusieurs pays, négocié dans un pays et exécuté dans un autre parfois par une personne qui n'était pas partie au contrat initial. Fort heureusement, aucune complexité de cette nature n'existe en l'espèce.

[4] L'appelante reproche au juge de première instance d'avoir commis plusieurs erreurs. D'abord, soutient-elle, il a eu tort de conclure qu'elle n'avait aucune créance personnelle contre les propriétaires ni aucune créance réelle contre le navire. Ensuite, elle fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le droit américain ne régissait pas le contrat de fourniture du combustible de soute. Enfin, elle affirme que le juge a commis une erreur en concluant que, si le droit américain s'appliquait, il n'accordait pas de privilège maritime dans les circonstances de la présente affaire.

THE FACTS

[5] I now turn to a brief summary of the facts, which are mostly uncontested and which reveal complexities of the type which Stone J.A. referred to in *Imperial Oil*.

[6] At the relevant time, the ship was owned by the respondent Partenreederei ms *Nordems* (the shipowners) and managed by the respondent Reederei “Nord” Klaus E. Oldendorff GmbH (the managers), both German entities. As to the respondent Parkroad, a South Korean entity, it was, at all times material herein, a subtime charterer of the vessel.

[7] Also at the relevant time, the seller of the bunkers was either World Fuel Services (Singapore) Pte Ltd. (World Fuel Singapore), a Singapore corporation and a subsidiary of the appellant, a Florida corporation, or the appellant itself. I have used the word “or” because there is a dispute between the parties as to whether the appellant is entitled to bring this action and, hence, this appeal. At paragraph 37 of his reasons, the Judge dealt with that issue in the following terms:

As to the defendants’ assertion that the party which contracted with Parkroad was not World Fuel Services Corporation [the appellant] but rather World Fuel Services (Singapore) Pte. Ltd., there is simply not enough information in the record to allow me to dismiss the action on that basis. Given the credit provisions and the general terms and conditions, I will proceed on the basis that World Fuel Services Corporation of Miami is a proper plaintiff, but that it does not lie in the mouth of World Fuel Services (Singapore) Pte. Ltd. to later claim that it is the contracting party, and is not bound by the judgment herein.

[8] The bunkers were supplied to the vessel on October 15 and 16, 2008, following an exchange of e-mails between Parkroad and World Fuel Services Seoul, a division of World Fuel Singapore. The e-mail sent to Parkroad confirming the sale of the bunkers informed it that the sale was “on the credit of the VSL [vessel]” and that it was “presumed to have authority to bind the VSL with a maritime lien”. The e-mail further provided that “disclaimer stamp placed by VSL on the

LES FAITS

[5] Je résume maintenant brièvement les faits qui, pour la plupart, ne sont pas contestés et révèlent des complexités de la nature de celles que le juge Stone a décrites dans l’arrêt *Imperial Oil*.

[6] À l’époque pertinente, le navire appartenait à l’intimée Partenreederei ms *Nordems* (les propriétaires du navire) et était géré par l’intimée Reederei « Nord » Klaus E. Oldendorff GmbH (les gestionnaires), toutes deux des entités allemandes. Quant à l’intimée Parkroad, qui est une entité sud-coréenne, elle était, à l’époque pertinente, un sous-affrèteur à temps du navire.

[7] Également à l’époque pertinente, le vendeur du combustible de soute était World Fuel Services (Singapore) Pte Ltd. (World Fuel Singapore), société de Singapour et filiale de l’appelante, société de la Floride, ou l’appelante elle-même. J’ai employé le mot « ou » parce que les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si l’appelante a le droit d’intenter la présente action, d’où le présent appel. Au paragraphe 37 de ses motifs, le juge de première instance a tranché cette question comme suit :

[TRADUCTION] Quant à l’allégation des défendeurs selon laquelle la partie qui a signé une entente avec Parkroad n’était pas World Fuel Services Corporation [l’appelante], mais plutôt World Fuel Services (Singapore) Pte. Ltd., le dossier ne renferme tout simplement pas suffisamment de renseignements à ce sujet pour que je puisse rejeter l’action sur ce fondement. Compte tenu des dispositions relatives au crédit et des conditions générales, je présumerai que la société World Fuel Services Corporation de Miami est une demanderesse légitime, mais qu’il n’appartient pas à World Fuel Services (Singapore) Pte. Ltd. de soutenir plus tard qu’elle est la partie contractante et n’est pas liée par le jugement rendu en l’espèce.

[8] Le navire a reçu livraison du combustible de soute les 15 et 16 octobre 2008, par suite d’un échange de courriels entre Parkroad et World Fuel Services Seoul, division de World Fuel Singapore. Selon le courriel envoyé à Parkroad pour confirmer la vente du combustible de soute, la vente était effectuée [TRADUCTION] « sur le crédit du navire » et [TRADUCTION] « le pouvoir de grever le navire d’un privilège maritime [était] présumé ». Le courriel comportait également l’avis suivant :

bunker receipt will have no effect and do not waive the seller's lien". Finally, the e-mail informed Parkroad that the sale was made subject to the seller's general terms and conditions which, *inter alia*, provided that the sale would be governed by the laws of the United States and the State of Florida.

[9] The bunker delivery receipt is on a Caltex Oil (SA) (Pty) (Ltd.) (Caltex) letterhead and shows delivery of 500.001 metric tonnes on October 16, 2008. The following stamp was apposed thereon by the master of the vessel:

This service/supply is for the account of vessel's Time Charterers, Messrs. Parkroad Corp. On behalf of vessel's owner, I herewith declare that neither Owner nor vessel are responsible for payment of this service/supply.

[10] On October 20, 2008, an invoice in the sum of US\$304 905.97 was issued by World Fuel Services Seoul and directed to the vessel, its owners and to Parkroad at an address in South Korea, presumably Parkroad's business address, and calling for payment to be made at the appellant's bank located in Chicago, Illinois, U.S.A.

[11] Some time after the supply of the bunkers, Parkroad became bankrupt and did not pay for them. As a result, the vessel was arrested on December 12, 2008 at Baie-Comeau, Quebec. The shipowners posted bail for the release of their ship and proceeded to defend the action taken against them and their ship. Parkroad, needless to say, has not sought to defend the action against it.

[12] A few words concerning the charter parties pursuant to which the vessel was operated will be useful.

[13] On May 9, 2007, the shipowners and AS Klaveness Chartering of Oslo, Norway, entered into a time charter party agreement, in the 1992 New York Produce Exchange Form. Pursuant thereto, the vessel was

[TRADUCTION] « les avis d'exonération apposés sur les reçus de livraison du combustible de soute seront inopérants et ne constituent pas un abandon du privilège du vendeur ». Enfin, dans ce même courriel, Parkroad était informée que la vente était assujettie aux conditions générales du vendeur, lesquelles prévoyaient notamment que la vente serait régie par les lois des États-Unis et de l'État de la Floride.

[9] Le reçu de livraison du combustible de soute figure sur du papier à en-tête de Caltex Oil (SA) (Pty) (Ltd.) (Caltex) et fait état de la livraison de 500,001 tonnes métriques le 16 octobre 2008. Le capitaine du navire a apposé l'avis suivant sur ce reçu :

[TRADUCTION] Le service/l'approvisionnement est effectué pour le compte des affréteurs à temps du navire, MM. Parkroad Corp. Au nom du propriétaire du navire, je déclare par les présentes que ni le propriétaire ni le navire ne sont responsables du paiement du service/de l'approvisionnement.

[10] Le 20 octobre 2008, une facture de 304 905,97 \$US a été établie par World Fuel Services Seoul et envoyée au navire, aux propriétaires de celui-ci et à Parkroad à une adresse en Corée du Sud, probablement l'adresse commerciale de Parkroad; selon cette facture, le paiement devait être versé à la banque de l'appelante située à Chicago, en Illinois, aux États-Unis.

[11] Quelque temps après la livraison du combustible de soute, Parkroad a fait faillite et n'a pas payé l'approvisionnement en question. En conséquence, le navire a été saisi le 12 décembre 2008 à Baie-Comeau, au Québec. Les propriétaires ont fourni un cautionnement pour obtenir la mainlevée de leur navire et ont contesté l'action intentée contre eux et contre le navire. Bien entendu, Parkroad n'a pas tenté de contester l'action engagée contre elle.

[12] Il convient ici de commenter brièvement les contrats d'affrètement en vertu desquels le navire a été exploité.

[13] Le 9 mai 2007, les propriétaires et AS Klaveness Chartering d'Oslo, en Norvège, ont conclu un contrat d'affrètement à temps à l'aide du formulaire de New York Produce Exchange Form de 1992. Selon ce

time-chartered for a period of between 34 and 37 months in the charterer's option and the charterer was given the right to, *inter alia*, subcharter the vessel. As a result, the vessel was subchartered on seven occasions, the last subcharter being that in favour of Parkroad, which took delivery of the vessel in Japan on February 25, 2008, and redelivered it on October 30, 2008, to its contracting party, Cosco Oceania Chartering Pty Ltd. (Cosco) of Australia.

[14] It is of importance to note that the head charter party and that between Cosco and Parkroad both contained a clause relating to the payment of bunkers and the prohibition of liens. More particularly, the clause expressly prohibited the charterers from taking bunkers on the credit of the shipowners and, hence, on the credit of their ship. The relevant clause reads as follows:

The Charterers will not directly or indirectly suffer, nor permit to be continued, any lien or encumbrance, which might have priority over the title and interest of the Owners in the Vessel. The Charterers undertake that during the period of this Charter Party, they will not procure any supplies or necessities or services, including any port expenses and bunkers, on the credit of the owners or in the Owner's time. [Emphasis added.]

[15] I also point out that both of the charter parties called for arbitration in London and provided that all disputes were to be governed by English law.

DIFFERENCES BETWEEN CANADIAN AND AMERICAN LAW

[16] Before turning to the Judge's reasons, it will be useful to say a few words concerning the differences between our law and that of the United States with regard to the rights of suppliers of necessities. It will also be useful to briefly set out the arguments made by the parties before the Judge, which arguments are essentially the same in this appeal.

contrat, le navire a été affrété à temps pour une période allant de 34 à 37 mois, au gré de l'affrètement, et celui-ci a entre autres obtenu le droit de sous-affrêter le navire. Le navire a donc été sous-affrété à sept occasions, le dernier sous-affrètement ayant été consenti en faveur de Parkroad, qui a pris livraison du navire au Japon le 25 février 2008 et l'a retourné le 30 octobre de la même année à sa partie contractante, Cosco Oceania Chartering Pty Ltd. (Cosco), de l'Australie.

[14] Il importe de préciser que le contrat d'affrètement principal et le contrat qui avait été conclu entre Cosco et Parkroad comportaient tous les deux une clause concernant le paiement du combustible de soute et l'interdiction de grever le navire de privilèges. Plus précisément, la clause interdisait expressément aux affrêteurs de faire livrer du combustible de soute sur le crédit des propriétaires et, par le fait même, sur le crédit de leur navire. Voici le texte de la clause pertinente :

[TRADUCTION] Les affrêteurs ne seront, directement ou indirectement, liés par aucun privilège ou charge qui pourrait avoir priorité sur le titre et le droit des propriétaires du navire, et ne permettront pas que ce privilège soit maintenu. Les affrêteurs s'engagent, pendant la durée de validité du présent contrat d'affrètement, à ne pas se procurer de fournitures, d'approvisionnements nécessaires ou de services, incluant les frais de port et de combustible de soute, sur le crédit des propriétaires ou sur le temps du propriétaire. [Non souligné dans l'original.]

[15] Je souligne également que les deux contrats d'affrètement prévoyaient que les arbitrages se dérouleraient à Londres et que tous les différends seraient régis par le droit anglais.

LES DIFFÉRENCES ENTRE LE DROIT CANADIEN ET LE DROIT AMÉRICAIN

[16] Avant d'examiner les motifs du juge de première instance, il convient d'examiner brièvement les différences entre notre droit et celui des États-Unis en ce qui concerne les droits des fournisseurs d'approvisionnements nécessaires. Il sera également utile d'exposer brièvement les arguments que les parties ont fait valoir devant le juge de première instance, lesquels arguments sont essentiellement les mêmes dans le présent appel.

[17] The differences between our law and that of the United States are of crucial importance in this appeal since Canadian maritime law, contrary to American maritime law, does not create a maritime lien in favour of a supplier of necessaries. Further, under Canadian maritime law, personal liability of the shipowner is required for a successful action *in rem* by a supplier of necessaries, whereas, under American law, personal liability of the shipowner is not required for such an action to be successful.

[18] Also of relevance is the fact that under American law, a charterer is presumed to have authority from the owner of the ship to subject the ship to a maritime lien for necessaries, in the absence of the supplier's actual knowledge of a prohibition of lien clause in the charter party. In other words, there exists a presumption that a necessaries man has contracted on the credit of the ship, which presumption can only be rebutted by showing that the necessaries man knew that his contracting party was not authorized to bind the ship. Failing rebuttal of the presumption, the supplier of necessaries can enforce his maritime lien on the ship.

[19] Although there is also a presumption under Canadian maritime law that necessaries were ordered on the credit of the ship, our law does not go as far as requiring actual knowledge of lack of authority on the part of the supplier for a successful rebuttal of the presumption. This is why the Judge, in the course of his reasons, characterized the presumption under Canadian law as a "weaker presumption" (paragraph 40 of Judge's reasons).

[20] These principles—elaborated during the course of the 19th and 20th centuries by English, Canadian and American courts—were fully discussed by our Court in a number of recent decisions, namely: *Imperial Oil*, at paragraphs 23 to 27; *The Lanner*, at paragraphs 8, 9, 20, 21, 22 and 23; *Mount Royal/Walsh Inc. v. Jensen Star (The)*, [1990] 1 F.C. 199 (*Mount Royal*), at pages 214 to 217; and in *Marlex Petroleum Inc. v. The Ship "Har*

[17] Les différences entre notre droit et celui des États-Unis revêtent une importance cruciale pour le présent appel, car, contrairement au droit maritime américain, le droit maritime canadien ne prévoit pas la création d'un privilège maritime en faveur d'un fournisseur d'approvisionnements nécessaires. De plus, selon le droit maritime canadien, pour que le fournisseur d'approvisionnements nécessaires ait gain de cause dans l'action réelle qu'il intente, le propriétaire du navire doit être personnellement responsable, alors que cette responsabilité n'est pas nécessaire en droit américain.

[18] Qui plus est, en droit américain, l'affrèteur est réputé avoir obtenu du propriétaire du navire le pouvoir de grever le navire d'un privilège maritime relativement aux approvisionnements nécessaires lorsque le fournisseur n'est pas au courant de l'existence d'une clause interdisant ce type de privilège dans le contrat d'affrètement. En d'autres termes, il existe une présomption selon laquelle le fournisseur d'approvisionnements nécessaires a conclu un contrat sur le crédit du navire et la seule façon de réfuter cette présomption est de démontrer que le fournisseur savait que sa partie contractante n'était pas autorisée à lier le navire. Si cette présomption n'est pas réfutée, le fournisseur d'approvisionnements nécessaires pourra faire valoir son privilège maritime sur le navire.

[19] Même s'il existe également en droit maritime canadien une présomption selon laquelle les approvisionnements nécessaires ont été commandés sur le crédit du navire, notre droit n'exige pas que le fournisseur soit au courant de l'absence de pouvoir de la partie contractante pour que la présomption puisse être réfutée. C'est pourquoi le juge de première instance a décrit, dans ses motifs, la présomption du droit canadien comme une [TRADUCTION] « présomption plus faible » (paragraphe 40 des motifs du juge de première instance).

[20] La Cour d'appel fédérale a commenté ces principes, qui ont été élaborés au cours des XIX^e et XX^e siècles par les tribunaux anglais, canadiens et américains, dans plusieurs décisions récentes, soit : *Imperial Oil*, aux paragraphes 23 à 27; *Le Lanner*, aux paragraphes 8, 9, 20, 21, 22 et 23; *Mount Royal/Walsh Inc. c. Jensen Star (Le)*, [1990] 1 C.F. 199 (*Mount Royal*), aux pages 214 à 217; *Marlex Petroleum, Inc. c. Le navire*

Rai”, [1984] 2 F.C. 345, affirmed [1987] 1 S.C.R. 57 (*The Har Rai*), at paragraphs 3 to 11.

[21] Hence, if American maritime law is the law of the transaction at issue, the appellant’s chances of success in recovering its claim against the ship are dramatically increased.

THE PARTIES’ CONTENTIONS

[22] Before the Judge, the appellant took the position that Parkroad had contracted, not only on its behalf but also on behalf of the shipowners and their ship. The appellant further argued that the contract was deemed, by reason of its terms and conditions, to have been entered into in the United States and that it was subject to American law. As a result, the appellant had a maritime lien over the ship in regard to its unpaid claim, irrespective of whether or not the shipowners are personally liable.

[23] As to the shipowners, they first argued that they were not bound by the contract entered into by Parkroad and the appellant, adding that there could be no doubt that Parkroad did not have actual or ostensible authority to contract on their behalf or on the credit of their ship. The shipowners further asserted that the law which governed their relationship and that of their ship with the appellant was not the law of the United States and that as no other law had been alleged, their relationship with the appellant was subject to Canadian maritime law. Consequently, in their view, since a supplier of necessities does not have the benefit of a maritime lien for its claim under Canadian maritime law, the appellant was required to demonstrate that they were liable in order to succeed *in rem* against the vessel.

[24] Finally, the shipowners argued that even if the laws of the United States were applicable, they did not, in the circumstances of this case, give the appellant a maritime lien over the vessel.

« *Har Rai* », [1984] 2 C.F. 345, confirmé par [1987] 1 R.C.S. 57 (*Le Har Rai*), aux paragraphes 3 à 11.

[21] En conséquence, si le droit américain s’applique à la transaction en litige, les chances de l’appelante d’avoir gain de cause en ce qui concerne le recouvrement de sa créance à l’encontre du navire seront nettement supérieures.

LES PRÉTENTIONS DES PARTIES

[22] Devant le juge de première instance, l’appelante a soutenu que Parkroad avait conclu une entente non seulement en son nom, mais également au nom du navire et des propriétaires de celui-ci. L’appelante a ajouté qu’en raison des modalités qu’il comportait, le contrat était réputé avoir été conclu aux États-Unis et qu’il était assujéti au droit américain. En conséquence, l’appelante détenait un privilège maritime sur le navire à l’égard de sa créance, que les propriétaires du navire soient personnellement responsables ou non.

[23] Quant aux propriétaires du navire, ils ont d’abord soutenu qu’ils n’étaient pas liés par le contrat conclu par Parkroad et l’appelante, ajoutant qu’il était indéniable que Parkroad n’avait pas le pouvoir, réel ou apparent, de conclure un contrat en leur nom ou sur le crédit de leur navire. Ils ont également fait valoir que le droit régissant leur relation et la relation entre leur navire et l’appelante n’était pas le droit des États-Unis et que, étant donné qu’aucun autre régime juridique n’avait été invoqué, leur relation avec l’appelante était assujéti au droit maritime canadien. En conséquence, à leur avis, étant donné que le fournisseur d’approvisionnements nécessaires ne bénéficie pas d’un privilège maritime à l’égard de sa créance en droit maritime canadien, l’appelante devait démontrer, pour avoir gain de cause dans son action réelle engagée contre le navire, qu’ils étaient responsables.

[24] Enfin, les propriétaires du navire ont soutenu que, même si les lois des États-Unis s’appliquaient, elles n’entraînaient pas la création d’un privilège maritime sur le navire en faveur de l’appelante dans les circonstances de la présente affaire.

[25] With the above in mind, I now turn to the Judge's decision.

THE FEDERAL COURT DECISION

[26] After setting out the relevant facts and the parties' respective positions, the Judge began a discussion with regard to the law governing the relationship between the appellant and the shipowners and their ship. He referred to the Supreme Court of Canada's decision in *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157 (*Tropwood*), where the Court made it clear that the conflict rules that were to be used to determine the law that applied to the relationship at issue were those of the forum (*Tropwood*, at pages 166–167).

[27] The Judge further indicated that parties to a contract were entitled to choose the law governing their relationship, unless the forum's principles of public policy prevented such choice. He added that the fact that American law, contrary to Canadian maritime law, gave a maritime lien to suppliers of necessities did not offend Canada's sense of public policy. For this proposition, the Judge referred to this Court's decision in *The Har Rai*. He then stated that failing a choice of law by the parties, the Court's task was to weigh the factors which linked the transaction to one or more jurisdictions.

[28] This led the Judge to say that unless it was demonstrated that a law other than Canadian maritime law applied, which law had to be proven as a fact, Canadian maritime law would govern the relationship between the parties. Because only American law had been alleged by the appellant, the relationship between the parties was either subject to that law or to Canadian maritime law. He then went on to say, at paragraph 40 of his reasons:

The second point is that it may not even be necessary to determine whether American law is applicable at all. If, as stated earlier, the owners of the Nordems are party to the World Fuel

[25] Conservant à l'esprit ces faits et prétentions, j'aborde maintenant la décision du juge de première instance.

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[26] Après avoir exposé les faits pertinents et les positions respectives des parties, le juge de première instance a commenté le régime juridique régissant la relation entre l'appelante et le navire ainsi que les propriétaires de celui-ci. Il a cité l'arrêt *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157 (*Tropwood*), où la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les règles de conflit à appliquer pour déterminer le droit régissant la relation en cause étaient celles du tribunal saisi (*Tropwood*, aux pages 166 et 167).

[27] Le juge de première instance a précisé que les parties à un contrat pouvaient choisir le régime juridique régissant leur relation, à moins que les principes d'ordre public du ressort du tribunal saisi n'interdisent ce choix. Il a ajouté que le fait que le droit américain, contrairement au droit maritime canadien, accordait un privilège maritime aux fournisseurs d'approvisionnements nécessaires n'allait pas à l'encontre des principes d'ordre public du Canada. Au soutien de cette proposition, le juge de première instance a cité l'arrêt de notre Cour *Le Har Rai*. Il a ensuite précisé qu'en l'absence de choix du droit applicable par les parties, la Cour devait soulever les facteurs qui liaient la transaction à une ou plusieurs juridictions.

[28] Le juge de première instance a poursuivi en affirmant qu'à moins qu'il ne soit démontré qu'un régime juridique autre que le droit maritime canadien s'appliquait, lequel régime devait être prouvé, le droit maritime canadien régirait la relation entre les parties. Étant donné que l'appelante avait uniquement invoqué le droit américain, la relation entre les parties était assujettie à ce droit ou au droit maritime canadien. Le juge de première instance a ensuite formulé les commentaires suivants, au paragraphe 40 de ses motifs :

[TRADUCTION] En deuxième lieu, il n'est peut-être même pas nécessaire de chercher à savoir si le droit américain s'applique. Si, comme je l'ai mentionné précédemment, les propriétaires

Services contract, or if they have not rebutted the weaker presumption under our law that the bunkers were supplied on the credit of the ship, it does not matter which substantive law applies. World Fuel Services would be entitled to judgment even if it only has a statutory right *in rem*.

[29] Consequently, the Judge proceeded to determine the shipowners' liability and that of their ship under Canadian maritime law. In other words, he sought to determine whether the shipowners were bound by contract to pay for the bunkers and, if not, whether the presumption that the necessaries were ordered on the credit of the ship had been rebutted.

[30] After stating that it was beyond doubt that Parkroad did not have actual authority from the shipowners or its managers to take on bunkers on their behalf or on the credit of the ship, since the terms of the relevant charter parties expressly prohibited Parkroad from doing so, the Judge indicated that lack of actual authority was not fatal to the appellant, adding that the conduct of the parties had to be examined. As an example, the Judge stated that it would be sufficient for the shipowners to show that the supplier of necessaries was aware that it was dealing with a time charterer as a principal rather than as an agent of the shipowners. However, the Judge found that the appellant did not have actual knowledge of the fact that Parkroad was expressly prohibited by the terms of the relevant charter party from procuring necessaries on the credit of the shipowners and their ship.

[31] The Judge then turned to two decisions which, in his view, provided the answer to the question of whether the shipowners were contractually bound to pay for the bunkers. The first decision is that of this Court in *Mount Royal*, wherein necessaries were supplied to the ship *Jensen Star* while under demise charter.

du Nordems sont parties au contrat conclu avec World Fuel Services ou s'ils n'ont pas réfuté la présomption plus faible de notre droit selon laquelle le combustible de soute a été fourni sur le crédit du navire, la question de savoir quel est le droit positif qui s'applique n'aura pas d'importance. World Fuel Services aura gain de cause même si elle ne possède qu'un droit réel d'origine législative.

[29] En conséquence, le juge de première instance a évalué la responsabilité du navire et des propriétaires de celui-ci selon le droit maritime canadien. En d'autres termes, il a cherché à savoir si les propriétaires du navire étaient tenus, par contrat, de payer le coût du combustible de soute et, dans la négative, si la présomption selon laquelle les approvisionnements nécessaires avaient été commandés sur le crédit du navire avait été réfutée.

[30] Après avoir affirmé qu'il était indéniable que Parkroad n'avait pas été autorisée par les propriétaires ou les gestionnaires du navire à faire livrer du combustible de soute pour leur compte ou sur le crédit du navire, étant donné que les contrats d'affrètement pertinents lui interdisaient expressément de le faire, le juge de première instance a souligné que l'absence de pouvoir réel n'était pas fatale pour l'appelante et qu'il fallait quand même examiner la conduite des parties. À titre d'exemple, il a souligné qu'il suffirait pour les propriétaires du navire de démontrer que le fournisseur des approvisionnements nécessaires savait qu'il faisait affaire avec un affrèteur à temps à titre de mandant plutôt que de mandataire desdits propriétaires. Cependant, le juge de première instance a conclu que l'appelante ne savait pas que les conditions du contrat d'affrètement pertinent interdisaient expressément à Parkroad d'obtenir des approvisionnements nécessaires sur le crédit du navire et des propriétaires de celui-ci.

[31] Le juge de première instance a ensuite porté son attention sur deux décisions qui, selon lui, fournissaient la réponse à la question de savoir si les propriétaires du navire étaient tenus par contrat de payer le coût du combustible de soute. La première décision est celle que notre Cour a rendue dans l'arrêt *Mount Royal*, où les approvisionnements nécessaires ont été fournis au navire *Jensen Star* alors que celui-ci était affrété coque nue.

[32] At pages 216 and 217, Marceau J.A., writing for a unanimous Court, concluded, after reviewing the relevant case law, that an action *in rem* for necessities could not succeed without personal liability on the part of the ship's owners. In so concluding, Marceau J.A. elaborated on the circumstances which might lead to personal liability on the part of a shipowner with regard to the supply of necessities to its ship:

Most of the decisions of the Trial Division of this Court rendered since 1970 have taken the view that the involvement of the owner in the supplying of the necessities has to be complete and direct enough to entail his personal liability. These decisions repeat, in effect, that an action *in rem* is sustainable only if the owner is personally liable for the amount claimed. [Citation omitted.] Some doubts have occasionally been expressed as to the validity of this view (for instance *Thorne Riddell Inc.* [*Thorne Riddell Inc. v. Nicolle N. Enterprises Inc.*, [1985] 2 F.C. 31 (T.D.)], *Western Stevedoring Co. v. Ship "Anadolu Guney" Cargo et al.* (1988), 23 F.T.R. 117 (F.C.T.D.), and of course the decision under attack here), but I believe that it is basically indisputable. To contend that an action *in rem* could be sustained even in the absence of any personal liability on the part of the owner would go against the whole idea behind the system which is, again, the protection of the owner. A claim against a ship cannot be viewed apart from the owner; it is essentially a claim against the owner. It may be that the terms in which the principle has been put in many decisions was somewhat too broad. This personal liability of the owner could exist, I suggest, only in relation to the vessel, that is to say only to the extent to which the proceeds of sale of the vessel may be applied to the claim; in other words, a liability to be satisfied strictly out of the *res* (see in that respect the interesting decision of the Privy Council in *Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.*, [1908] A.C. 458 (P.C.)). Is it not a fact that there are three possibilities which have to be reckoned: the owner may have contracted himself, or he may have authorized someone to contract on his personal credit, or he may have expressly or implicitly authorized a person, in possession and control of a ship, to contract on the credit of the ship (rather than on the entirety of his personal assets). But, I essentially agree that liability as a result of some personal behaviour and attitude on the part of the owner is required. Would that mean, though, that a judgment *in rem* cannot be rendered without being accompanied by a judgment *in personam* against the owner? If it were so, the whole notion of a distinct action *in rem* would be defeated, it seems to me, and to my knowledge no one has ever contended that such

[32] Dans un jugement unanime, le juge Marceau a conclu, aux pages 216 et 217, après avoir passé en revue la jurisprudence pertinente, qu'une action réelle relative aux approvisionnements nécessaires ne pouvait être accueillie si les propriétaires du navire n'étaient pas personnellement responsables. Pour arriver à cette conclusion, le juge Marceau a exposé plus en détail les circonstances pouvant mener à la responsabilité personnelle d'un propriétaire de navire relativement à la fourniture d'approvisionnements nécessaires pour celui-ci :

D'après la plupart des décisions rendues par la Section de première instance de cette Cour depuis 1970, il faut que la participation du propriétaire dans la fourniture des approvisionnements nécessaires soit suffisamment complète et directe pour que celui-ci engage sa responsabilité personnelle. Ces décisions confirment en fait qu'une action *in rem* est possible seulement si le propriétaire a engagé personnellement sa responsabilité à l'égard de la somme réclamée. [Renvois omis.] Le bien-fondé de ce point de vue est parfois mis en doute (par exemple dans *Thorne Riddell Inc.* [*Thorne Riddell Inc. c. Nicolle N. Enterprises Inc.*, [1985] 2 C.F. 31 (1^{re} inst.)], *Western Stevedoring Co. c. Navire «Anadolu Guney» Cargo et autres* (1988), 23 F.T.R. 117 (C.F. 1^{re} inst.) et, bien entendu, dans la décision dont on interjette appel en l'espèce), mais sa justesse m'apparaît indiscutable. Le fait de prétendre qu'une action *in rem* pourrait être accueillie même en l'absence de toute responsabilité personnelle du propriétaire serait contraire au principe qui sous-tend le système, c'est-à-dire la protection du propriétaire. Une réclamation contre un navire ne peut être dissociée du propriétaire de ce navire; c'est avant tout une réclamation contre le propriétaire. C'est possible que ce principe ait été énoncé en des termes trop généraux dans bon nombre de décisions. À mon sens, cette responsabilité personnelle du propriétaire ne pourrait exister qu'en rapport avec le navire, c'est-à-dire seulement dans la mesure où le produit de la vente pourrait être affecté au paiement de la réclamation. En d'autres termes, c'est une responsabilité qui se limiterait strictement à la chose (voir à cet égard la décision intéressante du Conseil privé dans *Foong Tai & Co. v. Buchheister & Co.*, [1908] A.C. 458 (P.C.)). N'y a-t-il pas trois possibilités dont il faut tenir compte: le propriétaire peut avoir conclu le contrat lui-même, il peut avoir autorisé quelqu'un à s'engager sur son crédit personnel ou il peut avoir autorisé expressément ou implicitement une personne qui a la possession et le contrôle du navire à tirer du crédit du navire (plutôt que de la totalité de ses biens personnels). J'admets parfaitement que le propriétaire doit avoir engagé sa responsabilité par un comportement ou une attitude quelconque. Mais faut-il en conclure qu'un tribunal ne peut rendre un jugement *in rem*

could be the case (comp. D.C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, 1985, at page 59). [Emphasis added.]

[33] In *Mount Royal*, the work which led to the claim against the vessel had been requested by an officer of both the owners of the ship and of its demise charterer, a corporation related to the shipowners. As a result, our Court held, on its understanding of the law as explained by Marceau J.A. in the above passage, that the demise charterer had authority from the shipowners to contract on the vessel's credit and, thus, to render the shipowners liable for the work done to their ship.

[34] The Judge then turned to the facts before him and found that the appellant was aware or ought to have been aware that Parkroad was not the owner of the ship. Consequently, it ought to have taken steps to ascertain whether Parkroad had authority from the shipowners to contract on their behalf or to bind their ship. The Judge formed that opinion after reviewing the seller's general terms and conditions, in regard to which he made the following remarks at paragraph 35 of his reasons:

These general terms and conditions, and confirmation of order, attempt to cover every possible permutation and combination which may arise in the delivery of bunkers to a ship. They recognize the possibility that the bunkers may have been ordered by and on the account of a charterer who had no authority to bind the ship or her owners. Indeed, if the plaintiff relied upon Lloyd's Register of Shipping, it would have known perfectly well that Parkroad was not the owner of the Nordems and that the owners could be found at an address in Germany. It knew, or ought to have known, that Parkroad was not the ship's port agent, as another was identified in the order confirmation. Furthermore, it accepted orders from Parkroad with respect to other ships which according to Lloyd's have no connection whatsoever to the owners of the Nordems.

contre le propriétaire sans obligatoirement prononcer un jugement *in personam*? Dans l'affirmative, il me semble que l'action *in rem* perdrait tout à fait son caractère distinct; à ma connaissance, nul n'a jamais prétendu que tel pourrait être le cas (comp. D. C. Jackson, *Enforcement of Maritime Claims*, 1985, à la page 59). [Non souligné dans l'original.]

[33] Dans l'affaire *Mount Royal*, les travaux qui ont mené à la réclamation contre le navire avaient été demandés par un dirigeant des propriétaires du navire et de l'affrèteur coque nue de celui-ci, soit une société liée aux propriétaires en question. À la lumière de l'interprétation du droit exposée par le juge Marceau dans l'extrait précité, notre Cour a décidé que l'affrèteur coque nue avait été autorisé par les propriétaires du navire à tirer du crédit du navire et à engager de ce fait la responsabilité des propriétaires de celui-ci à l'égard des travaux exécutés sur leur navire.

[34] Portant ensuite son attention sur les faits dont il était saisi, le juge de première instance a conclu que l'appelante savait ou aurait dû savoir que Parkroad n'était pas le propriétaire du navire. En conséquence, elle aurait dû prendre des mesures pour vérifier si Parkroad avait été autorisée par les propriétaires du navire à conclure un contrat en leur nom ou à lier leur navire. Le juge de première instance a formé cette opinion après avoir pris connaissance des conditions générales du vendeur, au sujet desquelles il a formulé les remarques suivantes au paragraphe 35 de ses motifs :

[TRADUCTION] Ces conditions générales ainsi que la confirmation de la commande visent à couvrir toute permutation ou combinaison pouvant survenir lors de la livraison de combustible de soute à un navire. Elles reconnaissent la possibilité que le combustible de soute ait été commandé par un affrèteur ou pour le compte d'un affrèteur qui n'était pas autorisé à lier le navire ou ses propriétaires. Effectivement, si l'appelante s'était fondée sur le Lloyd's Register of Shipping, elle aurait su sans le moindre doute que Parkroad n'était pas le propriétaire du *Nordems* et que les propriétaires pouvaient être trouvés à une adresse en Allemagne. Elle savait ou aurait dû savoir que Parkroad n'était pas l'agent portuaire du navire, car une autre entité était nommée à ce titre dans la confirmation de la commande. De plus, elle a accepté de Parkroad des commandes concernant d'autres navires qui, selon le registre de Lloyd's, n'ont aucun lien avec les propriétaires du *Nordems*.

[35] Based on his careful review of the seller's general terms and conditions, more particularly of clauses 8(d) and (e) thereof, which provide that in contracting with the buyer, the seller [at paragraph 32] "has relied on vessel ownership listings provided in Lloyd's Register of International Shipowning Groups ... and/or any other available resource to establish and/or confirm same", the Judge found that the appellant's practice, in dealing with clients requesting a supply of bunkers, was to rely on commercial ship registries, such as Lloyd's Register of Shipping, in order to identify the ownership of the vessel to which it was being asked to provide the bunkers. Further, the Judge's examination of Lloyd's Register of Shipping revealed that the respondent Partenreederei ms "Nordems" was the owner of the vessel. This led him to state at paragraph 49 of his reasons:

The contract clearly demonstrated World Fuel Services' own experience that the person ordering bunkers may not have actual authority to bind the ship. Had it followed the general provisions of its contract, which was not to extend credit, it would either have been paid or would not have delivered the bunkers at all.

[36] Thus, in the Judge's view, the appellant was on notice that Parkroad might not have authority to bind the shipowners or their vessel and, as a result, should have verified with the shipowners whether Parkroad had such authority. In further support of that view, the Judge referred to the Supreme Court's decision in *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683 (*Chartwell*) and made the following comments in regard thereto at paragraph 50 of his reasons:

In my opinion it was on notice and should have verified with the owners whether or not Parkroad had authority. In *Chartwell Shipping*, above, the necessities were ordered by a party which declared itself to be an agent, but which did not identify its principal. The Court held that the agent was not personally liable and was of the view that the necessities man, in that case a stevedore, was put on inquiry. In this case we are dealing with the reverse situation, but the same principle holds true.

[35] Se fondant sur son examen attentif des conditions générales du vendeur, notamment les clauses 8d) et e), qui prévoient que, dans le cadre de l'entente conclue avec l'acheteur, le vendeur [au paragraphe 32] [TRADUCTION] « a consulté les listes de propriétaires de navires figurant dans le Lloyd's Register of International Shipowning Groups [...] et toute autre ressource disponible permettant d'établir ou de confirmer ce droit de propriété », le juge de première instance a conclu que l'appelante avait pour habitude, lorsqu'elle traitait avec des clients désirant obtenir un approvisionnement de combustible de soute, de se fonder sur les registres de navires commerciaux, comme le Lloyd's Register of Shipping, afin de déterminer le nom du propriétaire du navire auquel elle devait fournir le combustible de soute en question. De plus, c'est en examinant le Lloyd's Register of Shipping que le juge de première instance a constaté que le navire appartenait à l'intimée Partenreederei ms « Nordems ». C'est pourquoi il a formulé les remarques suivantes au paragraphe 49 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le contrat était parfaitement conforme à l'expérience vécue par World Fuel Services elle-même, selon laquelle la personne qui commande du combustible de soute n'a pas nécessairement le pouvoir de lier le navire. Si elle avait respecté les conditions générales de son contrat, qui interdisaient l'octroi de crédit, elle aurait été payée ou n'aurait pas livré le combustible de soute.

[36] Ainsi, de l'avis du juge de première instance, l'appelante savait que Parkroad n'avait pas nécessairement le pouvoir de lier le navire ou les propriétaires de celui-ci et aurait dû, en conséquence, faire une vérification auprès desdits propriétaires pour savoir si Parkroad possédait ce pouvoir. À cet égard, le juge de première instance a également cité l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683 (*Chartwell*) et formulé les commentaires suivants à ce sujet au paragraphe 50 de ses motifs :

[TRADUCTION] À mon avis, elle était au courant et aurait dû s'enquérir auprès des propriétaires pour savoir si Parkroad avait ou non le pouvoir de les lier. Dans l'arrêt *Chartwell Shipping*, précité, les approvisionnements nécessaires ont été commandés par une partie qui s'est décrite comme un mandataire, mais qui n'a pas nommé son mandant. La Cour suprême a décidé que le mandataire n'était pas personnellement responsable et a estimé que le fournisseur, en l'occurrence une

[37] As a result, the Judge concluded that if Canadian maritime law was the governing law, it necessarily followed that the appellant's action—both *in rem* and *in personam*—had to be dismissed, since neither the ship-owners nor the managers were personally liable for the supply of the bunkers. The Judge then turned to the question of the applicable law.

[38] He first stated that because the shipowners were not a party to the bunker supply contract with the appellant, the U.S. choice of law clause had “less significance than otherwise”, adding that the case law was not consistent “in the manner in which they ascertain the proper law” (at paragraph 52 of Judge's reasons).

[39] He then proceeded to determine those factors having a connection to the United States, which he found to be as follows [at paragraph 53]:

The plaintiff's best case is that it is an American corporation and that because credit was extended the contract was deemed to have been made in the United States. Payment was to be made to a bank in the United States. The contract with Parkroad was governed by American law, with non-exclusive American jurisdiction. On the other hand, the bunkers were ordered in South Korea and delivered in South Africa to a Cypriot flag ship, owned and managed out of Germany. At no relevant time did the Nordems ply American waters, and the ship was arrested in Canada.

[40] The Judge then reviewed a number of Canadian decisions where the courts had given effect to a foreign maritime lien, notwithstanding that in the circumstances of the case, the claimant would have had no such lien under Canadian maritime law. In that regard, he referred to the Supreme Court of Canada's decisions in: *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] S.C.R. 680 (*The Strandhill*); in *Todd Shipyards Corp. v. Altema*

société d'aconage, était au courant de la situation. Dans la présente affaire, l'inverse s'est produit, mais le même principe s'applique.

[37] En conséquence, le juge de première instance a conclu que, si le droit maritime canadien était le droit applicable, tant l'action réelle que l'action personnelle de l'appelante devaient être rejetées, car ni les propriétaires ni les gestionnaires du navire n'étaient personnellement responsables quant à la fourniture du combustible de soute. Le juge de première instance a ensuite examiné le régime de droit applicable.

[38] Il a d'abord affirmé que, puisque les propriétaires du navire n'étaient pas parties au contrat de fourniture de combustible de soute conclu avec l'appelante, la clause aux termes de laquelle le droit américain avait été choisi était [TRADUCTION] « moins importante qu'elle l'aurait été autrement » et a ajouté que la jurisprudence n'était pas uniforme en ce qui a trait [TRADUCTION] « à la façon de déterminer le droit applicable » (au paragraphe 52 des motifs du juge de première instance).

[39] Le juge de première instance a ensuite déterminé les facteurs ayant un lien avec les États-Unis, facteurs qu'il a décrit comme suit [au paragraphe 53] :

[TRADUCTION] L'argument le plus sérieux de la demanderesse est qu'elle est une société américaine et que, étant donné qu'il y a eu octroi de crédit, le contrat était réputé avoir été conclu aux États-Unis. Le paiement devait être versé à une banque située aux États-Unis. Le contrat conclu avec Parkroad était régi par le droit américain et reconnaissait aux tribunaux des États-Unis une compétence non exclusive. En revanche, le combustible de soute a été commandé en Corée du Sud et livré en Afrique du Sud à un navire battant pavillon chypriote, dont les propriétaires et gestionnaires se trouvaient en Allemagne. Le *Nordems* n'a à aucun moment sillonné les eaux américaines et le navire a été saisi au Canada.

[40] Le juge de première instance a ensuite passé en revue quelques décisions canadiennes dans lesquelles les tribunaux avaient donné effet à un privilège maritime étranger malgré le fait que, dans les circonstances de l'affaire, le demandeur n'aurait pu invoquer ce privilège selon le droit maritime canadien. À cet égard, il a cité les arrêts de la Cour suprême du Canada *Strandhill, The v. Walter W. Hodder Co.*, [1926] R.C.S. 680 (*The*

Compania Maritima S.A., [1974] S.C.R. 1248 (*The Ioannis Daskalelis*); and to this Court's decision in *The Har Rai*, noting however that in none of these cases had it been necessary for the court to carry out a choice of law analysis.

[41] He then turned to the decisions of this Court in *Imperial Oil* and *The Lanner* where a choice of law analysis was undertaken by the Court. With respect to *Imperial Oil*, the Judge observed that the Court found that, in the absence of a contractual relationship between a shipowner and a supplier of necessaries containing a choice of law clause, the law governing the transaction was not the law of the contract, but rather the law which had the closest and most substantial connection thereto. He also noted that in *Imperial Oil*, our Court had given serious consideration to the United States Supreme Court's decision in *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953), a tort case where that Court listed seven factors which it found useful in determining the proper law. Amongst the factors were the law of the flag, the allegiance of the shipowner, inaccessibility of a foreign forum and the law of the forum.

[42] With respect to our decision in *The Lanner*, the Judge pointed out that Chief Justice Richard, writing for the majority, had held that generally speaking, a choice of law clause in a supply contract would govern the transaction. This led the Judge to say that in that case, contrary to the situations before him and before the Court in *Imperial Oil*, the bunkers had been ordered by the shipowners' manager, who was so authorized by the shipowners. Thus, in the Judge's view, "a contractual link was established between the bunker supplier and the owners" (at paragraph 65 of Judge's reasons). The Judge ended his remarks concerning *The Lanner* by stating that Richard C.J. had left it open as to what weight should be given to a choice of law clause in a contract to which the shipowner was not a party.

Strandhill) et *Todd Shipyards Corp. c. Altema Compania Maritima S.A.*, [1974] R.C.S. 1248 (*Le Ioannis Daskalelis*), ainsi que l'arrêt de notre Cour *Le Har Rai*, soulignant toutefois qu'aucune analyse du choix du droit applicable n'avait été nécessaire dans l'une ou l'autre de ces affaires.

[41] Le juge de première instance a ensuite examiné les arrêts *Imperial Oil* et *Le Lanner*, dans lesquels notre Cour avait procédé à une analyse du choix du droit applicable. En ce qui concerne l'arrêt *Imperial Oil*, il a souligné que la Cour d'appel fédérale avait conclu qu'en l'absence de contrat qui aurait été conclu entre le propriétaire du navire et le fournisseur des approvisionnements nécessaires et qui aurait comporté une clause sur le choix du droit applicable, le droit régissant la transaction n'était pas le droit applicable au contrat, mais plutôt le droit ayant le lien le plus important et le plus étroit avec cette transaction. Il a également souligné que, dans l'arrêt *Imperial Oil*, notre Cour avait examiné attentivement l'arrêt *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571 (1953), qui portait sur la responsabilité délictuelle, dans lequel la Cour suprême des États-Unis avait énuméré sept facteurs qu'elle jugeait pertinents quant à la détermination du droit applicable. Parmi les facteurs en question figuraient le pavillon arboré par le navire, l'allégeance du propriétaire du navire, l'impossibilité d'avoir recours à un tribunal étranger et la loi du for.

[42] En ce qui a trait à l'arrêt *Le Lanner* de notre Cour, le juge de première instance a souligné que le juge en chef Richard, qui avait rédigé le jugement majoritaire, avait conclu qu'en général, la clause sur le choix du droit applicable que renferme le contrat d'approvisionnement régirait la transaction. Le juge de première instance a poursuivi en disant que, dans cet arrêt, contrairement à la situation dont il était saisi et à celle qui avait été portée à l'attention de la Cour dans l'arrêt *Imperial Oil*, le combustible de soute avait été commandé par le gestionnaire des propriétaires du navire, qui avait été ainsi autorisé par ceux-ci. Ainsi, de l'avis du juge de première instance, [TRADUCTION] « un lien contractuel a été créé entre le fournisseur de combustible de soute et le propriétaire » (au paragraphe 65 des motifs du juge de

[43] Following his review of the authorities, the Judge then proceeded to determine what he characterized as “the non-American factors”, which led him to conclude that “the non-American factors outweigh the American ones.” He wrote as follows at paragraph 66 of his reasons:

In my opinion, the non-American factors outweigh the American ones. These include the flag of the ship (Cyprus), the domicile of her owners (Germany), the place where the offer to purchase bunkers was accepted (South Korea), the place where the bunkers were delivered (South Africa), and the place where the ship was arrested (Canada). If it is necessary to choose among these laws, the proper law is that of South Africa. There are only two points of contact between the ship owner and the plaintiff. The first is South Africa where the bunkers were supplied. If a maritime lien exists, it existed from that moment. Had credit not been extended, the plaintiff would have been in position to arrest the ship then and there. Since the law of South Africa has not been alleged and proven to differ from Canadian law, the arrest would be set aside as there is no personal liability on the part of the owners and as the presumption that the bunkers were delivered on the credit of the ship has been rebutted. The bunker receipt signed by the master does not even refer to World Fuel Services. The receipt is on the letterhead of Caltex Oil (SA) (Pty) (Ltd), with a Cape Town post office address and Cape Town telephone number. That receipt gives no indication whatsoever that the plaintiff was Caltex’s unnamed principal. The second point of contact was Canada, the place of arrest. [Emphasis added.]

[44] As a result of these findings, the Judge concluded that the applicable law would have been that of South Africa. However, because such law had neither been alleged nor proven to be different from Canadian maritime law, our law was the applicable law and the arrest of the vessel could not stand. In other words, because the shipowners were not personally liable with regard to

première instance). Il a terminé ses remarques au sujet de l’arrêt *Le Lanner* en affirmant que le juge en chef Richard n’avait pas tranché la question du poids à accorder à une clause sur le choix du droit applicable contenue dans un contrat auquel le propriétaire du navire n’était pas partie.

[43] Après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge de première instance a déterminé ce qu’il a appelé les « facteurs non américains » et a conclu que [TRADUCTION] « les facteurs non américains l’emportent sur les facteurs américains ». Voici comment il s’est exprimé au paragraphe 66 de ses motifs :

[TRADUCTION] À mon avis, les facteurs non américains l’emportent sur les facteurs américains. Ces facteurs comprennent le pavillon arboré par le navire (Chypre), le domicile des propriétaires de celui-ci (Allemagne), l’endroit où l’offre d’achat du combustible de soute a été acceptée (Corée du Sud), l’endroit où le combustible de soute a été livré (Afrique du Sud) et l’endroit où le navire a été saisi (Canada). S’il est nécessaire de choisir parmi ces régimes de droit, celui qui s’appliquerait est celui de l’Afrique du Sud. Il n’y a que deux points de rattachement entre le propriétaire du navire et la demanderesse. Le premier est l’Afrique du Sud, où le combustible de soute a été livré. Si un privilège maritime existe, il est né à ce moment. S’il n’y avait pas eu d’octroi de crédit, la demanderesse aurait été en mesure de saisir le navire à cet endroit. Étant donné qu’il n’a pas été établi ni allégué que le droit de l’Afrique du Sud était différent du droit canadien, la saisie aurait été annulée, puisqu’il n’y a aucune responsabilité personnelle de la part des propriétaires et que la présomption selon laquelle le combustible de soute a été livré sur le crédit du navire a été réfutée. Le reçu de livraison du combustible de soute que le capitaine a signé ne comporte pas la moindre mention de World Fuel Services. Le reçu figure sur le papier à en-tête de Caltex Oil (SA) (Pty) (Ltd), sur lequel apparaissent également une adresse postale et un numéro de téléphone de Cape Town. Ce reçu ne permet nullement de dire que la demanderesse était le mandant non nommé de Caltex. Le deuxième point de rattachement était le Canada, l’endroit où le navire a été saisi. [Non souligné dans l’original.]

[44] Par suite de ces constatations, le juge de première instance a conclu que le droit applicable aurait été celui de l’Afrique du Sud. Cependant, étant donné qu’il n’avait pas été établi ni allégué que ce droit était différent du droit maritime canadien, notre droit était celui qui s’appliquait et la saisie du navire ne pouvait être confirmée. En d’autres termes, étant donné que les

the supply of bunkers and because they had succeeded in rebutting the presumption of liability, the arrest could not stand and the action, both *in rem* and *in personam*, had to be dismissed. The Judge noted that his conclusion was in accord with Canadian maritime law, adding that the somewhat contradictory conclusions reached by our Court in *Imperial Oil* and *The Lanner* found an explanation in the fact that, in *The Lanner*, there was a contract between the supplier and the shipowners, whereas in *Imperial Oil*, as in this case, no such arrangement could be found. The Judge concluded that part of his reasons by stating at paragraph 67 that where no contract existed between the supplier and the shipowners, “we must tote up the points of contact”, i.e. add them up to determine the proper law of the transaction.

[45] The Judge then went on to determine, although this was not necessary in light of his conclusion that the transaction was governed by Canadian maritime law, whether American law, if applicable, would grant the appellant a maritime lien. After consideration of the expert evidence before him with regard to the state of the law in the United States, the Judge answered that question in the negative because of his view that American law required more than a U.S. choice of law clause in a contract in order to confer a maritime lien upon a supplier of necessaries. In reaching this conclusion, the Judge relied on his findings that the bunkers had not been supplied in the United States, that the ship had not traded in the United States and that it had not been arrested in that country. Because these key elements were missing, the Judge was satisfied that American law would not grant the appellant a maritime lien over the vessel.

[46] The Judge concluded his reasons, at paragraph 86, with the following remarks:

propriétaires du navire n'étaient pas personnellement responsables en ce qui concerne la fourniture du combustible de soute et qu'ils avaient réussi à réfuter la présomption de responsabilité, la saisie ne pouvait être confirmée, de sorte que tant l'action réelle que l'action personnelle devaient être rejetées. Le juge de première instance a souligné que sa conclusion était conforme au droit maritime canadien, ajoutant que les conclusions quelque peu contradictoires que notre Cour avait tirées dans les arrêts *Imperial Oil* et *Le Lanner* s'expliquaient par le fait que, dans cette dernière affaire, un contrat existait entre le fournisseur et les propriétaires du navire alors que, tant dans l'arrêt *Imperial Oil* que dans la présente affaire, ce n'était pas le cas. Le juge de première instance a terminé cette partie de ses motifs en précisant, au paragraphe 67, que lorsqu'aucun contrat n'existe entre le fournisseur et les propriétaires du navire, [TRADUCTION] « nous devons évaluer les points de rattachement », c'est-à-dire les additionner pour déterminer le droit applicable à la transaction.

[45] Le juge de première instance s'est ensuite attardé, même s'il n'était pas tenu de le faire — puisqu'il avait conclu que la transaction était régie par le droit maritime canadien —, à la question de savoir si le droit américain aurait reconnu l'existence d'un privilège maritime en faveur de l'appelante. Après avoir examiné les témoignages d'experts qu'il a entendus au sujet de l'état du droit aux États-Unis, il a répondu à cette question par la négative, estimant que le droit américain exigeait davantage qu'une clause contractuelle énonçant que la loi américaine avait été choisie pour conférer un privilège maritime au fournisseur des approvisionnements nécessaires. Pour arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est fondé sur ses conclusions selon lesquelles le combustible de soute n'avait pas été livré aux États-Unis, le navire n'avait pas été exploité aux États-Unis et il n'avait pas été saisi dans ce pays. Étant donné que ces éléments clés étaient manquants, le juge de première instance était convaincu que le droit américain n'aurait pas reconnu à l'appelante un privilège maritime sur le navire.

[46] Le juge de première instance a terminé ses motifs en formulant les remarques suivantes, au paragraphe 86 :

In summary, the shipowners were not party to the World Fuel Services contract and are not bound by its terms. Parkroad had no actual or ostensible authority to contract on their behalf or on the credit of the ship. The presumption that the bunkers were supplied on the credit of the ship has been successfully rebutted. United States law is not the proper law. Even if it were, it did not create a maritime lien on the ship or impose personal liability on her owners or managers. The action *in rem* and the action *in personam* against them fail.

ANALYSIS

[47] In my view, the Judge made no reviewable error in finding that the shipowners were not a party to the supply contract, that the presumption had been rebutted and that American law did not govern the transaction at issue. Consequently, it is not necessary for us to determine whether American law would grant the appellant a maritime lien on the vessel, were it the proper law of the transaction. My reasons for reaching these conclusions are as follows.

- (a) Whether the appellant had a valid claim *in personam* or *in rem* under Canadian maritime law

[48] I begin with the question of whether the appellant has a valid claim *in personam* or *in rem* under Canadian maritime law. The only argument it puts forward on this question is that the Judge erred in his analysis of what is required to rebut the presumption and that he erred in concluding that the shipowners had rebutted the presumption.

[49] The appellant argues that the presumption applies, whether the ship is under a time or demise charter, and that it can only be rebutted by proof that the supplier of necessaries had actual notice that the charterer was not authorized to pledge the credit of the ship or that the supplier did not look to the ship for satisfaction of its

[TRADUCTION] En résumé, les propriétaires du navire n'étaient pas parties au contrat de World Fuel Services et ne sont pas liés par les conditions de celui-ci. Parkroad n'avait aucun pouvoir, réel ou apparent, de conclure un contrat au nom de World Fuel Services ou sur le crédit du navire. La présomption selon laquelle le combustible de soute a été fourni sur le crédit du navire a été réfutée. Le droit des États-Unis n'est pas le droit qui s'applique. Même s'il s'appliquait, il n'avait pas pour effet de reconnaître l'existence d'un privilège maritime à l'encontre du navire ou d'imposer une responsabilité personnelle aux propriétaires ou gestionnaires de ce navire. L'action réelle et l'action personnelle engagées contre eux sont rejetées.

ANALYSE

[47] À mon avis, le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que les propriétaires du navire n'étaient pas parties au contrat d'approvisionnement, que la présomption avait été réfutée et que le droit américain ne régissait pas la transaction en cause. En conséquence, il n'est pas nécessaire que nous tranchions la question de savoir si le droit américain aurait accordé à l'appelante un privilège maritime grevant le navire, dans l'éventualité où le droit américain se serait appliqué à la transaction. Voici les raisons pour lesquelles je suis arrivé à ces conclusions.

- a) La validité de la créance personnelle ou réelle de l'appelante selon le droit maritime canadien

[48] Je débute par la question de savoir si l'appelante avait une créance personnelle ou réelle valide selon le droit maritime canadien. Le seul argument que l'appelante invoque à cet égard est le fait que le juge de première instance a mal analysé les éléments nécessaires pour réfuter la présomption et qu'il a commis une erreur en concluant que les propriétaires du navire avaient réfuté cette présomption.

[49] L'appelante soutient que la présomption s'applique, que le navire ait fait l'objet d'un contrat d'affrètement à temps ou d'un contrat d'affrètement coque nue, et qu'elle ne peut être réfutée que par la preuve du fait que le fournisseur des approvisionnements nécessaires savait effectivement que l'affrètement n'était pas autorisé

claim. This proposition leads the appellant to say that, in the circumstances of this case, the presumption applies and that it has not been rebutted.

[50] The appellant goes on to say that it is not clear whether the Judge accepted that the presumption applied. In making that point, it refers to the Judge's reasons at paragraphs 9, 40, 48 and 64. In my view, there is no basis for that position. It is clear, on my review of the Judge's reasons, that he was of the opinion that the presumption applied, but that it had been rebutted by the shipowners. At paragraph 86 of his reasons, which I have reproduced herein at paragraph 46, he clearly says that the shipowners have rebutted the presumption. Hence, it cannot be said that he did not consider that the presumption applied.

(b) The presumption under Canadian maritime law

[51] I now turn to the appellant's specific argument that the Judge failed to apply the proper test in determining whether the presumption had been rebutted. In the appellant's view, when this test is properly applied, the only possible conclusion is that the presumption has not been rebutted. In my view, this argument is flawed.

[52] First, I am satisfied that the presumption on which the appellant relies is not the presumption it can invoke under Canadian maritime law. In my view, what the appellant asserts as the applicable presumption is the one which it would be entitled to rely on if American law were applicable. In effect, under U.S. law, there exists a legislative presumption that a charterer has authority to bind the shipowner's vessel for necessities. That presumption can only be rebutted by proof that the supplier had actual knowledge of lack of authority on the part of the person requesting the supply of necessities. Hence, in such circumstances, American law will

à offrir le navire en garantie ou du fait que le fournisseur ne s'est pas tourné vers le navire pour obtenir le paiement de sa créance. Cette proposition incite l'appelante à affirmer que, dans les circonstances de la présente affaire, la présomption s'applique et qu'elle n'a pas été réfutée.

[50] L'appelante poursuit en affirmant qu'il n'appert pas clairement des motifs que le juge de première instance a accepté ou rejeté l'application de la présomption. À cet égard, elle renvoie aux paragraphes 9, 40, 48 et 64 des motifs en question. À mon avis, cette position est dénuée de fondement. Après avoir relu les motifs, je suis convaincu qu'il était d'avis que la présomption s'appliquait, mais que les propriétaires du navire l'avaient réfutée. Au paragraphe 86 de ses motifs, que j'ai reproduit au paragraphe 46 des présents motifs, le juge de première instance dit clairement que les propriétaires du navire ont réfuté la présomption. En conséquence, il n'y a pas lieu de dire qu'il ne s'est pas demandé si la présomption s'appliquait.

b) La présomption découlant du droit maritime canadien

[51] J'arrive maintenant à l'argument précis de l'appelante selon lequel le juge de première instance n'a pas appliqué le critère approprié pour savoir si la présomption avait été réfutée. Selon l'appelante, lorsque ce critère est appliqué correctement, la seule conclusion possible est que la présomption n'a pas été réfutée. À mon avis, cet argument ne tient pas la route.

[52] D'abord, j'estime que la présomption que l'appelante invoque n'est pas celle qu'elle peut invoquer en droit maritime canadien. À mon sens, la présomption que l'appelante considère comme celle qui s'applique est celle qu'elle aurait pu invoquer si le droit américain avait été applicable. En effet, en droit américain, il existe une présomption législative selon laquelle l'affrètement a le pouvoir de lier le navire du propriétaire relativement aux approvisionnements nécessaires. Cette présomption ne peut être réfutée que par une preuve du fait que le fournisseur savait effectivement qu'aucun pouvoir de cette nature n'avait été accordé à la personne qui a

confer on the supplier a maritime lien which will allow him to arrest the vessel so as to enforce his claim. In other words, the supplier of necessaries does not have to demonstrate that it relied on the credit of the ship or that it made a reasonable inquiry with regard to the authority of the person ordering the necessaries (*Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C., § 30341 *et seq.* (2006); for a full discussion of the history of the presumption under American law, see Gilmore and Black, *The Law of Admiralty*, 2nd ed. (New York: Foundation Press, 1975), at page 670 *et seq.*).

[53] That presumption, as the Judge clearly explained in his reasons, is not the presumption on which the appellant can rely under Canadian maritime law. It is, as the Judge noted [at paragraph 40], a “weaker presumption”. In order to properly understand the presumption available under Canadian maritime law, it is crucial to remind ourselves that, under our law, there can be no *in rem* action and, hence, no arrest, for a claim of necessaries unless it can be shown that the shipowners are liable *in personam*. To paraphrase the words of Marceau J.A. in *Mount Royal*, there must be liability resulting from the acts or omissions of the shipowners or resulting from their behaviour or attitude.

[54] I must emphasize that the bunkers were not ordered either by the master of the ship or by an agent of the shipowners. They were ordered by Parkroad, a subtime charterer who was expressly prohibited from taking on necessaries on the credit of the shipowners and their ship. The relevant question, in my view, is whether, in the circumstances of this case, behaviour or conduct on the part of the shipowners could have led the appellant to believe that Parkroad was authorized to purchase the bunkers on their behalf or on the credit of their ship.

demandé la fourniture des approvisionnements nécessaires. Ainsi, dans des circonstances semblables, le droit américain accordera au fournisseur un privilège maritime qui lui permettra de saisir le navire afin de faire valoir sa créance. En d’autres termes, le fournisseur d’approvisionnements nécessaires n’est pas tenu de prouver qu’il s’est fondé sur le crédit du navire ou qu’il s’est raisonnablement enquis du pouvoir de la personne qui a commandé les approvisionnements nécessaires (*Commercial Instruments and Maritime Liens Act*, 46 U.S.C., §§ 30341 et suivants (2006); pour un examen complet de l’évolution de la présomption applicable en droit américain, voir Gilmore et Black, *The Law of Admiralty*, 2^e éd. (New York : The Foundation Press, 1975), aux pages 670 et suivantes).

[53] Comme le juge de première instance l’a clairement expliqué dans ses motifs, cette présomption n’est pas celle que l’appelante peut invoquer en droit maritime canadien. Ainsi qu’il l’a souligné [au paragraphe 40], cette dernière est une [TRADUCTION] « présomption plus faible ». Afin de bien comprendre la présomption pouvant être invoquée en droit maritime canadien, nous devons nous rappeler que, selon notre droit, il ne peut y avoir d’action réelle et, par conséquent, de saisie, relativement à une créance au titre des approvisionnements nécessaires, à moins qu’il ne soit possible de démontrer que les propriétaires du navire sont personnellement responsables. Pour paraphraser les remarques que le juge Marceau a formulées dans l’arrêt *Mount Royal*, il doit y avoir une responsabilité découlant des actes ou omissions des propriétaires du navire ou de leur attitude ou comportement.

[54] Je dois insister sur le fait que le combustible de soute n’a pas été commandé par le capitaine du navire ou par un mandataire des propriétaires de celui-ci. Il a été commandé par Parkroad, sous-affrètement à temps à qui il était expressément interdit de faire livrer les approvisionnements nécessaires sur le crédit du navire et des propriétaires de celui-ci. À mon avis, ce qu’il faut chercher à savoir, c’est si le comportement ou l’attitude des propriétaires du navire aurait pu, dans les circonstances de la présente affaire, inciter l’appelante à croire que Parkroad était autorisée à acheter le combustible de soute pour leur compte ou sur le crédit du navire.

[55] Professor William Tetley, in his *Maritime Liens and Claims*, 2n(2d ed. (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998) deals with this issue at chapter XVI of his learned work. He starts with the proposition that neither the time charterer nor the voyage charterer, contracting in its own name, can bind the ship for necessities, unless authorized by the shipowners to do so. In support of that proposition, Professor Tetley refers, *inter alia*, to the passage of Marceau J.A.'s reasons in *Mount Royal* (reproduced at paragraph 32 of these reasons) where our former colleague makes it clear that a shipowner can, expressly or implicitly, authorize someone, i.e. a charterer, to contract on the credit of its ship.

[56] Professor Tetley then discusses the situation where a shipowner may have led a supplier of necessities to believe that the time charterer had authority to bind its ship, when in fact, the time charterer did not possess such authority. In that occurrence, Professor Tetley says that “the shipowner (or demise charterer) may then be held liable personally on contracts made by these ostensible ‘agents’, on the ground that the latter persons have been ‘held out’ to the supplier as being parties duly empowered to bind the credit of their would-be ‘principals’ (i.e. the shipowner or demise charterer)” (*Maritime Liens and Claims*, at page 570).

[57] Professor Tetley then goes on to state, again at page 570, that in determining whether there was a “holding out”, i.e. whether the shipowners, by their acts and omissions, led the supplier of necessities to believe that the person purchasing the bunkers was authorized by them to do so, the court will have to “consider the facts and balance the purported ‘holding out’ by the owner or demise charterer against the duty to inquire of the supplier.” In support of a possible duty to inquire on the part of the supplier, Professor Tetley refers to *Cann v. Roberts* (1874), 30 L.T.R. 424, an English decision where the Court held that suppliers were not entitled to rely on the master’s authority to bind the shipowners where, by reasonable inquiry, they would have been in a position to ascertain the master’s lack of authority. I wish to point

[55] Au chapitre XVI de son ouvrage intitulé *Maritime Liens and Claims*, 2^e éd. (Cowansville, Qc : Yvon Blais, 1998), le professeur William Tetley traite de cette question. Il affirme d’abord que ni l’affréteur au voyage ni l’affréteur à temps contractant en leur propre nom ne peuvent lier le navire à l’égard des approvisionnements nécessaires, à moins d’avoir obtenu l’autorisation des propriétaires de celui-ci. Au soutien de cette proposition, le professeur Tetley cite notamment l’extrait des motifs du jugement que le juge Marceau a rendu dans l’arrêt *Mount Royal* (reproduit au paragraphe 32 des présents motifs), où notre ex-collègue affirme clairement que le propriétaire d’un navire peut, expressément ou implicitement, autoriser une personne, comme un affréteur, à tirer du crédit de son navire.

[56] Le professeur Tetley commente ensuite la situation où le propriétaire d’un navire pourrait avoir incité un fournisseur d’approvisionnements nécessaires à croire faussement que l’affréteur à temps avait le pouvoir de lier le navire. Dans ce genre de situation, le professeur Tetley soutient que [TRADUCTION] « le propriétaire du navire (ou l’affréteur coque nue) peut être tenu personnellement responsable à l’égard des contrats conclus par ces “mandataires” apparents, au motif que ceux-ci ont été “présentés” au fournisseur comme des parties dûment autorisées à engager le crédit de leurs éventuels “mandants” (c’est-à-dire le propriétaire du navire ou l’affréteur coque nue) » (*Maritime Liens and Claims*, à la page 570).

[57] Le professeur Tetley explique ensuite, toujours à la page 570, que pour savoir si, par leurs actes ou omissions, les propriétaires du navire ont incité le fournisseur d’approvisionnements nécessaires à croire qu’ils avaient autorisé la personne ayant acheté le combustible de soute à faire cette commande, le tribunal devra [TRADUCTION] « examiner les faits et concilier la “présentation” faite par le propriétaire ou l’affréteur coque nue au regard de l’obligation de vérification qui incomberait au fournisseur ». Au soutien de l’existence de cette obligation qui incomberait au fournisseur, le professeur Tetley cite l’arrêt *Cann v. Roberts* (1874), 30 L.T.R. 424, décision anglaise où il a été conclu que les fournisseurs ne pouvaient se fonder sur le pouvoir du capitaine de lier les propriétaires du navire lorsqu’ils auraient été en mesure,

out here that prior to 1971, U.S. law imposed on a supplier of necessities a duty to inquire as to a buyer's authority to bind a vessel. That duty was removed with the enactment, in 1971, of the *Commercial Instruments and Maritime Liens Act* (see Gilmore and Black, at page 670 *et seq.*).

[58] Professor Tetley then concludes his discussion of this issue at page 572 by making the following remarks:

Neither the time nor the voyage charterer is regarded as the servant or agent of the shipowner. Therefore, assuming there is no question of "holding out", there would seem to be no need for the owner to notify suppliers that such a charterer, in contracting with them, does not bind the owner's personal credit. Moreover, the supplier's duty to inquire is another argument available to the owner and ship. [Emphasis added.]

[59] In my view, Professor Tetley's exposition of the law is correct. With this in mind, I now turn to the question of whether or not, on the facts of the case, the Judge erred in concluding that the presumption had been rebutted by the shipowners.

(c) Whether the Judge erred in concluding that the presumption had been rebutted

[60] As I have already indicated, I am of the opinion that the Judge did not make any error in concluding as he did. First, there can be no doubt in my mind that the appellant knew or ought to have known that Parkroad was not the owner of the ship. The appellant had access, as its seller's general terms and conditions reveal and the Judge so found, to publications such as Lloyd's Register of Shipping, which would have allowed the appellant to determine the ownership of the vessel. In other words, these publications showed that the ship was owned by the respondent Partenreederei ms "Nordems" and not by

en faisant une recherche raisonnable, de savoir que le capitaine n'avait pas ce pouvoir. J'aimerais souligner ici qu'avant 1971, le droit américain imposait au fournisseur d'approvisionnements nécessaires l'obligation de vérifier si l'acheteur avait le pouvoir de lier un navire. Cette obligation a été éliminée lors de l'adoption, en 1971, de la loi intitulée *Commercial Instruments and Maritime Liens Act* (voir Gilmore et Black, aux pages 670 et suivantes).

[58] Le professeur Tetley termine ensuite son examen de cette question en formulant les remarques suivantes à la page 572 :

[TRADUCTION] Ni l'affrètement à temps ni l'affrètement au voyage ne sont considérés comme le mandataire ou le préposé du propriétaire du navire. En conséquence, dans la mesure où aucune question de « présentation » ne se pose, il ne semblerait pas nécessaire que le propriétaire avise les fournisseurs que cet affrètement n'engage pas le crédit personnel dudit propriétaire en concluant une entente avec eux. De plus, le propriétaire du navire et le navire peuvent également invoquer l'obligation de vérification qui incombe au fournisseur. [Non souligné dans l'original.]

[59] À mon avis, le professeur Tetley a bien exposé la règle de droit applicable. Conservant cette explication à l'esprit, je passe maintenant à la question de savoir si, eu égard aux faits de la présente affaire, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les propriétaires du navire avaient réfuté la présomption.

c) La question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la présomption avait été réfutée

[60] Comme je l'ai déjà souligné, je suis d'avis que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant comme il l'a fait. D'abord, il est indéniable à mon sens que l'appelante savait ou aurait dû savoir que Parkroad n'était pas le propriétaire du navire. L'appelante avait, ainsi que le montrent les conditions générales du vendeur et comme l'a conclu le juge de première instance, accès à des publications comme le Lloyd's Register of Shipping, qui lui auraient permis de déterminer à qui appartenait le navire. En d'autres termes, ces publications permettaient de savoir que

Parkroad. Consequently, the appellant was on notice and should have taken steps to verify whether Parkroad had authority to bind the vessel.

[61] In the event, there is no evidence that the appellant made any attempt to contact the shipowners so as to ascertain whether Parkroad was authorized to purchase bunkers on their behalf. The only possible inference is that the appellant did not make such an attempt or, if it did, it did not want to know.

[62] I am also unable to detect from the evidence any conduct or behaviour on the part of the shipowners which could have led the appellant into thinking that Parkroad was somehow authorized by them to purchase bunkers on their behalf.

[63] It is also of some significance that the appellant dealt at all times with Parkroad only. As proof of this, I note that the invoice for the supply of bunkers, although addressed also to the shipowners, was sent to Parkroad only and not to the shipowners. In fact, there was no contact between the appellant and the shipowners until the time when the appellant began giving serious consideration to a possible arrest of the ship, at which time the appellant knew that Parkroad was either bankrupt or that, in any event, it would not likely be able to satisfy its claim. In fact, as the Judge found, the first correspondence sent by the appellant to the shipowners is dated December 8, 2008, i.e. four days prior to the arrest of the vessel at Baie-Comeau.

[64] Finally, there is some significance, in my view, to the fact that the e-mail confirming the sale of the bunkers to Parkroad indicated that “disclaimer stamps placed by VSL on the bunker receipt will have no effect and do not waive the seller’s lien”. This supports the view that the appellant had reason to believe that Parkroad may not have been the owner of the vessel, which should have prompted it to inquire.

le navire appartenait à l’intimée Partenreederei ms « Nordems » et non à Parkroad. En conséquence, l’appelante était au courant et aurait dû prendre des mesures pour vérifier si Parkroad avait le pouvoir de lier le navire.

[61] En tout état de cause, aucun élément de preuve ne montre que l’appelante a tenté de communiquer avec les propriétaires du navire pour savoir si Parkroad était autorisée à acheter du combustible de soute en leur nom. La seule conclusion possible, c’est que l’appelante n’a pas fait cette démarche ou que, si elle l’a faite, elle ne voulait pas en connaître l’issue.

[62] Je ne puis non plus déceler, à la lumière de la preuve, le moindre comportement ou agissement des propriétaires du navire qui aurait pu inciter l’appelante à croire qu’ils avaient autorisé d’une façon ou d’une autre Parkroad à acheter le combustible de soute en leur nom.

[63] Qui plus est, l’appelante a traité en tout temps uniquement avec Parkroad, ce qui revêt une certaine importance. À cet égard, je souligne que la facture relative à la fourniture du combustible de soute a été envoyée à Parkroad seulement et non aux propriétaires du navire, même si elle était adressée à ceux-ci. En fait, aucun contact n’a eu lieu entre les propriétaires du navire et l’appelante avant que celle-ci n’envisage sérieusement la possibilité que le navire soit saisi; à ce moment-là, l’appelante savait que Parkroad était en faillite ou que, en tout état de cause, elle ne serait probablement pas en mesure de payer sa dette. Effectivement, comme l’a conclu le juge de première instance, la première lettre que l’appelante a envoyée aux propriétaires du navire est datée du 8 décembre 2008, soit une date antérieure de quatre jours à la saisie du navire à Baie-Comeau.

[64] Enfin, j’estime qu’il faut accorder une certaine importance au fait que le courriel confirmant la vente du combustible de soute à Parkroad portait la mention suivante : [TRADUCTION] « les avis d’exonération apposés sur les reçus de livraison du combustible ne seront inopérants et ne constituent pas un abandon du privilège du vendeur ». Cette mention permet de dire que l’appelante avait des raisons de croire que Parkroad n’était pas nécessairement le propriétaire du navire, ce qui aurait dû l’inciter à faire des vérifications.

[65] To conclude, although there exists under Canadian law a presumption that necessaries are supplied on the credit of the ship, this presumption is rebuttable. Whether this presumption is rebutted must be determined by a proper assessment of all relevant facts, including whether the supplier made reasonable inquiries to ascertain the authority of the person requesting the necessaries. I would add to this that the extent to which a supplier must make inquiries will depend on the particular circumstances of the case. In determining whether the duty to inquire has been met, we should be mindful of the fact that modern technology makes it much easier for a supplier to obtain, in a timely manner, the type of information which it requires to make an assessment as to whether or not a charterer, or other person, has authority from the shipowner to bind the ship.

[66] In the matter before us, I am satisfied that the Judge did not err when he held that the appellant ought to have inquired with regard to Parkroad's authority to bind the ship. The Judge carefully reviewed all of the relevant evidence on this question and his conclusion that the presumption had been successfully rebutted by the shipowners should not be set aside. He made no error of principle, nor did he make any error in his assessment of the facts in light of the relevant principles.

[67] I now turn to the question of whether the Judge erred in determining that the transaction was not subject to American law and that, as a result, the governing law was Canadian maritime law.

(d) Whether the Judge erred in determining that the transaction was not governed by American law

[68] The appellant submits that the Judge misdirected himself as to the appropriate test for determining the applicable law. More particularly, the appellant says that the Judge failed to give sufficient weight to the choice of law clause in the bunker supply contract and failed to

[65] En conclusion, même s'il existe en droit canadien une présomption selon laquelle les approvisionnements nécessaires sont fournis sur le crédit du navire, cette présomption est réfutable. Pour savoir si elle a été réfutée, il faut évaluer de façon appropriée tous les faits pertinents, notamment la mesure dans laquelle le fournisseur a fait des vérifications raisonnables pour connaître l'étendue du pouvoir de la personne ayant demandé les approvisionnements nécessaires. J'ajouterais que la mesure dans laquelle le fournisseur doit s'informer dépend des circonstances particulières de l'affaire. Pour décider si l'obligation de vérification a été remplie, il faut garder à l'esprit que la technologie moderne permet au fournisseur d'obtenir beaucoup plus facilement et rapidement le type de renseignements dont il a besoin pour savoir si un affréteur ou une autre personne a reçu du propriétaire du navire l'autorisation de lier celui-ci.

[66] Dans la présente affaire, je suis convaincu que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'il a conclu que l'appelante aurait dû s'informer au sujet du pouvoir de Parkroad de lier le navire. Il a examiné avec soin l'ensemble de la preuve pertinente sur cette question et il n'y a pas lieu d'infirmer sa conclusion selon laquelle les propriétaires du navire avaient réfuté la présomption. Le juge de première instance n'a ni commis une erreur de principe ni mal apprécié les faits à la lumière des principes pertinents.

[67] J'aborde maintenant la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que la transaction n'était pas régie par le droit américain et que, par conséquent, le droit applicable était le droit maritime canadien.

(d) La question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la transaction n'était pas régie par le droit américain

[68] L'appelante soutient que le juge de première instance ne s'est pas fondé sur le critère approprié pour déterminer le droit applicable. Plus précisément, elle lui reproche de ne pas avoir accordé suffisamment d'importance à la clause sur le choix du droit applicable que

give appropriate weight to the other factors which connected the claim to the United States. Finally, the appellant says that the Judge gave disproportionate weight to the place where the bunkers were supplied to the vessel.

[69] The appellant then says that the law applicable to a particular transaction is the law of the place with the closest and most real and substantial connection to the transaction. In its view, although the Judge appears to have accepted this as the correct test, he did not actually apply it. Rather than attempting to determine which jurisdiction had the closest and most substantial connection to the transaction, the Judge sought to determine whether the non-American factors outweighed the American ones.

[70] The appellant also says that the Judge misdirected himself with regard to what he referred to as the “points of contact” (the Judge uses that expression on two occasions in his reasons: first, at paragraph 66, where he refers to the “points of contact” between the shipowner and the plaintiff; and at paragraph 67, where he says “we must tote up the points of contact”, i.e. points of contact with several jurisdictions). In the appellant’s submission, the proper approach is not that of weighing points of contact between the shipowners and the appellant, but rather to consider each relevant factor and to give it the weight it deserves so as to ultimately decide which jurisdiction has the closest and most real and substantial connection with the transaction.

[71] I will address first the appellant’s submission that the Judge failed to give appropriate weight to the choice of law clause. In fact, the appellant says that the Judge gave this factor no weight whatsoever. In order to determine this question, I must turn to our decisions in *Imperial Oil* and *The Lanner*, where similar issues were addressed by this Court.

[72] In *Imperial Oil*, the two vessels, both Canadian-registered ships, were owned by a Canadian company,

contenait le contrat d’approvisionnement ainsi qu’aux autres facteurs qui reliaient la créance aux États-Unis. L’appelante fait également valoir que le juge de première instance a accordé trop d’importance à l’endroit où le combustible de soute a été livré au navire.

[69] L’appelante affirme que le droit applicable à une transaction donnée est celui de l’endroit ayant le lien le plus étroit et le lien le plus réel et substantiel avec la transaction. À son avis, même si le juge de première instance semble avoir reconnu qu’il s’agissait là du critère approprié, il ne l’a pas vraiment appliqué. Plutôt que de tenter de savoir quel ressort entretenait le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction, il s’est demandé si les facteurs non américains l’emportaient sur les facteurs américains.

[70] L’appelante reproche également au juge de première instance de s’être trompé au sujet de ce qu’il a appelé les [TRADUCTION] « points de rattachement » (il utilise cette expression à deux occasions dans ses motifs : d’abord au paragraphe 66, où il fait mention des [TRADUCTION] « points de rattachement » entre le propriétaire du navire et la demanderesse, puis au paragraphe 67, où il affirme que [TRADUCTION] « nous devons évaluer les points de rattachement », c’est-à-dire les points de rattachement avec plusieurs ressorts). De l’avis de l’appelante, la bonne façon de procéder consiste non pas à soupeser les points de rattachement entre les propriétaires du navire et l’appelante, mais plutôt à examiner chaque facteur pertinent et à lui attribuer l’importance qu’il mérite afin de déterminer en fin de compte quel ressort entretient le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction.

[71] Je commente d’abord l’argument de l’appelante selon lequel le juge de première instance n’a pas accordé suffisamment d’importance à la clause sur le choix du droit applicable. En fait, l’appelante soutient que le juge de première instance a totalement écarté ce facteur. Pour trancher cette question, je dois tenir compte des arrêts *Imperial Oil* et *Le Lanner*, où notre Cour s’est penchée sur des arguments similaires.

[72] Dans l’arrêt *Imperial Oil*, les deux navires, qui avaient été immatriculés au Canada, appartenaient à une

Imperial Oil. The vessels were operating under demise charter to Socanav, a Canadian operator. Socanav, as demise charterer, appointed Star, an American company, to manage its vessels. As part of its duties, Star was entrusted with the responsibility of purchasing bunkers for the vessels. As a result, Star entered into a contract with Petromar, an American company, to supply bunkers to the vessels. In turn, Petromar entered into a contract with Exxon, an American company, pursuant to which Exxon agreed to sell and deliver bunkers to customers solicited by Petromar. Both of these contracts were entered into in the United States and provided that their “construction, validity and performance ... shall be governed by the laws applicable in the State of New York, to the exclusion of any other legal system”.

[73] Also noteworthy, in *Imperial Oil*, is the fact that the ships traded in the Great Lakes, i.e. both in Canada and in the United States, and that Exxon had supplied bunkers to the two vessels at the ports of Montréal and Sarnia. In the event, Petromar paid Exxon for the bunkers, but did not receive payment of its invoices from either Star or Socanav. It is also of interest to note that when it supplied the bunkers to the ships, Petromar was aware that they were owned by Imperial Oil and not by Socanav.

[74] Thus, as in the present matter, there was no contract between the suppliers and the shipowners. The only contracts were those entered into between Petromar and Exxon and between Petromar and Star.

[75] In *Imperial Oil* [2000 CanLII 16066 (F.C.T.D.)], the Trial Judge held that the transactions were governed by American maritime law and that, as a result, Petromar was entitled to a maritime lien in regard to its unpaid claims. In so concluding, the Trial Judge determined that the proper test was to apply the law which had the closest and most substantial connection with the transaction, which led him to weigh a number of factors, including the two contracts pursuant to which the bunkers were

société canadienne, Imperial Oil, et étaient exploités conformément à un contrat d’affrètement coque nue signé avec Socanav, exploitant canadien. En qualité d’affréteur coque nue, Socanav a confié la gestion de ses navires à une société américaine, Star. Dans le cadre de ses fonctions, Star s’est vu confier la responsabilité d’acheter des lubrifiants maritimes pour les navires. En conséquence, Star a conclu avec Petromar, société américaine, un contrat relatif à l’approvisionnement des navires en lubrifiants maritimes. À son tour, Petromar a conclu avec Exxon, une autre société américaine, un contrat par lequel celle-ci a convenu de vendre et de livrer des lubrifiants maritimes aux clients sollicités par Petromar. Les deux contrats ont été conclus aux États-Unis et comportaient une clause énonçant que [TRADUCTION] « l’interprétation, la validité et les obligations [...] seront gouvernées par les lois de l’État de New York à l’exclusion de tout autre régime juridique ».

[73] Il convient également de souligner que, dans l’arrêt *Imperial Oil*, les navires étaient exploités dans les Grands Lacs, c’est-à-dire à la fois au Canada et aux États-Unis, et que la société Exxon avait livré des lubrifiants maritimes aux deux navires aux ports de Montréal et de Sarnia. En tout état de cause, Petromar a payé Exxon pour les lubrifiants, mais n’a pas reçu le paiement de ses factures ni de Star ni de Socanav. Qui plus est, lorsqu’elle a fourni les lubrifiants aux navires, Petromar savait que ceux-ci appartenaient à Imperial Oil et non à Socanav.

[74] Ainsi, tout comme dans la présente affaire, aucun contrat ne liait les fournisseurs et les propriétaires des navires. Les seuls contrats étaient ceux qui avaient été conclus entre Petromar et Exxon, d’une part, et entre Petromar et Star, d’autre part.

[75] Dans la décision *Imperial Oil* [2000 CanLII 16066 (C.F. 1^{re} inst.)], le juge de la Section de première instance a décidé que les transactions étaient régies par le droit maritime américain et que, par conséquent, Petromar avait droit à un privilège maritime à l’égard de ses créances. Pour arriver à cette conclusion, le juge de la Section de première instance a conclu qu’il fallait appliquer le droit du ressort avec lequel les transactions avaient le lien le plus étroit et le plus important, ce qui

supplied to the vessel. In the Trial Judge's view, that factor was the most significant factor, since both contracts had been concluded in the United States and they both contained a U.S. choice of law provision.

[76] In appeal before our Court, the shipowners argued that the Trial Judge had given disproportionate weight to the two contracts between Petromar and Star and between Petromar and Exxon, and that he had failed to give any weight to many connecting factors linking the transaction to Canada.

[77] After reviewing the authorities concerning both the concept of maritime lien and the conflict of law principles, Stone J.A. turned to the facts before him and stated that the Trial Judge had selected the correct test, i.e. that the applicable law was that with the closest and most substantial connection to the transaction, adding that that approach was the one favoured by "maritime conflict of laws textwriters" (*Imperial Oil*, at paragraph 30).

[78] Stone J.A. then noted, at paragraph 35 of his reasons, the fact that the Trial Judge had considered the contracts entered into the United States between Petromar and Star and between Petromar and Exxon to be the most significant factor in determining the applicable law. Stone J.A. then drew attention to the fact that neither Imperial Oil nor Socanav were parties to these contracts, adding, however, that it was logical to assume that Star had been authorized by Socanav to order the bunkers on its behalf, since it had been agreed between Socanav and Imperial Oil that the procurement of necessities would be the responsibility of the demise charterer.

[79] At paragraph 37 of his reasons, Stone J.A. made the following remarks:

l'a incité à soupeser un certain nombre de facteurs, y compris les deux contrats en application desquels les lubrifiants maritimes ont été fournis au navire. De l'avis du juge de la Section de première instance, ce facteur était le plus important, puisque les deux contrats avaient été conclus aux États-Unis et que tous les deux comportaient une clause prévoyant que le droit américain avait été choisi.

[76] En appel devant notre Cour, les propriétaires du navire ont soutenu que le juge de la Section de première instance avait accordé trop de poids aux deux contrats conclus entre Petromar et Star et entre Petromar et Exxon et qu'il avait omis d'accorder la moindre importance à de nombreux facteurs reliant la transaction au Canada.

[77] Après avoir passé en revue la jurisprudence concernant le concept du privilège maritime et les principes en matière de conflits de lois, le juge Stone de notre Cour s'est attardé aux faits dont il était saisi et a affirmé que le juge de la Section de première instance avait choisi le bon critère, c'est-à-dire que le droit applicable était celui du ressort qui entretenait le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction, ajoutant que cette interprétation était celle « que privilégient les auteurs d'ouvrages portant sur les conflits de lois dans le domaine maritime » (*Imperial Oil*, au paragraphe 30).

[78] Au paragraphe 35 de ses motifs, le juge Stone a ensuite souligné que, de l'avis du juge de la Section de première instance, les contrats conclus aux États-Unis entre Star et Petromar et entre Petromar et Exxon constituaient le facteur de rattachement le plus important à prendre en compte pour déterminer le droit applicable. Il a ensuite ajouté que ni Imperial Oil ni Socanav n'étaient parties à ces contrats, mais a précisé qu'il était logique de présumer que Socanav avait autorisé Star à commander les lubrifiants en son nom, puisqu'il avait été convenu entre Socanav et Imperial Oil que la responsabilité liée à l'obtention des approvisionnements nécessaires incomberait à l'affrètement.

[79] Au paragraphe 37 de ses motifs, le juge Stone a formulé les remarques suivantes :

While the Trial Judge was correct in considering and weighing the United States contracts as a factor, and while that factor carries considerable weight, I am not persuaded that it is the most significant factor.

[80] Stone J.A. then proceeded to determine which law had the closest and most substantial connection to the transactions. He reviewed the relevant factors and concluded that the jurisdiction which had the closest and most substantial connection to the transactions was Canada. His reasoning, as it appears at paragraphs 36 and 38 of his reasons, is as follows:

I accept that it would be unwise to single out one factor as controlling but, rather, that all connecting factors be considered and evaluated in order for legitimate state interests to be accommodated. To my mind, in the present case the places of delivery in Canada should be accorded somewhat greater weight when viewed in the context of the several other factors connecting the transactions to Canada.

...

The factors linking the transactions to Canada included vessel registration, flag, ownership, possession in Canada by demise charterer, operation of the vessels from a base in Montréal, and actual supply of the lubricants in Canada. Among these several factors the one that, in my view, is deserving of significant weight is that the operations of Socanav, the demise charterer, was based in Canada at the time the marine lubricants were supplied and it was Canada, where the vessels traded and were based, that was most economically benefited by the lubricants. In the United States, the base of operations of the shipowner was regarded by the Supreme Court in *Hellenic Lines, supra*, at page 309, as “another factor of importance” to be assessed. This factor has been weighed ever since in appropriate cases by the courts of that country. Thus in the *M/V Tonto, supra*, involving a claim for a maritime lien by an American supplier of fuel oil in Italy by arrangement with the charterer of a Norwegian vessel, Circuit Judge Kennedy stated, at page 1193:

In a subsequent decision, the Supreme Court declared that the factors in the *Lauritzen* were not exhaustive. *Hellenic Lines, Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306, 309, 90 S.Ct. 1731, 1734, 26 L.Ed. 2d 252 (1970). The vessel’s “base of operations,” that is, the shipowner’s centre of management and the location most benefited economically by the

Même si le juge de première instance a eu raison d’examiner et de soupeser l’importance des contrats américains comme facteur et même si ce facteur a une importance considérable, je ne suis pas convaincu qu’il s’agit du facteur le plus important.

[80] Le juge Stone s’est ensuite demandé quel était le ressort avec lequel les transactions avaient le lien le plus étroit et le plus important. Il a examiné les facteurs pertinents et conclu que ce ressort était le Canada. Son raisonnement, qui figure aux paragraphes 36 et 38 de ses motifs, est le suivant :

Je reconnais qu’il serait peu judicieux de retenir un seul facteur et qu’il importe d’examiner et d’évaluer tous les facteurs de rattachement afin d’accommoder les intérêts légitimes des États. À mon avis, dans la présente affaire, il y a lieu d’accorder une plus grande importance aux endroits où les produits ont été livrés au Canada, compte tenu des différents autres facteurs rattachant les transactions au Canada.

[...]

Les facteurs rattachant les transactions au Canada comprenaient l’immatriculation des navires, le pavillon, la propriété, la possession au Canada par un affrètement à coque nue, l’exploitation des navires depuis une base à Montréal et la fourniture des lubrifiants au Canada. Parmi ces facteurs, celui auquel une importance considérable doit être accordée à mon sens est le fait que l’entreprise de Socanav, l’affrètement à coque nue, était basée au Canada lorsque les lubrifiants maritimes ont été fournis et que c’est le Canada, où les navires étaient basés et exploités, qui était le plus avantagé au plan économique par la fourniture des lubrifiants. Aux États-Unis, dans l’arrêt *Hellenic Lines*, précité, la Cour suprême a jugé, à la page 309, que la base des activités du propriétaire du navire constituait [TRADUCTION] « un autre facteur important » à évaluer. Depuis ce temps, les tribunaux de ce pays ont constamment évalué ce facteur dans les cas pertinents. Ainsi, dans l’arrêt *M/V Tonto*, précité, qui concernait une revendication de privilège maritime par une société américaine qui avait fourni du mazout en Italie conformément à un accord conclu avec l’affrètement d’un navire norvégien, le juge Kennedy a souligné ce qui suit à la page 1193 :

[TRADUCTION] Dans une décision subséquente, la Cour suprême a déclaré que les facteurs énoncés dans *Lauritzen* n’étaient pas exhaustifs. *Hellenic Lines, Ltd. v. Rhoditis*, 398 U.S. 306, 309, 90 S.Ct. 1731, 1734, 26 L.Ed. 2d 252 (1970). La « base des activités » du navire, c’est-à-dire le centre de gestion du propriétaire du navire et l’endroit le

business of the vessel, is also relevant. *Id.* at 309, 90 S. Ct. at 1734.

These views were later adopted in a case involving the supply of bunker oil in South Africa by a London based supplier to a vessel whose owners were also based in London: *Forsythe Intern. U.K. Ltd. v. M/V Ruth Venture*, 633 F. Supp. 74 (D. Or. 1985), at page 77. [Emphasis added.]

[81] In the factual context before him, Stone J.A. concluded that the American contracts, although deserving considerable weight, were not the most significant factor because of his view that the other factors all pointed to Canada as the jurisdiction with the closest and most substantial connection to the transactions.

[82] I should note that nowhere does Stone J.A. specifically say that the U.S. choice of law provisions are to be given any weight. Rather, what he says is that the American contracts, so described because they were entered into in the United States between American companies, are deserving of weight.

[83] I now turn to our decision in *The Lanner*, where Richard C.J. held that the U.S. choice of law clauses found in two of the three bunker contracts were determinative of the issue. With regard to the third contract, which did not contain a U.S. choice of law provision but contained an arbitration clause providing that any dispute arising thereunder would have to be submitted and determined in accordance with Washington State law, Richard C.J. held that the arbitration clause was “indicative of the proper law of the contract” (at paragraph 31 of his reasons).

[84] As I have already indicated, the bunkers in *The Lanner* had been purchased at the request of the ship-owners’ manager who had full authority to purchase them. I should also point out that the vessel had been supplied at Halifax, Nova Scotia, at Pointe-à-Pierre, Trinidad, and at Singapore. I again emphasize the fact that Richard C.J. left open the question of what weight

plus avantageé au plan économique par l’exploitation de celui-ci sont également pertinents. *Id.* p. 309, 90 S. Ct., p. 1734.

Cette opinion a été adoptée plus tard dans une affaire concernant la fourniture de mazout en Afrique du Sud par un fournisseur basé à Londres à un navire dont les propriétaires étaient également basés à Londres : *Forsythe Intern. U.K. Ltd. v. M/V Ruth Venture*, 633 F. Supp. 74 (D. Or. 1985), à la page 77. [Non souligné dans l’original.]

[81] À la lumière des faits dont il était saisi, le juge Stone a conclu que, même s’ils avaient une importance considérable, les contrats américains ne constituaient pas le facteur le plus important, parce que tous les autres facteurs montraient que le Canada était le pays ayant le lien le plus étroit et le plus important avec les transactions.

[82] Il convient toutefois de préciser que le juge Stone ne dit nulle part explicitement qu’il faut accorder une importance quelconque aux clauses des contrats qui indiquent le choix du droit américain. Il dit plutôt que les contrats américains, appelés ainsi parce qu’ils ont été conclus aux États-Unis entre des sociétés américaines, méritent de se voir accorder une certaine importance.

[83] J’aborde maintenant l’arrêt *Le Lanner* de notre Cour, où le juge en chef Richard a statué que les clauses aux termes desquelles le droit américain avait été choisi dans deux des trois contrats d’approvisionnement en combustible de soute permettaient de trancher le litige. Dans le cas du troisième contrat, qui ne comportait aucune clause de cette nature, mais plutôt une clause d’arbitrage énonçant que tout différend découlant dudit contrat devrait être soumis et tranché conformément aux lois de l’État de Washington, le juge en chef Richard a décidé que la clause d’arbitrage constituait « une indication de la loi applicable au contrat » (au paragraphe 31 de ses motifs).

[84] Comme je l’ai déjà mentionné, le combustible de soute dans l’affaire *Le Lanner* avait été acheté à la demande du gestionnaire du navire, qui était entièrement autorisé à l’acheter. Il convient également de souligner que le navire avait été approvisionné à Halifax (Nouvelle-Écosse), à Pointe-à-Pierre (Trinidad) et à Singapour. J’insiste à nouveau sur le fait que le juge en chef Richard

a choice of law clause should be given when the shipowners were not personally liable for the supply of the bunkers to their ship. In other words, what weight should be given to a choice of law provision found in a contract to which the shipowners were not party?

[85] In my view, a situation where a shipowner, as in *The Lanner*, has contracted with a supplier and has agreed to the insertion of a U.S. choice of law clause in the contract, poses no difficulty to giving, as Richard C.J. did, prime consideration to the law chosen by the parties. However, where, as here and in *Imperial Oil*, there is no contract between the shipowners and the supplier of necessities, and the shipowners have not, by their attitude and conduct, misled the supplier into believing that the purchaser was authorized to act on their behalf, I am inclined to the view that the choice of law provision should not be given any weight.

[86] In his reasons in *Imperial Oil*, at paragraphs 28 and 29, Stone J.A. refers to Professor J.-G. Castel's work, *Canadian Conflict of Laws*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 1997), more particularly at paragraphs 448 and 452 thereof, where Professor Castel states that the proper law of the contract will usually be the law selected by the parties to govern their contract. However, where there is no express selection or where no selection can be inferred, the applicable law will be that with which the transaction has the closest and most real connection.

[87] Thus, Richard C.J.'s disposition of the issue before him in *The Lanner* is clearly in accordance with the above principles. However, where, as here, the shipowners are not a party to the supply contract, it cannot be said that they have agreed to the U.S. choice of law provision found in the contract between the appellant and Parkroad. Clearly, they have not.

n'a pas répondu à la question de l'importance à accorder à une clause sur le choix du droit lorsque les propriétaires du navire ne sont pas personnellement responsables de la fourniture du combustible de soute pour leur navire. En d'autres termes, quelle devrait être l'importance à accorder à une clause sur le choix du droit figurant dans un contrat auquel les propriétaires du navire n'étaient pas parties?

[85] À mon avis, lorsque le propriétaire du navire, comme c'était le cas dans l'arrêt *Le Lanner*, a conclu une entente avec le fournisseur et a accepté l'insertion d'une clause aux termes de laquelle la loi américaine a été choisie, le fait d'accorder la priorité à cette loi, ainsi qu'en a décidé le juge en chef Richard, ne pose aucun problème. Cependant, lorsque, comme c'était le cas dans l'arrêt *Imperial Oil* et comme c'est également le cas dans la présente affaire, aucun contrat n'a été conclu entre les propriétaires du navire et le fournisseur d'approvisionnements nécessaires et que les propriétaires en question n'ont pas, par leur attitude et leur conduite, incité le fournisseur à croire qu'ils avaient autorisé l'acheteur à agir en leur nom, je suis enclin à penser qu'il n'y a pas lieu d'accorder la moindre importance à la clause sur le choix du droit applicable.

[86] Dans les motifs qu'il a rédigés dans l'arrêt *Imperial Oil*, aux paragraphes 28 et 29, le juge Stone cite l'ouvrage du professeur J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, 4^e éd. (Toronto : Butterworths, 1997), notamment les paragraphes 448 et 452, où le professeur Castel affirme que la loi applicable au contrat sera habituellement celle que les parties ont choisie. Cependant, lorsqu'aucun choix explicite n'a été fait ou qu'aucun choix ne peut être déduit, le régime de droit applicable sera celui avec lequel la transaction a le lien le plus étroit et le plus réel.

[87] Par conséquent, le juge en chef Richard a manifestement respecté les principes susmentionnés en tranchant comme il l'a fait la question dont il était saisi dans l'arrêt *Le Lanner*. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les propriétaires du navire ne sont pas parties au contrat d'approvisionnement, il n'y a pas lieu de dire qu'ils ont accepté la clause prévoyant

[88] This conclusion leads me to say that had Stone J.A. been of the view that the U.S. choice of law provisions in the American contracts were, *per se*, deserving of weight, he would have said so. In my view, he did not say so because he was not of that view. As I indicated earlier, he was of the opinion that the American contracts were relevant, a proposition with which I have no difficulty. By that, I mean that I have no difficulty in considering as a factor the fact that, in *Imperial Oil*, the supply contracts had been entered into in the United States between American companies. However, these contracts were only one factor among many.

[89] Consideration of the American contracts in *Imperial Oil* as a factor cannot mean, as the appellant seems to suggest, that the choice of law provisions in those contracts were treated or ought to have been treated as if they were part of contracts to which the shipowners were privy. Put another way, the American contracts were a factor, among many, relevant to a determination of the proper law of the transactions, the purpose of this exercise being the determination not of the proper law of the American contracts, but of the law governing—if I may describe it in the following terms—the non-contractual relationship between the supplier of necessities and the ship. Clearly, in these circumstances, the choice of law provisions were not relevant to that exercise because of a lack of privity of contract.

[90] The Judge was of the view that because the shipowners were not a party to the contract with the appellant, the choice of law clause had “less significance than otherwise” (paragraph 52 of Judge’s reasons). At paragraph 67 of his reasons, he expanded on that by saying that “[a]bsent a contract, we must tote up the points of contact.” In other words, the proper law is determined not by reference to the choice of law provision, but by an attempt to determine, on the basis of the facts and events of the case, which jurisdiction has the

l’application du droit américain que contenait le contrat conclu entre l’appelante et Parkroad. De toute évidence, ce n’est pas le cas.

[88] Cette conclusion m’incite à dire que, si le juge Stone avait estimé que les clauses des contrats américains aux termes desquelles le droit américain avait été choisi étaient importantes en soi, il l’aurait dit. À mon sens, il ne l’a pas dit parce qu’il n’était pas de cet avis. Comme je l’ai déjà souligné, il estimait que les contrats américains étaient pertinents, ce que j’admets volontiers. En effet, je n’ai aucun mal à considérer comme un facteur le fait que, dans l’arrêt *Imperial Oil*, les contrats d’approvisionnement avaient été conclus aux États-Unis entre des sociétés américaines. Cependant, ces contrats ne représentaient qu’un facteur parmi de nombreux autres.

[89] La prise en compte des contrats américains dans l’arrêt *Imperial Oil* ne peut signifier, comme l’appelante semble le croire, que les clauses sur le choix de la loi que contenaient ces contrats ont été traitées ou auraient dû être traitées comme si elles faisaient partie des contrats liant les propriétaires du navire. En d’autres termes, les contrats américains constituaient un des nombreux facteurs pertinents quant à la détermination de la loi applicable aux transactions, exercice visant à déterminer, non pas le droit devant régir les contrats américains, mais plutôt le droit — je me permets de le décrire ainsi — s’appliquant à la relation non contractuelle entre le fournisseur d’approvisionnements nécessaires et le navire. De toute évidence, dans la présente affaire, les dispositions sur le choix de la loi n’étaient pas pertinentes quant à cet exercice en raison de l’absence de lien contractuel.

[90] Le juge de première instance estimait que, étant donné que les propriétaires du navire n’étaient pas parties au contrat conclu avec l’appelante, la clause sur le choix de la loi était [TRADUCTION] « moins importante qu’elle l’aurait été autrement » (paragraphe 52 des motifs du juge de première instance). Au paragraphe 67 de ses motifs, il a ajouté que [TRADUCTION] « en l’absence de contrat, nous devons évaluer les points de rattachement ». En d’autres termes, pour déterminer le droit applicable, il faut, non pas s’en remettre à la disposition

closest and most substantial connection to the transaction. In my view, the Judge made no reviewable error in the way he dealt with the choice of law provision found in the contract between the appellant and Parkroad.

- (e) Whether the Judge failed to give proper weight to the factors connecting the transaction to the United States and whether he gave too much weight to the place of supply

[91] I now turn to the appellant's submission that the Judge failed to give proper weight to the other factors connecting the transaction to the United States and that he gave too much weight to the place of supply. Subsumed in this argument is the appellant's view that the Judge erred in failing to consider each relevant factor by reason of his approach, which consisted of toting up the points of contact between it and the shipowners.

[92] These arguments, in my view, are without merit. The Judge clearly understood the relevant test and he made no discernible error in applying the test to the facts before him. At paragraph 58 of his reasons, the Judge, after referring to Stone J.A.'s reasons in *Imperial Oil*, adopted the correct test, observing that "absent a contract with the shipowner (as opposed to one with the charterer) which contains a choice of law clause (which is the case here), the proper law is not the law of the contract but rather the law with which the transaction has the closest and most substantial connection."

[93] He then weighed the factors connecting the transaction to the United States and those connecting it to other jurisdictions, which led him to conclude that

sur le choix de la loi, mais plutôt chercher à savoir, à la lumière des faits et des événements mis en preuve, quel est le ressort ayant le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction. À mon avis, le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision quant à la façon dont il a appliqué la disposition sur le droit applicable que renfermait le contrat conclu entre l'appelante et Parkroad.

- (e) Les questions de savoir si le juge de première instance a omis d'accorder l'importance appropriée aux facteurs rattachant la transaction aux États-Unis et s'il a accordé trop d'importance au lieu d'approvisionnement

[91] J'examine maintenant les prétentions de l'appelante selon lesquelles le juge de première instance n'a pas accordé suffisamment d'importance aux autres facteurs rattachant la transaction aux États-Unis et a accordé trop d'importance au lieu d'approvisionnement. Ces prétentions sous-entendent implicitement que l'appelante estime que le juge de première instance a commis une erreur en omettant d'examiner chaque facteur pertinent en raison de l'approche qu'il a suivie, qui consistait à additionner les points de rattachement entre l'appelante et les propriétaires du navire.

[92] À mon avis, ces arguments sont sans fondement. Le juge de première instance comprenait clairement le critère pertinent et n'a commis aucune erreur manifeste lorsqu'il a appliqué ce critère aux faits dont il était saisi. Au paragraphe 58 de ses motifs, après avoir cité les motifs que le juge Stone a rédigés dans l'arrêt *Imperial Oil*, le juge de première instance a adopté le bon critère et a fait remarquer ce qui suit : [TRADUCTION] « en l'absence d'un contrat avec le propriétaire du navire (plutôt qu'avec l'affrèteur), lequel contrat renfermerait une clause sur le choix de la loi (ce qui est le cas en l'espèce), le régime de droit applicable n'est pas celui du contrat, mais plutôt celui avec lequel la transaction présente le lien le plus étroit et le plus important ».

[93] Il a ensuite soupesé les facteurs qui rattachaient la transaction aux États-Unis et ceux qui la rattachaient à d'autres ressorts, ce qui l'a incité à conclure que les

the relevant factors did not point to the United States. His use of the expressions “non-American factors” and “American factors”, which the appellant criticizes, is clearly not an error, because he could only conclude, on the evidence before him, that the proper law was either American or Canadian law, no other law having been alleged nor proven.

[94] In my opinion, one must look very hard to find any link connecting the transaction to the United States. Other than the seller’s general terms and conditions, which deem the contract between the appellant and Parkroad to have been made in the United States and made subject to the laws of that country, there is nothing whatsoever in the evidence connecting the transaction with the United States.

[95] The evidence is that the vessel, registered in Cyprus, owned by German owners, was supplied in South Africa by Caltex, a South African company, following a request for a supply of bunkers made by World Fuel Korea, a Division of World Fuel Singapore. To this, I would add that the vessel was arrested in Canada, not in the United States. Thus, a fair examination of the evidence does not disclose any real or substantial connection to the United States.

[96] The Judge, having carefully considered all the factors, held that the United States could not possibly be the jurisdiction having the closest and most substantial connection to the transaction. He added that were it necessary for him to choose the jurisdiction with the closest and most substantial connection to the transaction, he would have chosen South Africa. Specifically, he said that in a situation such as the one before him, where there was a link with more than one jurisdiction, “pride of place must be given to the place where the necessities were provided” (at paragraph 67 of Judge’s reasons). Hence, as the law of South Africa had not been alleged nor proven, the governing law was that of Canada and, as a result, the appellant’s action *in rem* and *in personam* failed.

facteurs pertinents ne rattachaient pas la transaction aux États-Unis. L’appelante lui reproche d’avoir employé les expressions « facteurs non américains » et « facteurs américains », mais cet emploi ne constitue pas une erreur, parce que le juge de première instance pouvait uniquement conclure, au vu de la preuve dont il avait été saisi, que la loi applicable était américaine ou canadienne, aucun autre régime de droit n’ayant été allégué ou prouvé.

[94] À mon avis, il est difficile de trouver un élément rattachant la transaction aux États-Unis. Hormis les conditions générales du vendeur, selon lesquelles le contrat conclu entre l’appelante et Parkroad est réputé avoir été passé aux États-Unis et être assujéti aux lois de ce pays, la preuve ne comporte pas le moindre élément rattachant la transaction à ce pays.

[95] Il appert de la preuve que le navire, qui a été immatriculé à Chypre et dont les propriétaires sont allemands, a été approvisionné en Afrique du Sud par Caltex, société sud-africaine, par suite d’une demande de combustible de soute formulée par World Fuel Korea, division de World Fuel Singapore. J’ajouterais que le navire a été saisi au Canada et non aux États-Unis. Par conséquent, un examen honnête de la preuve ne révèle aucun lien réel ou important avec les États-Unis.

[96] Après avoir examiné attentivement tous les facteurs, le juge de première instance a décidé que les États-Unis ne pouvaient être le ressort ayant le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction. Il a ajouté que, s’il lui avait fallu choisir le ressort ayant le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction, il aurait choisi l’Afrique du Sud. Plus précisément, il a mentionné que, dans une situation semblable à celle dont il était saisi, où un lien existait avec plusieurs ressorts, [TRADUCTION] « la préférence doit être donnée à l’endroit où les approvisionnements nécessaires ont été fournis » (au paragraphe 67 des motifs du juge de première instance). En conséquence, étant donné que le régime de droit de l’Afrique du Sud n’avait été ni allégué ni prouvé, le droit applicable était celui du Canada, de sorte que l’action réelle et l’action personnelle de l’appelante ont été rejetées.

[97] In my view, the Judge's findings that the United States was not the jurisdiction with the closest and most substantial connection to the transaction and that, in the circumstances of the case, the choice had to be South Africa, were clearly open to him. I have not been persuaded that in so concluding, the Judge made a palpable and overriding error.

[98] Consequently, as I indicated earlier, we therefore need not address the issue of whether United States law, on the facts of the case, would have allowed the appellant to exercise its rights against the ship. Additionally, we need not address the issue of whether the appellant or World Fuel Singapore was the proper party to bring the action and, hence, the appeal.

DISPOSITION

[99] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs in favour of the respondents other than the respondent Parkroad.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

[97] À mon avis, il était parfaitement loisible au juge de première instance de conclure que les États-Unis n'étaient pas le ressort ayant le lien le plus étroit et le plus important avec la transaction et que, dans les circonstances de l'affaire, il fallait choisir l'Afrique du Sud. L'appelante ne m'a pas convaincu qu'en concluant de la sorte, le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante.

[98] En conséquence, comme je l'ai mentionné précédemment, il n'est pas nécessaire que nous nous attardions à la question de savoir si le droit américain aurait, d'après les faits mis en preuve en l'espèce, permis à l'appelante d'exercer ses droits à l'encontre du navire. Il n'est pas non plus nécessaire que nous répondions à la question de savoir si l'appelante ou World Fuel Singapore était la partie qui pouvait engager l'action et, par conséquent, interjeter appel.

DISPOSITIF

[99] Pour les motifs exposés ci-dessus, je rejetterais l'appel avec dépens en faveur des intimés sauf l'intimée Parkroad.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-472-11
2011 FC 175

IMM-472-11
2011 CF 175

The Minister of Citizenship and Immigration (*Applicant*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*demandeur*)

v.

c.

B386 (*Respondent*)

B386 (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. B386

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. B386

Federal Court, Blanchard J.—Vancouver, February 9 and 17, 2011.

Cour fédérale, juge Blanchard—Vancouver, 9 et 17 février 2011.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Detention and release — Motion, inter alia, to stay Immigration Division (ID) order dated January 2011 releasing respondent from detention until application for leave, judicial review thereof determined on merits — Respondent subject of two consecutive judicial reviews challenging previous release orders issued respectively in November; December 2010 — Judicial review of November 2010 release order dismissed — Respondent moving to have present motion dismissed on grounds of mootness, abuse of process — Applicant claiming that in succession of detention review orders made by ID, each successive order superseding antecedent; thus, November 2010 order ceasing to have effect when December 2010 order issued — Detainee's liberty interests in detention review not impacted in same way that they are when judicial review brought of release order — In latter case, detained person would have been released but for applicant's application for judicial review, stay — Therefore, spectre of abuse of process arising differently in both cases — While judicial review of November 2010 release order dismissed, issue of mootness thereof not definitively decided — In context of mandated detention review every 30 days, applicant's position would allow Crown to obtain prolonged if not indefinite stay of release order(s) through court process, as is evidenced in respondent's case — Parliament could not have intended to create unending cycle whereby respondent would never benefit from positive court decision upholding release order — Accepting applicant's position would result in abuse of process — Respondent's case presenting unique fact scenario where if successful on stay application, applicant will have denied respondent benefit of three release orders, positive Court decision through consecutive judicial review proceedings — Respondent's liberty interests herein outweighing enforcement

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Détention et mise en liberté — Requête visant, entre autres, à faire surseoir à l'ordonnance de la Section de l'immigration (la SI), prononcée en janvier 2011, libérant le défendeur jusqu'à ce que soit tranchée sur le fond la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire — Le défendeur est visé par deux autres demandes de contrôle judiciaire consécutives, contestant les ordonnances de mise en liberté antérieures rendues respectivement en novembre et en décembre 2010 — La demande de contrôle judiciaire qui visait l'ordonnance de mise en liberté de novembre 2010 a été rejetée — Le défendeur a tenté de faire rejeter la présente requête en raison du caractère théorique de celle-ci et de l'abus de procédure — Le demandeur soutient que dans la série d'ordonnances faisant suite à des contrôles successifs des motifs de détention rendus par la SI, chaque ordonnance remplace celle qui la précède; par conséquent, l'ordonnance de novembre 2010 a perdu tout effet quand la SI a rendu l'ordonnance de décembre 2010 — Le droit à la liberté de la personne détenue, dans un contrôle des motifs de détention, n'est pas enfreint aussi gravement que dans le cas où le contrôle judiciaire d'une ordonnance de mise en liberté est demandé — Dans ce dernier cas, la personne détenue aurait été libérée, n'eut été la demande de contrôle judiciaire et de sursis du demandeur — Par conséquent, le spectre d'un abus de procédure apparaît différemment dans les deux situations — Bien que la demande de contrôle judiciaire visant l'ordonnance de mise en liberté de novembre 2010 ait été rejetée, la question du caractère théorique n'a pas été tranchée définitivement — Puisque la détention doit être obligatoirement l'objet d'un contrôle tous les 30 jours, la position du demandeur permettrait à l'État d'obtenir le sursis prolongé, voire d'une durée indéterminée, des ordonnances de mise en liberté grâce au processus

of cited case law regarding successive detention review orders — Relief sought in present motion becoming moot given February 2011 decision maintaining, rendering operative November 2010 release order — Motion dismissed.

judiciaire, comme le démontre la situation du défendeur — Le législateur n'aurait pas pu avoir l'intention de créer un cycle sans fin, selon lequel le défendeur ne tirerait jamais avantage d'une décision favorable de la Cour confirmant sa mise en liberté — Souscrire à la position du demandeur donnerait lieu à un abus du processus judiciaire — La situation du défendeur est inédite, en ce que si le demandeur a gain de cause dans la requête en sursis, il aura empêché le défendeur de bénéficier de trois ordonnances de mise en liberté et d'une décision favorable de la Cour au moyen de contrôles judiciaires consécutifs — Le droit à la liberté du défendeur prévaut ici sur l'application de la jurisprudence citée sur les séries d'ordonnances faisant suite à des contrôles successifs des motifs de détention — La réparation demandée dans le cadre de la présente requête est devenue théorique depuis la décision de février 2011, qui confirme l'ordonnance de mise en liberté et lui donne effet — Requête rejetée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 44, 55.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 44, 55.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. B386, 2011 FC 140, [2011] G.S.T.C. 70.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B386, 2011 CF 140.

DISTINGUISHED:

Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2001 FCA 222, 15 Imm. L.R. (3d) 161, 273 N.R. 264; *Canada (Citizenship and Immigration) v. X*, 2011 FCA 27, 18 Admin. L.R. (5th) 73; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zhang*, 2001 FCT 521.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CAF 222; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. X*, 2011 CAF 27; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zhang*, 2001 CFPI 521.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572, 236 D.L.R. (4th) 329, 38 Imm. L.R. (3d) 1.

DÉCISION EXAMINÉE :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572.

REFERRED TO:

Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission), 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, 190 D.L.R. (4th) 513, [2000] 10 W.W.R. 567; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh*, 2010 FC 692, [2012] 1 F.C.R. 169, 372 F.T.R. 196.

DÉCISIONS CITÉES :

Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission), 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh*, 2010 CF 692, [2012] 1 R.C.F. 169.

MOTION to, *inter alia*, stay an Immigration Division order releasing the respondent from detention until the application for leave and judicial review thereof is determined on the merits. Motion dismissed.

REQUÊTE visant, entre autres, à faire surseoir à l'ordonnance de la Section de l'immigration libérant le défendeur, jusqu'à ce que soit tranchée sur le fond la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de celle-ci. Requête rejetée.

APPEARANCES

Timothy E. Fairgrieve for applicant.
Gabriel Chand for respondent.

ONT COMPARU

Timothy E. Fairgrieve pour le demandeur.
Gabriel Chand pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Chand & Company Law Corporation, Vancouver, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Chand & Company Law Corporation, Vancouver, pour le défendeur.

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

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

[1] BLANCHARD J.: In a motion dated February 3, 2011, the applicant seeks the following:

[1] LE JUGE BLANCHARD : Dans une requête datée du 3 février 2011, le demandeur sollicite ce qui suit :

1. An Order pursuant to s. 18.2 of the *Federal Courts Act* upon short notice pursuant to Rule 362(2) of the *Federal Courts Rules*, staying the Order of Immigration Division (ID) Member Tessler dated January 25, 2011, until the application for leave and for judicial review is determined on its merits;
2. An Order pursuant to Rule 55 of the *Federal Courts Rules*, dispensing with the need to perfect the application for leave and for judicial review, granting the application for leave and thereafter abridging the time limits for the parties to file and serve their materials and to expedite the hearing of the judicial review application to be scheduled forthwith;
3. In the alternative, an Order pursuant to Rule 21(2) of the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules*, abridging the time limits for the parties to serve and file their application records for the application for leave and for judicial review to enable the Court to determine whether to grant leave, and if leave is granted to hear the matter on an expedited basis.

1. Une ordonnance fondée sur l'article 18.2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, sa requête étant présentée avec un court préavis suivant le paragraphe 362(2) des *Règles des Cours fédérales*, en vue de faire surseoir à l'ordonnance du 25 janvier 2011 prononcée par le commissaire Tessler de la Section de l'immigration (la SI), jusqu'à ce que soit tranchée sur le fond la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire;
2. Une ordonnance fondée sur l'article 55 des *Règles des Cours fédérales* qui permettrait de ne pas exiger la mise en état de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, qui accueillerait la demande d'autorisation et abrégerait par la suite les délais dont disposent les parties pour déposer et signifier leurs documents, puis accélérerait l'audition de la demande de contrôle judiciaire, laquelle serait mise au rôle sans délai;
3. Subsidiairement, une ordonnance fondée sur le paragraphe 21(2) des *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés*, en vue d'abrèger les délais dont disposent les parties pour déposer et signifier leurs dossiers de la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire, afin de permettre à la Cour de décider si elle accorde l'autorisation et, le cas échéant, si elle va procéder par instruction accélérée.

4. An Order that all documents filed or delivered to the Court in the Applicant's application for leave and for judicial review of the Division member's decision be treated as confidential.

4. Une ordonnance qui préserverait la confidentialité de tous les documents déposés ou livrés à la Cour relativement à la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire du demandeur visant la décision du commissaire de la SI.

Procedural and Factual Background

Le contexte procédural et factuel

[2] On January 25, 2011, Justice Noël ordered a stay, on an interim basis, of the January 25, 2011 release order to allow for a full hearing on an expedited basis on the merits of the applicant's stay motion. The Court considered the motion records and heard the parties on the merits of the stay motion in Vancouver, British Columbia, on February 9, 2011.

[2] Le 25 janvier 2011, le juge Noël a ordonné le sursis provisoire de l'ordonnance de mise en liberté du 25 janvier 2011 en vue de permettre la tenue d'une audience pleine et entière par instruction accélérée pour que la Cour puisse statuer sur le fond au sujet de la requête en sursis du demandeur. La Cour a pris connaissance des dossiers relatifs à cette requête et entendu les parties sur le fond à Vancouver (Colombie-Britannique), le 9 février 2011.

[3] The respondent is the subject of two other judicial review applications before the Court, namely: IMM-6839-10 and IMM-7338-10, challenging release orders of the ID dated November 19, 2010 and December 23, 2010, respectively, issued following detention reviews. In both IMM-6839-10 and IMM-7338-10, stays of the release orders of the ID [Immigration Division] were granted on December 9, 2010 and January 14, 2011, respectively.

[3] Le défendeur est visé par deux autres demandes de contrôle judiciaire déposées à la Cour, soit IMM-6839-10 et IMM-7338-10, où sont contestées les ordonnances de mise en liberté datées du 19 novembre 2010 et du 23 décembre 2010, respectivement, qu'a rendues la SI [Section de l'immigration] par suite de son contrôle des motifs de détention. Dans les deux cas, pour les affaires IMM-6839-10 et IMM-7338-10, le sursis a été accordé les 9 décembre 2010 et 14 janvier 2011, respectivement.

[4] On February 8, 2011, the Chief Justice issued reasons and an order dismissing the application for judicial review challenging the November 19, 2010 release order (*Canada (Citizenship and Immigration) v. B386*, 2011 FC 140, [2011] G.S.T.C. 70).

[4] Le 8 février 2011, le juge en chef a produit des motifs et rendu une ordonnance rejetant la demande de contrôle judiciaire qui visait l'ordonnance de mise en liberté du 19 novembre 2010 (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B386*, 2011 CF 140).

[5] At the outset of the hearing of the within motion, counsel for the respondent moved to have the motion dismissed on the grounds that the Court has no jurisdiction to hear the motion since the January 25, 2011 release order for which relief is sought is a nullity.

[5] Dès le début de l'audition de la présente requête, l'avocat du défendeur a tenté de faire rejeter la requête au motif que la Cour n'avait pas compétence pour statuer à son sujet vu que l'ordonnance de mise en liberté du 25 janvier 2011 visée par la requête était frappée de nullité.

[6] Subsequent to the hearing, by letter dated February 10, 2011, counsel on behalf of the applicant sought leave to file supplementary submissions and authorities on the issue of mootness. The Court directed that the parties

[6] Postérieurement à l'audience, au moyen d'une lettre datée du 10 février 2011, l'avocat du demandeur a demandé l'autorisation de présenter des observations, de la jurisprudence et de la doctrine supplémentaires sur

file their respective written submission on mootness no later than February 14, 2011.

Applicant's Submissions

[7] The applicant submits this motion should be heard because it concerns the only release order in effect with respect to the respondent. In a succession of detention review orders made by the ID, each successive order supersedes its antecedent: when the ID first orders the release of a person on terms and conditions and that order is stayed or remains unperfected before a second statutorily mandated hearing, the second hearing and its resulting order supersede the first. Thus, the November 19, 2010 ID order considered on judicial review by Chief Justice Lutfy ceased to have effect when the ID issued a subsequent order on December 23, 2010. The dismissal of that application thus poses no barrier to the hearing of this motion.

[8] The applicant contends that his position is consistent with the jurisprudence of the Federal Court of Appeal and the Federal Court, and the recently stated view of the ID. Moreover, it is consistent with the fact that circumstances arising between detention review hearings are always subject to change. Hence, an order to release or detain the respondent at one point in time is not determinative of a subsequent detention review.

Respondent's Submissions

[9] The respondent maintains the position adopted at the hearing of the motion; that the Court does not have the jurisdiction to hear the Minister's application for a stay of the release order issued by the Immigration Division on January 25, 2011, on the following two

le caractère théorique. La Cour a enjoint aux parties de déposer leurs observations écrites respectives sur cette question au plus tard le 14 février 2011.

Les observations du demandeur

[7] Le demandeur soutient que sa requête devrait être entendue parce qu'elle porte sur la seule ordonnance de mise en liberté qui est en vigueur au sujet du défendeur. Quand la SI rend une série d'ordonnances faisant suite à des contrôles successifs des motifs de détention, chaque ordonnance remplace celle qui la précède : advenant que la SI ordonne la mise en liberté d'une personne sous certaines conditions et que cette ordonnance soit l'objet d'un sursis ou ne soit pas mise en état avant la tenue d'un deuxième contrôle exigé par la loi, la deuxième audience et l'ordonnance qui en découle remplacent la première ordonnance. Par conséquent, l'ordonnance du 19 novembre 2010 de la SI que le juge en chef Lutfy a examinée par voie de contrôle judiciaire a perdu tout effet quand la SI a rendu une ordonnance subséquente le 23 décembre 2010. Le rejet de la demande n'empêche donc nullement l'audition de la requête dont la Cour est saisie ici.

[8] Le demandeur fait valoir que sa position concorde avec la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale ainsi qu'avec le point de vue exprimé récemment par la SI. En outre, elle serait conforme avec le fait que les circonstances existant entre les contrôles d'une détention sont toujours susceptibles de changer. Par conséquent, une ordonnance de mise en liberté ou de maintien en détention visant le défendeur à une date donnée ne détermine pas l'issue d'un contrôle subséquent des motifs de détention.

Les observations du défendeur

[9] Le défendeur garde la même position adoptée à l'audition de la requête, soit que la Cour n'a pas compétence pour entendre la demande présentée par le ministre en vue d'obtenir le sursis de l'ordonnance de mise en liberté prononcée par la SI le 25 janvier 2011 et

grounds. First, that the principles of *res judicata* and issue estoppel apply because the issue of whether the November 19, 2010 release was moot was decided at a pre-hearing conference held on January 18, 2011, at the direction of the Chief Justice. Second, that the Minister's motion amounts to an abuse of process. The respondent contends that the Minister is asking the Court to endorse a position that would result in rendering moot every judicial review application of a release order for which a stay has been granted; as such, reviews cannot fairly be done within 30 days.

Analysis

[10] I do not agree with the respondent's submission that the issue of mootness was finally decided by the Chief Justice in the pre-hearing conference or in the judicial review of the respondent's November 19, 2010 detention review. At paragraph 2 of his decision, the Chief Justice clearly states that he continues to have doubts about mootness. Furthermore, his decision does not address the issue of whether the most recent release order supersedes the earlier release orders. As a result, I reject the respondent's *res judicata* argument.

[11] I do agree, however, with the respondent, that much of the case law cited by the Minister is distinguishable on the grounds that it concerned a judicial review of a detention order, and the issue of mootness does not appear to have been fully canvassed. This is the case in *Lai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 222, 15 Imm. L.R. (3d) 161. In these cases, mootness and judicial economy issues arise because the remedy sought is another detention review, which must take place within 30 days in any case. I would add that in these cases, the detainee's liberty interests are not impacted in the same way that they are when the Minister brings an application for judicial review of a release order. If a detained person brings

ce, pour les deux motifs suivants. Premièrement, les principes de la chose jugée et de la préclusion pour même question en litige entrent en jeu parce que la question relative au caractère théorique de la mise en liberté ordonnée le 19 novembre 2010 a été tranchée le 18 janvier 2011, lors de la conférence préparatoire à l'audience ordonnée par le juge en chef. Deuxièmement, la requête du ministre constitue un abus de procédure. Selon le défendeur, le ministre demande à la Cour de souscrire à une thèse qui rendrait théorique toute demande de contrôle judiciaire visant une ordonnance de mise en liberté qui a été l'objet d'un sursis, car un tel contrôle ne peut pas, pratiquement, se dérouler dans un délai de 30 jours.

Analyse

[10] Je ne suis pas d'accord avec le défendeur quand il affirme que la question du caractère théorique a été tranchée définitivement par le juge en chef lors de la conférence préparatoire à l'audience ou lors du contrôle judiciaire de l'ordonnance de mise en liberté du demandeur du 19 novembre 2010. Au paragraphe 2 de sa décision, le juge en chef dit clairement que ses doutes persistent quant au caractère théorique. En outre, il ne précise pas si l'ordonnance de mise en liberté la plus récente remplace les ordonnances de mise en liberté antérieures. Par conséquent, je rejette l'argument du défendeur fondé sur le principe de la chose jugée.

[11] Je conviens toutefois avec le défendeur qu'une bonne partie des affaires citées par le ministre ne s'appliquent pas à la présente affaire parce qu'elles concernaient le contrôle judiciaire d'une ordonnance de détention et que la question du caractère théorique ne semble pas y avoir été analysée en profondeur. C'est le cas de *Lai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 222. Dans ces affaires, le caractère théorique et l'économie judiciaire étaient invoqués parce que la réparation demandée était un autre contrôle des motifs de détention, lequel devait se dérouler dans un délai de 30 jours de toute manière. J'ajouterai que, dans ces décisions, le droit à la liberté de la personne détenue n'était pas enfreint aussi

a judicial review application of a detention order, the judicial review proceedings do not extend the applicant's detention, as they would remain in detention until they obtain a release order on a subsequent detention review. The spectre of an abuse of process does not arise in the same way as it has in the respondent's case. When the Minister brings an application for judicial review of a release order, the detained person would have been released but for the Minister's application for judicial review and for a stay, subject to their ability to meet any terms and conditions imposed. Thus, judicial review proceedings of release orders directly engage the detained person's liberty interests as they have the potential to extend the period of detention.

[12] In *Canada (Citizenship and Immigration) v. X*, 2011 FCA 27, 18 Admin. L.R. (5th) 73, the central reason why the proceedings were found to be moot was the fact that the appellant had already been released from detention. Justice Pelletier's decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zhang*, 2001 FCT 521 does concern a release order, but the issue of indefinite detention may not have arisen because Justice Pelletier found that the decision to release was unreasonable. The detained person was not denied the benefit of a positive court decision.

[13] The 30-day delay between detention reviews renders impracticable, even with the best of intentions of all concerned, to have an application for leave and for judicial review of a detention review decision heard and decided before the conduct of another detention review. These are the circumstances which underlie the current matter. Two detention reviews relating to the respondent were conducted and decided since the stay motion relating to the November 19, 2010 release order was granted.

gravement que dans le cas où le ministre demande le contrôle judiciaire d'une ordonnance de mise en liberté. Si une personne détenue demande le contrôle judiciaire d'une ordonnance de détention, le contrôle judiciaire ne prolonge pas sa détention, car elle resterait détenue de toute façon jusqu'à ce qu'elle obtienne sa mise en liberté à la suite d'un contrôle ultérieur de sa détention. Le spectre d'un abus de procédure n'apparaît pas de la même façon que dans la situation du défendeur. Quand le ministre demande le contrôle judiciaire d'une ordonnance de mise en liberté, la personne détenue aurait été mise en liberté n'eût été la demande du ministre, pour autant que cette personne ait été capable de respecter les conditions imposées. Le contrôle judiciaire visant une ordonnance de mise en liberté a donc une incidence directe sur le droit à la liberté de la personne détenue, puisqu'il est susceptible de prolonger la période de détention.

[12] Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. X*, 2011 CAF 27, la raison fondamentale invoquée pour conclure au caractère théorique est le fait que l'appelant avait déjà recouvré sa liberté. La décision du juge Pelletier dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zhang*, 2001 CFPI 521 porte, elle, sur une ordonnance de mise en liberté, mais la question de la détention d'une durée indéterminée n'y est peut-être pas soulevée parce que le juge Pelletier a conclu que la décision de libérer était déraisonnable. La personne détenue ne s'était pas vu refuser le bénéfice d'une décision judiciaire lui étant favorable.

[13] À cause du délai de 30 jours entre les contrôles des motifs de détention, il est impossible, même avec la meilleure intention de toutes les parties, qu'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire visant une décision rendue à la suite d'un contrôle de la détention soit entendue et tranchée avant la tenue d'un autre contrôle. C'est ce qui sous-tend la présente affaire. Il y a eu deux contrôles de la détention du défendeur qui ont donné lieu à une décision depuis que le sursis de l'ordonnance de mise en liberté du 19 novembre 2010 a été accordé.

[14] In the context of a mandated detention review every 30 days, the Minister's position would allow the Crown to obtain a prolonged if not indefinite stay of release order(s) through the court process. This is evident in the current proceedings relating to the respondent. The Minister has filed applications for leave and for judicial review of three successive orders of the ID releasing the respondent from detention. Accepting the Minister's submission would mean that because the Court's decision upholding the November 19, 2010 release order was not rendered prior to the December detention review, it has no effect, since the next release order of the ID is now the operative order. The December release order has also been stayed subject to final determination of the underlying application for leave and for judicial review, or the next detention review. Potentially, this cycle could be unending and the respondent would never benefit from a positive decision of the Court upholding a release order. This cannot be what was intended by Parliament. The purpose of requiring a detention review every 30 days was to protect the respondent's liberty interests by affording him a timely review of his detention and clearly not to provide a mechanism to prolong that detention or keep the respondent in indefinite detention. Yet, this would be the effective result if we accept the Minister's submission. In my view, this would result in nothing short of an abuse of the court process.

[15] It must be remembered that the intervening detention reviews, which also resulted in release orders of the respondent by the ID, would not have occurred had the respondent not been detained at the time. The IRPA [*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27] does not require a review once the respondent is released from detention. Subject to the conditions of release, the release is indefinite. Consequently, the applications for leave and for judicial review of the subsequent decisions releasing the respondent were only made possible by reason of his continued detention

[14] Puisque la détention doit être obligatoirement l'objet d'un contrôle tous les 30 jours, la position du ministre permettrait à l'État d'obtenir le sursis prolongé, voire d'une durée indéterminée, des ordonnances de mise en liberté grâce au processus judiciaire. C'est ce qui ressort de l'instance actuelle concernant le défendeur. Le ministre a déposé des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire visant trois ordonnances successives par lesquelles la SI avait libéré le défendeur. Souscrire à la position du ministre reviendrait à dire que, parce que la décision de la Cour confirmant l'ordonnance de mise en liberté du 19 novembre 2010 n'a pas été rendue avant le contrôle de la détention de décembre, elle n'a aucun effet puisque c'est l'ordonnance suivante de mise en liberté de la SI qui est désormais en vigueur. L'ordonnance de mise en liberté de décembre a également été l'objet d'un sursis sous réserve d'une décision finale visant la demande sous-jacente d'autorisation et de contrôle judiciaire ou du contrôle subséquent des motifs de détention. Il se pourrait que ce cycle ne prenne jamais fin et que le défendeur ne tire jamais avantage d'une décision favorable de la Cour confirmant sa mise en liberté. Il est impossible que ce soit là l'intention du Parlement. Le contrôle obligatoire de la détention tous les 30 jours vise à protéger le droit à la liberté du défendeur en lui permettant de faire contrôler rapidement les motifs de sa détention et non pas, de toute évidence, à instaurer un mécanisme prolongeant la période de détention ou imposant une détention d'une durée indéterminée. Pourtant, c'est ce qui se produirait si nous acceptions l'argument du ministre. À mon avis, il s'agirait ni plus ni moins que d'un abus du processus judiciaire.

[15] Il ne faut pas oublier que les contrôles des motifs de détention qui se sont déroulés entre-temps, lesquels se sont aussi conclus par la décision de la SI de mettre en liberté le défendeur, n'auraient pas eu lieu si le défendeur n'avait pas alors été détenu. La LIPR [*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27] n'exige pas la tenue d'un contrôle une fois que le défendeur est mis en liberté. Sous réserve des conditions imposées, la mise en liberté n'a pas de durée déterminée. Par conséquent, les demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire visant les décisions subséquentes de

and would never have been filed had the November 19, 2010 release order, now upheld, not been challenged.

[16] The respondent's case presents a unique fact scenario. If successful on this stay application, the applicant will have denied the respondent the benefit of three release orders, and a positive Court decision, through consecutive judicial review proceedings.

[17] Even if the case law cited by the applicant was not distinguishable and the original release order has been superseded, given the fact scenario at play in this case, I am of the view that application of the cited jurisprudence would be contrary to the interests of justice and result in an abuse of process. The respondent's liberty interests in this case outweigh the enforcement of this jurisprudence (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at paragraph 120; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Parekh*, 2010 FC 692, [2012] 1 F.C.R. 169, at paragraph 24).

[18] The Minister has raised a policy argument in favour of sequentially superseding detention review decisions. The Minister emphasizes that circumstances change, and new evidence is brought forward. I do not find this argument persuasive.

[19] All of the significant information underlying the new grounds for detention raised in the December and January detention reviews was available to the Minister as early as the end of September. The Minister did not raise the respondent's connections with the smugglers until the December detention review, but the information regarding his connections with smugglers was largely obtained in an interview that took place on September 20, 2010. Similarly, although the Minister did not raise danger to the public until the December detention review, the respondent's connections with the LTTE [Liberation Tigers of Tamil Eelam] were also fully

libérer le défendeur n'ont été possibles que parce que le défendeur était encore détenu, et elles n'auraient jamais été présentées si l'ordonnance de mise en liberté du 19 novembre 2010, maintenant confirmée, n'avait pas été contestée.

[16] La situation du défendeur est inédite. Si le demandeur a gain de cause dans la présente requête en sursis, il aura empêché le défendeur de bénéficier de trois ordonnances de mise en liberté et d'une décision favorable de la Cour au moyen de contrôles judiciaires consécutifs.

[17] Même si la jurisprudence citée par le demandeur ne pouvait pas être distinguée de la présente affaire et même si l'ordonnance de mise en liberté initiale a été remplacée, étant donné les faits en jeu ici, je suis d'avis que l'application de la jurisprudence en question serait contraire aux intérêts de la justice et entraînerait un abus de procédure. Le droit à la liberté du défendeur prévaut ici sur l'application de cette jurisprudence (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, au paragraphe 120; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Parekh*, 2010 CF 692, [2012] 1 R.C.F. 169, au paragraphe 24).

[18] Le ministre a soulevé un argument de politique générale justifiant que chaque décision successive rendue à l'issue d'un contrôle des motifs de détention remplace la précédente. Il fait valoir que les situations changent et que de nouveaux éléments de preuve sont présentés. Cet argument ne me convainc pas.

[19] Toute l'information importante sous-tendant les nouveaux motifs de détention invoqués dans les contrôles de décembre et de janvier était à la disposition du ministre dès la fin de septembre. Le ministre n'a pas mentionné les liens du défendeur avec des passeurs avant le contrôle de la détention de décembre, mais ces renseignements avaient été obtenus pour la majeure partie dans le cadre d'une entrevue qui s'est déroulée le 20 septembre 2010. De même, bien que le ministre n'ait pas soulevé le danger pour la sécurité publique avant le contrôle de la détention de décembre, les liens du défendeur avec les TLET [Tigres de libération de

canvassed in the September 20, 2010 interview, and the section 44 [of IRPA] report against the respondent was written on October 27, 2010. In any event, should new evidence arise, which raises a ground for detention, the Minister has the statutory authority to re-arrest the respondent (section 55 of IRPA). This was addressed in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham*, 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572, in which Justice Rothstein [as he then was] stated, at paragraph 25:

The Minister is at liberty, at any time, to re-arrest the respondent and secure his detention and continued detention on the basis of adequate evidence. If the Minister is of the opinion that the respondent is a danger to the public, he should take the steps that are available to him under the new Act to secure the respondent's detention.

Conclusion

[20] The relief sought in this motion has become moot by reason of the February 8, 2011 decision of the Chief Justice, dismissing an application for judicial review of the November 19, 2010 release order of the Immigration Division releasing the respondent. The decision essentially maintains that release order and renders it operative.

[21] The motion at bar seeks to stay one of these subsequent release orders pending judicial review of the underlying application challenging the release order. In my view, in the unusual circumstances surrounding proceedings relating to the respondent's detention, I find the release order challenged in the underlying application to the within motion to be a nullity. To find otherwise would be to give no effect to the Court's decision maintaining the November 19, 2010 release order. Consequently, I find the motion and the relief sought therein to be moot.

l'Eelam tamoul] avaient aussi été complètement mis au jour lors de l'entrevue du 20 septembre 2010, et le rapport visé à l'article 44 [de la LIPR] relatif au défendeur a été rédigé le 27 octobre 2010. Quoi qu'il en soit, si de nouveaux éléments de preuve sont mis au jour et qu'ils constituent un motif de détention, le ministre a le pouvoir légal d'arrêter de nouveau le défendeur (article 55 de la LIPR). Ce point a été abordé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham*, 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572, où le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême] s'exprime comme suit, au paragraphe 25 :

Le ministre peut, en tout temps, arrêter de nouveau l'intimé et assurer sa détention et le maintien de la détention sur le fondement d'éléments de preuve appropriés. Le ministre, s'il est d'avis que l'intimé constitue un danger pour la sécurité publique, devrait prendre les mesures à sa disposition suivant la nouvelle loi afin d'assurer la détention de l'intimé.

Conclusion

[20] La réparation demandée dans le cadre de la présente requête est devenue théorique depuis la décision du 8 février 2011, où le juge en chef a rejeté la demande de contrôle judiciaire visant l'ordonnance de mise en liberté du défendeur rendue par la SI le 19 novembre 2010. Pour l'essentiel, cette décision confirme l'ordonnance de mise en liberté et lui donne effet.

[21] La requête dont il est question en l'espèce vise à faire surseoir à une de ces ordonnances de mise en liberté subséquentes jusqu'au contrôle judiciaire de la demande sous-jacente contestant le bien-fondé de l'ordonnance de mise en liberté. À mon sens, compte tenu des circonstances inhabituelles dans lesquelles se sont déroulées les instances relatives à la détention du défendeur, je conclus que l'ordonnance de mise en liberté contestée dans la demande sous-jacente à la présente requête est frappée de nullité. Si j'en décidais autrement, je ne donnerais aucun effet à la décision de la Cour de confirmer l'ordonnance de mise en liberté du 19 novembre 2010. Par conséquent, je conclus que la requête et la réparation demandée n'ont plus de raison d'être.

[22] For the above reasons the applicant's motion will be dismissed.

[22] Pour ces motifs, la requête du demandeur sera rejetée.

ORDER

ORDONNANCE

THIS COURT ORDERS that the motion is dismissed.

LA COUR ORDONNE : la requête est rejetée.

A-113-10
2011 FCA 64

A-113-10
2011 CAF 64

IN THE MATTER OF the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11;

AFFAIRE INTÉRESSANT la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11;

AND IN THE MATTER OF the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission's Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168;

ET la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168;

AND IN THE MATTER OF an application by way of a reference to the Federal Court of Appeal pursuant to sections 18.3(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

ET une demande introduite sous forme de renvoi à la Cour d'appel fédérale en vertu des paragraphes 18.3(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

INDEXED AS: REFERENCE RE *BROADCASTING ACT*

RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA RADIODIFFUSION

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Layden-Stevenson J.J.A.—Toronto, September 13 and 14, 2010; Ottawa, February 28, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 13 et 14 septembre 2010; Ottawa, 28 février 2011.

Broadcasting — Reference by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) to determine whether CRTC empowered, pursuant to mandate under Broadcasting Act, to establish regime enabling private local television stations to negotiate with broadcasting distribution undertakings (BDUs) fair value in exchange for distribution of programming services broadcast thereby — Regime would allow private local television stations to charge BDUs for right to retransmit television stations' signals — Per Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): Implementation of proposed regime within CRTC's statutory authority, subject to Copyright Act, legislative history thereof — Under Copyright Act, s. 31(2), BDU having statutory right to retransmit local signal of private local television station without paying royalty provided retransmission meeting conditions stated therein — However, conditions under Copyright Act, s. 31(2) significant, requiring that retransmission be lawful under Broadcasting Act — Therefore, open to CRTC to adopt proposed regime if CRTC determining regime required to meet objectives of Canada's broadcasting policy under Broadcasting Act, s. 3(1) — Question answered affirmatively — Per Nadon J.A. (dissenting): Proposed regime ultra vires powers of CRTC since regime conflicting with clear statement in Copyright Act, s. 31(2)(d) that royalties must be paid only for retransmission of distant signals, not local signals — While Parliament

Radiodiffusion — Renvoi par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) en vue de déterminer si le CRTC a la compétence, en vertu du mandat que lui confère la Loi sur la radiodiffusion, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par celles-ci — Le régime permettrait aux stations privées de télévision locale d'imposer des redevances aux EDR en échange du droit de retransmettre leurs signaux — La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La loi confère au CRTC le pouvoir de mettre en œuvre le régime proposé, sous réserve de la Loi sur le droit d'auteur et de son historique législatif — En vertu de l'art. 31(2) de la Loi sur le droit d'auteur, les EDR ont le droit de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance, pourvu que la retransmission respecte les conditions qui y sont énoncées — Cependant, les conditions prévues à l'art. 31(2) de la Loi sur le droit d'auteur sont importantes et exigent que la retransmission soit licite en vertu de la Loi sur la radiodiffusion — Par conséquent, il est loisible au CRTC d'adopter le régime proposé si le CRTC détermine que le régime est requis pour satisfaire aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en vertu de l'art. 3(1) de la Loi

delegating power to CRTC when passing Broadcasting Act, delegation of power not absolute.

Copyright — Infringement — Reference to determine whether Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) empowered, pursuant to mandate under Broadcasting Act, to establish value for signal regime allowing private local television stations to demand royalty from cable television service providers (broadcast distribution undertakings or BDUs) for retransmission of local signals — Per Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): While BDUs having statutory right to retransmit signal of private local television station without paying royalty pursuant to Copyright Act, s. 31(2), CRTC not precluded from implementing value for signal regime since proposed regime complying with CRTC's statutory mandate — Per Nadon J.A. (dissenting): Value for signal regime ultra vires powers of CRTC because regime conflicting with Parliament's clear statement in Copyright Act, s. 31(2)(d) that royalties must be paid only for retransmission of distant signals, not for retransmission of local signals — This statement clear limit on CRTC's power to impose conditions under Broadcasting Act.

This was a reference by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) in Broadcasting Order CRTC 2010-168 made in accordance with subsections 18.3(1) and 28(2) of the *Federal Courts Act*. The question referred was whether the CRTC is empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations. The regime referred to in the question is sometimes called the “value for signal” regime and would permit a private local television station to negotiate with cable television service providers (broadcast distribution undertakings or BDUs) for an arrangement under which the BDUs provide consideration to the

sur la radiodiffusion — Une réponse affirmative a été donnée à la question — Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Le régime proposé excède la compétence du CRTC, car le régime est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'art. 31(2)(d) de la Loi sur le droit d'auteur, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux — Bien que le législateur ait délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la Loi sur la radiodiffusion, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue.

Droit d'auteur — Violation — Renvoi visant à déterminer si le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a la compétence, en vertu du mandat que lui confère la Loi sur la radiodiffusion, pour établir un régime de compensation pour la valeur des signaux permettant aux stations privées de télévision locale d'exiger des redevances des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés « entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») pour la retransmission de signaux locaux — La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : Bien que les EDR aient le droit, en vertu de la loi, de retransmettre les signaux de stations privées de télévision locale sans payer de redevance, en vertu de l'art. 31(2) de la Loi sur le droit d'auteur, cela n'empêche pas le CRTC de mettre en œuvre un régime de compensation pour la valeur des signaux, étant donné que le régime proposé est conforme au mandat que confère la loi au CRTC — Le juge Nadon, J.C.A. (dissident) : Le régime de compensation pour la valeur des signaux excède la compétence du CRTC parce que ce régime est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'art. 31(2)(d) de la Loi sur le droit d'auteur, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux — Cet énoncé vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la Loi sur la radiodiffusion.

Il s'agissait d'un renvoi du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) dans l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, rendue en vertu des paragraphes 18.3(1) et 28(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. La question visée était la suivante : Le CRTC a-t-il la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales? Le régime auquel la question fait référence est parfois désigné sous le nom de régime « de compensation pour la valeur des signaux », et permettrait à une station privée de télévision locale de négocier avec des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés

television station for the right to retransmit its signals. The operators of private local television stations generally favour the proposed value for signal regime while the BDUs do not. The CRTC concluded that the existing regulatory model does not adequately deal with recent changes to the broadcasting business environment. In 2010, it adopted a policy determining that a value for signal regime is necessary to ensure the fulfillment of the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*.

Held (Nadon J.A. dissenting), the question should be answered in the affirmative.

Per Sharlow J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): The implementation of the proposed value for signal regime is within the statutory authority of the CRTC subject to the *Copyright Act* and its legislative history. Under subsection 31(2) of the *Copyright Act*, a BDU has a statutory right to retransmit the local signal of a private local television station without paying a royalty provided the retransmission meets the conditions stated in subsection 31(2). However, the subsection 31(2) conditions are significant, requiring in particular in paragraph 31(2)(b) that any retransmission of a local signal be lawful under the *Broadcasting Act*. That paragraph permits the CRTC to limit the transmission rights under subsection 31(2) by imposing any regulatory or licensing condition consistent with the CRTC's statutory mandate as stated in the *Broadcasting Act*. In other words, by allowing the CRTC to do this, the objectives of Canada's broadcasting policy have been ranked ahead of the BDUs' statutory retransmission rights under subsection 31(2) of the *Copyright Act*. Therefore, it is open to the CRTC to adopt a regulation or a licensing condition that would oblige a BDU to pay money to a private local television station for the right to retransmit its signals provided the CRTC determines that the imposition of such an obligation is required to meet the objectives of Canada's broadcasting policy as stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. Moreover, the proposed regime would not undermine Canada's stated position regarding recent proceedings of the 2001 World Intellectual Property Organization Standing Committee on Copyright and Related Rights.

« entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») une entente selon laquelle ces derniers lui verseraient une contrepartie en échange du droit de retransmettre ses signaux. Les exploitants de stations privées de télévision locale sont généralement favorables au régime proposé, alors que les EDR sont généralement contre. Le CRTC a conclu que le modèle réglementaire existant ne répondait pas adéquatement aux changements récents survenus dans l'industrie de la radiodiffusion. En 2010, il a adopté une politique déterminant qu'il était nécessaire d'établir un régime de compensation pour la valeur des signaux en vue d'assurer l'atteinte des objectifs énumérés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

Arrêt (le juge Nadon, J.C.A., dissident) : La Cour doit répondre par l'affirmative à cette question.

La juge Sharlow, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La mise en œuvre du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux relève de la compétence du CRTC, sous réserve de la *Loi sur le droit d'auteur* et de son historique législatif. En vertu du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*, une EDR a le droit de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance, pourvu que la retransmission respecte les conditions énoncées au paragraphe 31(2). Cependant, les conditions prévues au paragraphe 31(2) sont importantes, en particulier, l'alinéa 31(2)b exige que toute retransmission d'un signal local soit licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cet alinéa permet au CRTC de limiter les droits de transmission prévus au paragraphe 31(2), en imposant toute condition réglementaire ou d'attribution de licence compatible avec le mandat conféré au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion*. Autrement dit, en permettant au CRTC de faire cela, le législateur donne préséance aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion sur les droits de retransmission que confère aux EDR le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, il est loisible au CRTC d'adopter un règlement ou d'imposer une condition d'attribution de licence qui obligerait une EDR à verser une contrepartie en espèces à une station privée de télévision locale, en échange du droit de retransmettre ses signaux, pourvu que le CRTC détermine que l'imposition d'une telle obligation est nécessaire pour réaliser les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. De plus, le régime proposé ne nuirait pas à la position adoptée par le Canada à l'égard des récents travaux (2001) du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

Per Nadon J.A. (dissenting): The value for signal regime proposed in Broadcasting Order CRTC 2010-168 is *ultra vires* the powers of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) because the value for signal regime conflicts with Parliament's clear statement in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* that royalties must be paid only for the retransmission of distant signals and not for the retransmission of local signals. While Parliament delegated power to the CRTC when it passed the *Broadcasting Act*, this delegation of power is not absolute. Parliament's intention, as expressly stated in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act*, is a clear limit on the CRTC's power to impose conditions under the *Broadcasting Act*.

Le juge Nadon, J.C.A. (dissent) : Le régime de compensation pour la valeur des signaux (le régime CVS) proposé dans l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 excède la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), parce que le régime CVS est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux. Bien que le législateur ait délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la *Loi sur la radiodiffusion*, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue. L'intention du législateur, énoncée expressément à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 2(1) "broadcasting", "distribution undertaking", "network", "program", "programming undertaking", "radio waves", (2) (as am. by S.C. 1993, c. 38, s. 81), 3(1),(2), 5(1),(2),(3), 9 (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 10(F)), 10.
- Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 21 (as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14), 31 (formerly s. 28.01 as enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 63; renumbered as s. 31 by S.C. 1997, c. 24, ss. 16, 52(F); 2002, c. 26, s. 2), 70.1(c) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 16; 1997, c. 24, s. 46), 70.12 (as enacted *idem*), 70.13 (as enacted *idem*), 70.191 (as enacted *idem*), 89 (as enacted *idem*, s. 50).
- Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254 (as am. by SOR/2004-33, s. 2), s. 3(a) "local signal" (as am. *idem*), (b) "distant signal" (as am. *idem*).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.3(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28), 28(2) (as am. *idem*, s. 35).
- Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 1), 2 "lawful distributor" (as enacted by S.C. 1991, c. 11, s. 81).

CASES CITED

CONSIDERED:

- Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 1), 2 « distributeur légitime » (édicte par L.C. 1991, ch. 11, art. 81).
- Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 2(1) « émission », « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », « ondes radioélectriques », « radiodiffusion », « réseau » (2) (mod. par L.C. 1993, ch. 38, art. 81), 3(1),(2), 5(1),(2),(3), 9 (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 10(F)), 10.
- Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 21 (édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14), 31 (anciennement l'art. 28.01 édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 63; devient l'art. 31 par L.C. 1997, ch. 24, art. 16, 52(F); 2002, ch. 26, art. 2), 70.1(c) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 16; 1997, ch. 24, art. 46), 70.12 (édicte, *idem*), 70.13 (édicte, *idem*), 70.191 (édicte, *idem*), 89 (édicte *idem*, art. 50).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.3(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28), 28(2) (mod., *idem*, art. 35).
- Règlement sur la définition de signal local et signal éloigné*, DORS/89-254 (mod. par DORS/2004-33, art. 2), art. 3(a) « signal local » (mod., *idem*), (b) « signal éloigné » (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *ExpressVu Inc. c. Nii Norsat*

W.W.R. 1; *ExpressVu Inc. v. Nii Norsat International Inc.*, 1997 CanLII 5676, 81 C.P.R. (3d) 345, 222 N.R. 213 (F.C.A.) ; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, 210 D.L.R. (4th) 385, 23 B.L.R. (3d) 1.

REFERRED TO:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, (1991), 66 C.C.C. (3d) 498, 8 C.R. (4th) 121; *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, 207 D.L.R. (4th) 385, 30 C.B.R. (4th) 105; *Mobil Oil Canada, Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 333, [2002] 1 C.T.C. 55, 2001 DTC 5668.

AUTHORS CITED

A Group-Based Approach to the Licensing of Private Television Services, Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167, March 22, 2010.

REFERENCE by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) (*Reference to the Federal Court of Appeal – Commission's jurisdiction under the Broadcasting Act to implement a negotiated solution for the compensation for the fair value of private local conventional television signals*, Broadcasting Order CRTC 2010-168) to determine whether the CRTC was empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations. The question was answered in the affirmative, Nadon J.A. dissenting.

APPEARANCES

Valérie Dionne and *Crystal Hulley* for Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.
Frederick B. Woyiwada for Department of Justice Canada.

International Inc., 1997 CanLII 5676 (C.A.F.); *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336.

DÉCISIONS CITÉES :

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978; *Mobil Oil Canada, Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 333.

DOCTRINE CITÉE

Approche par groupe à l'attribution de licences aux services de télévision privée, Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167, 22 mars 2010.

RENVOI par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (*Renvoi à la Cour d'appel fédérale – compétence du Conseil en vertu de la Loi sur la radiodiffusion de mettre en œuvre une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée*, Ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168) visant à déterminer si le CRTC avait la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales. Une réponse affirmative a été donnée à cette question, le juge Nadon, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU

Valérie Dionne et *Crystal Hulley* pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.
Frederick B. Woyiwada pour le ministère de la Justice Canada.

Neil Finkelstein, Steven Mason and Daniel Glover for Bell Aliant Regional Communications, LP.

Benjamin Zarnett, Robert Malcolmson and Peter Ruby for CTV Globemedia

Gerald (Jay) Kerr-Wilson for Rogers Communications Inc.

Chris G. Paliare and Andrew Lokan for Canwest Television Limited Partnership.

Kent E. Thomson and James W. E. Doris for Shaw Communications Inc.

Neil Finkelstein, Steven Mason et Daniel Glover pour Bell Aliant Communications régionales, société en commandite.

Benjamin Zarnett, Robert Malcolmson et Peter Ruby pour CTVglobemedia.

Gerald (Jay) Kerr-Wilson pour Rogers Communications Inc.

Chris G. Paliare et Andrew Lokan pour Canwest Television Limited Partnership.

Kent E. Thomson et James W. E. Doris pour Shaw Communications Inc.

SOLICITORS OF RECORD

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Gatineau, for Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

Deputy Attorney General of Canada for Department of Justice Canada.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for Bell Aliant Regional Communications, LP.

Goodmans LLP, Toronto, for CTVglobemedia.

Fasken Martineau Dumoulin LLP, Ottawa, for Rogers Communications Inc.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, for Canwest Television Limited Partnership.

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for Shaw Communications Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Gatineau, pour le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Le sous-procureur général du Canada pour le ministère de la Justice Canada.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour Bell Aliant Communications régionales, société en commandite.

Goodmans LLP, Toronto, pour CTVglobemedia.

Fasken Martineau Dumoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour Rogers Communications Inc.

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, pour Canwest Television Limited Partnership.

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour Shaw Communications Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: In Broadcasting Order CRTC 2010-168 [*Reference to the Federal Court of Appeal – Commission’s jurisdiction under the Broadcasting Act to implement a negotiated solution for the compensation for the fair value of private local conventional television signals*], the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission referred the following question to this Court pursuant to subsections 18.3(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28] and 28(2) [as am. *idem*, s. 35] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]:

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Dans l’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 [*Renvoi à la Cour d’appel fédérale – compétence du Conseil en vertu de la Loi sur la radiodiffusion de mettre en œuvre une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée*], le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes renvoie la question suivante à la Cour en vertu des paragraphes 18.3(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28] et 28(2) [mod., *idem*, art. 35] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] :

Is the Commission empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations?

Background

[2] The regime to which this question refers is sometimes called the “value for signal” regime. In general terms, a value for signal regime would permit a private local television station to negotiate with cable television service providers (referred to as “broadcast distribution undertakings” or “BDUs”) for an arrangement under which the BDUs provide consideration to the television station for the right to retransmit its signals.

[3] The operators of private local television stations generally favour the proposed value for signal regime. A number of them, namely CTVglobemedia Inc., V Interactions Inc., Newfoundland Broadcasting Company Limited and Canwest Television Limited Partnership, submitted at the hearing of this reference that the Commission has the statutory authority to implement such a regime.

[4] BDUs generally do not favour the proposed value for signal regime. A number of BDUs, namely Bell Canada, Bell Aliant Regional Communications, LP, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. and TELUS Communications Co., submitted at the hearing of this reference that the Commission does not have the statutory authority to implement a value for signal regime.

[5] Under the current regime, BDUs pick up the over-the-air signals of private local television stations and retransmit them to their subscribers for a fee. The Commission requires BDUs to provide the following benefits to private local television stations for those signals:

Le Conseil a-t-il la compétence, en vertu du mandat que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion*, pour établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales?

Contexte

[2] Le régime auquel la question fait référence est parfois désigné sous le nom de régime « de compensation pour la valeur des signaux ». En termes généraux, le régime de compensation pour la valeur des signaux permettrait à une station privée de télévision locale de négocier avec des fournisseurs de service de télévision par câble (appelés « entreprises de distribution de radiodiffusion » ou « EDR ») une entente selon laquelle ces derniers lui verseraient une contrepartie en échange du droit de retransmettre ses signaux.

[3] Les exploitants de stations privées de télévision locale sont généralement favorables au régime proposé. Plusieurs d’entre eux, soit CTVglobemedia Inc., V Interactions Inc., Newfoundland Broadcasting Company Limited et Canwest Television Limited Partnership, ont fait valoir à l’audition du présent renvoi que la loi conférerait au Conseil le pouvoir de mettre en œuvre un tel régime.

[4] De façon générale, les EDR sont contre le régime proposé. Plusieurs EDR, soit Bell Canada, Bell Aliant Communications régionales, société en commandite, Cogeco Cable Inc., Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. et TELUS Communications Co., ont fait valoir à l’audition que la loi ne conférerait pas au Conseil le pouvoir de mettre en œuvre le régime.

[5] Selon le régime actuel, les EDR captent les signaux diffusés en direct par des stations privées de télévision locale et les retransmettent à leurs abonnés moyennant le paiement de certains frais. Le Conseil exige des EDR qu’elles accordent les avantages suivants aux stations privées de télévision locale pour ces signaux :

(a) *Mandatory carriage*: A BDU must distribute a local station's signals to the BDU's subscribers in that station's local market.

(b) *Preferential channel placement*: A BDU must put the local station's signal on a channel more likely to be selected by subscribers.

(c) *Simultaneous distribution*: If a BDU is retransmitting a program from a local station at the same time as it is retransmitting the same program from an American station on a different channel, the BDU must substitute the local station's advertisements in place of those appearing on the American station.

(d) *Local programming improvement fund*: Pursuant to a 2008 initiative of the Commission, a BDU must contribute 1.5 percent of its gross revenues to a local programming improvement fund accessible by local stations in non-metropolitan markets.

(e) *Payments for carriage of distant signals*: Pursuant to another 2008 initiative of the Commission, effective August 31, 2011, a BDU wishing to distribute a local television station's signal outside of that station's local market must obtain, through a free market negotiation that may involve the payment of compensation, the consent of the station. For example, a BDU would require the consent of a Toronto local station to transmit that station's signal to BDU subscribers in Halifax.

[6] The Commission has concluded that the existing regulatory model does not adequately deal with recent changes to the broadcasting business environment. Among the changes noted by the Commission are the development of direct-to-home satellite television services, the development of speciality television channels that are permitted to receive fees directly from BDUs that carry them, and the widespread adoption of alternative media platforms. These changes have caused advertising revenues for private local television stations to fall while the revenues of BDUs have increased, resulting in a

a) *La distribution obligatoire* : les EDR doivent distribuer à leurs abonnés les signaux de la station locale dans le marché local de cette station.

b) *L'alignement des canaux prioritaires* : les EDR doivent diffuser les signaux de la station locale sur le canal qui est le plus susceptible d'être sélectionné par les abonnés.

c) *La substitution simultanée* : lorsqu'une EDR retransmet une émission provenant d'une station locale en même temps qu'elle retransmet, sur un canal différent, la même émission provenant d'une station américaine, elle doit substituer les publicités de la station locale à celles apparaissant sur la station américaine.

d) *Le fonds pour l'amélioration de la programmation locale* : en vertu d'une initiative adoptée par le Conseil en 2008, les EDR doivent verser 1,5 p. 100 de leurs revenus bruts à un fonds d'amélioration de la programmation locale réservé aux stations locales opérant dans les marchés non métropolitains.

e) *Les paiements pour la distribution des signaux éloignés* : en vertu d'une autre initiative du Conseil, devant prendre effet le 31 août 2011, l'EDR qui souhaite distribuer les signaux d'une station de télévision locale à l'extérieur du marché local de la station doit obtenir, au terme d'une libre négociation commerciale pouvant mettre en jeu le versement d'une contrepartie, le consentement de la station. Par exemple, l'EDR devrait obtenir le consentement d'une station locale de Toronto pour transmettre le signal de cette station à ses abonnés de Halifax.

[6] Le Conseil a conclu que le modèle réglementaire existant ne répondait pas adéquatement aux changements récents survenus dans l'industrie de la radiodiffusion. Parmi les changements constatés par le Conseil, mentionnons le développement de services de radiodiffusion directe à domicile par satellite, le développement de canaux de télévision spécialisés qui sont autorisés à percevoir des frais directement des EDR qui les distribuent et l'adoption à grande échelle de nouvelles plateformes médiatiques. Par suite de ces changements, les stations de télévision locale ont subi une baisse de revenus de publicité alors

significant shift in their relative market positions and a financial crisis for the private local television stations. The Commission has concluded that this financial crisis may be averted by adopting a value for signal regime that invokes market forces.

[7] The proposed value for signal regime is fully described in Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 entitled A Group-Based Approach to the Licensing of Private Television Services, issued on March 22, 2010 (which I refer to for convenience as the “2010 Policy” or la “politique de 2010” [in the French reasons]).

[8] The relevant portions of the 2010 Policy are quoted below, but at this point it is useful to summarize the main features of the proposed value for signal regime:

- A private local television station would have the right to choose to negotiate with BDUs for compensation for the right to retransmit the station’s signals. If no agreement is reached, the station could prevent the BDUs from retransmitting its signals.
- A private local television station that chooses to participate in the value for signal regime would forego all existing regulatory protections, including mandatory distribution, priority channel placement and simultaneous substitution.
- The regulatory protections (as in place from time to time) would continue to benefit any private local television station that chooses not to participate in the value for signal regime.
- The Commission would be involved in the negotiation of agreements under the value for signal regime only if the parties do not negotiate in good faith or if the parties ask the Commission to arbitrate.

que les EDR ont vu leurs revenus augmenter, ce qui s’est traduit par un changement important de leur position respective sur le marché et par une crise financière pour les stations privées de télévision locale. Le Conseil a conclu qu’il était possible d’éviter cette crise financière en adoptant un régime de compensation pour la valeur des signaux qui ferait intervenir les forces du marché.

[7] Le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux est décrit en détail dans la politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167, intitulée Approche par groupe à l’attribution de licences aux services de télévision privée, publiée le 22 mars 2010 (que j’appellerai, par souci de commodité, la « politique de 2010 »).

[8] Les extraits pertinents de la politique de 2010 sont reproduits ci-dessous, mais j’estime qu’il est utile de résumer les principales caractéristiques du régime de compensation pour la valeur des signaux :

- Une station privée de télévision locale pourrait choisir de négocier avec les EDR une entente qui prévoirait le versement d’une contrepartie en échange du droit de retransmettre ses signaux. Si aucune entente n’était conclue, la station pourrait empêcher les EDR de retransmettre ses signaux.
- La station privée de télévision locale qui déciderait de participer au régime de compensation pour la valeur des signaux renoncerait à toutes les protections réglementaires existantes, y compris la distribution obligatoire, l’alignement des canaux prioritaires et la substitution simultanée.
- La station privée de télévision locale qui déciderait de ne pas participer au régime de compensation pour la valeur des signaux continuerait de bénéficier des protections réglementaires (le cas échéant).
- Le Conseil n’interviendrait dans la négociation des ententes au titre du régime de compensation pour la valeur des signaux que dans les cas où les parties ne négocieraient pas de bonne foi ou lui demandaient d’agir comme arbitre.

[9] Simply stated, the BDUs' legal objection to the proposed value for signal regime is based on the following reasoning. The *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42] is the only statute that can govern the right of a broadcaster to control the retransmission of its signals. The *Copyright Act* precludes a private local television station from demanding that a BDU pay a royalty for the right to retransmit the station's signals. Therefore, BDUs have a statutory user right to retransmit the signals of a private local television station without paying a royalty. It necessarily follows that the statutory authority of the Commission under the *Broadcasting Act* [S.C. 1991, c. 11] should not be interpreted in a manner that would permit a private local television station to block retransmission by a BDU that refuses to pay compensation for a retransmission right.

[10] The private local television stations argue that this legal argument has no merit and that the *Copyright Act* does not preclude the Commission from implementing a value for signal regime.

Procedural history

[11] The legal debate now before this Court arose in the context of proceedings before the Commission that resulted in its adoption of the 2010 Policy. In the 2010 Policy, the Commission makes a number of policy decisions relating to the licensing of private local television services.

[12] In the 2010 Policy, the Commission determined among other things that a value for signal regime is necessary to ensure the fulfilment of the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. The 2010 Policy also states the main elements of the value for signal regime that the Commission proposes to implement if it is found to have the statutory authority to do so.

[9] En somme, l'objection juridique que soulèvent les EDR à l'égard du régime de compensation pour la valeur des signaux repose sur le raisonnement suivant. La *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42] est la seule à régir le droit d'un radiodiffuseur de contrôler la retransmission de ses signaux. La *Loi sur le droit d'auteur* empêche les stations privées de télévision locale d'exiger que les EDR leur paient une redevance en contrepartie du droit de retransmettre leurs signaux. Par conséquent, la loi confère aux EDR un droit d'utilisation qui leur permet de retransmettre les signaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance. Il s'ensuit nécessairement que la compétence conférée au Conseil par la *Loi sur la radiodiffusion* [L.C. 1991, ch. 11] ne devrait pas être interprétée d'une manière qui permettrait aux stations privées de télévision locale d'empêcher les EDR qui refusent de verser une contrepartie de retransmettre leurs signaux.

[10] Les stations privées de télévision locale soutiennent que cet argument juridique est sans fondement et que la *Loi sur le droit d'auteur* n'empêche pas le Conseil de mettre en œuvre un régime de compensation pour la valeur des signaux.

Historique de la procédure

[11] Le litige dont est maintenant saisie la Cour est né dans le contexte d'une instance devant le Conseil à l'issue de laquelle celui-ci a adopté la politique de 2010. Dans la politique de 2010, le Conseil énonce un certain nombre de décisions stratégiques ayant trait à l'attribution de licences aux services de télévision locale privée.

[12] Dans la politique de 2010, le Conseil a notamment déterminé que le régime de compensation pour la valeur des signaux était nécessaire à la réalisation des objectifs stratégiques énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. La politique de 2010 expose également les principaux éléments du régime de compensation pour la valeur des signaux que le Conseil propose de mettre en œuvre si la Cour conclut qu'il en a la compétence.

[13] Paragraphs 151 to 168 of the 2010 Policy contain the analysis and conclusions of the Commission that are relevant to the value for signal issue. Those paragraphs read as follows (footnotes omitted):

151. In Broadcasting Public Notice 2008-100, the Commission considered whether or not to grant a fee for carriage to conventional television broadcasters, and elected not to do so. However, the question considered in the current proceeding is a substantially different one. In exploring the issue of a negotiated fair value for signals, the Commission is considering whether market forces can be invoked to resolve what has now become a long standing area of tension between conventional television broadcasters and BDUs.
152. In approaching the issue, the Commission has been guided by specific provisions of the Act. Section 3(1)(e) states that “each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming,” while section 3(1)(f) states that “each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian [...] resources [...]”
153. With respect to the public broadcaster, the Commission notes that section 3(1)(m)(vii) of the Act states that the programming provided by the CBC should “be made available throughout Canada by the most appropriate and efficient means and as resources become available for the purpose.” As explained further below, the regime foreseen by the Commission would allow broadcasters to require program deletion when negotiating for a fair value for the distribution of their programming services. In light of the objective above, the Commission considers that it would be inconsistent to permit the CBC to require deletion of its programming from a BDU and hence prevent the public from receiving its programming. Moreover, during its appearance at the hearing, the CBC indicated that it fully understands the importance of its mandate and clearly agrees with the Commission’s position in that regard, as it spontaneously stated that it would not “play with threatening to pull our signal or having our signal not negotiated or not carried by the BDU.” Accordingly, the Commission has determined that the market-based regime set out below will apply only to private local television stations. The distinctive situation and needs of the CBC will be addressed in the context of the public broadcaster’s next licence renewal.

[13] Aux paragraphes 151 à 168 de la politique de 2010, le Conseil expose son analyse et ses conclusions sur la question de la valeur des signaux. Ces paragraphes sont rédigés comme suit (notes en fin de texte omises) :

151. Dans l’avis public de radiodiffusion 2008-100, le Conseil s’est penché sur le bien-fondé d’accorder un tarif de distribution aux télédiffuseurs traditionnels et a décidé de ne pas le faire. Cependant, la question à considérer dans le cadre de la présente instance est considérablement différente. Le Conseil, examinant la question de la juste valeur négociée, s’interroge sur la possibilité de recourir aux forces du marché pour résoudre ce qui est devenu une source permanente de friction entre les télédiffuseurs traditionnels et les EDR.
152. Le Conseil s’est inspiré, dans son approche de la question, de certaines dispositions précises de la Loi. L’article 3(1)e) stipule que « tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d’une programmation canadienne »; l’article 3(1)f), que « toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources [...] canadiennes [...] ».
153. En ce qui a trait au télédiffuseur public, le Conseil note que l’article 3(1)m)(vii) de la Loi prévoit que la programmation de la SRC devrait « être offerte partout au Canada de la manière la plus adéquate et efficace, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens. » Tel qu’expliqué ci-dessous, le régime envisagé par le Conseil permettrait aux télédiffuseurs d’exiger la suppression d’émissions lors de leurs négociations pour la valeur juste de la distribution de leurs services de programmation. Le Conseil estime que de permettre à la SRC d’exiger d’une EDR la suppression de sa programmation, et d’ainsi empêcher le public de recevoir sa programmation, n’irait pas dans le sens de l’objectif ci-dessus. De plus, lors de sa comparution à l’audience, la SRC a indiqué qu’elle comprend tout à fait l’importance de son mandat et qu’elle est entièrement d’accord avec l’opinion du Conseil à cet égard, en affirmant spontanément qu’elle [traduction] « ne menacerait pas de retirer son signal ou de laisser son signal non négocié ou non distribué par l’EDR ». Par conséquent, le Conseil conclut que le régime par marchés énoncé ci-dessous ne s’appliquera qu’aux stations privées de télévision locale. La question de la situation et des besoins uniques de la SRC sera traitée dans le cadre du prochain renouvellement de la licence du télédiffuseur public.

154. The Commission reiterated in Broadcasting Public Notice 2008-100 that where regulation is necessary it should be as targeted as possible and impose the least burdensome constraints; that industry solutions should be preferred to regulatory intervention; and that the broadcasting system, as a whole, should be calibrated such that no single player or group of players can exercise undue influence.
155. The portion of this regulatory policy that has dealt with group-based licensing has focused on the effective continuation of vibrant and effective Canadian programming in the context of the larger groups that now make up the Canadian broadcasting landscape. It now remains to determine whether each element of the broadcasting system is contributing in an appropriate way, and whether, in light of the enormous and accelerating changes in the system, it is appropriate to view the relationship between BDUs and broadcasters in a way that differs from that which has become established.
156. In 1971 the Commission published its Policy Statement on Cable Television, entitled, appropriately, “Canadian broadcasting – ‘A single system’.” A key policy principle set out in that report was that “television stations are the suppliers, and cable television systems are the users. Thus the basic principle involved is: one should pay for what he uses to operate his business.” While this policy was not implemented for conventional television in 1971 or in the years following, the principle remains valid today.
157. The other policies adopted in the 1971 report and implemented in the context of the technology and industrial structure that then existed have formed the basis of the relationship between BDUs and broadcasters from that time forward. Forty years is a very long time in the broadcasting world. The concepts of mandatory carriage, preferential channel placement, community access, and simultaneous substitution were articulated in that statement and have been developed and modified thereafter.
158. But while some features have remained, enormous changes have also occurred, and continue to occur. Direct-to-home (DTH) satellite services were licensed in 1995 and 1996, with operations beginning in 1997. Specialty services were first licensed in 1984 and digital Category 1 specialty services in 2000. To protect and promote the growth of these nascent specialty services, they were
154. Dans l’avis public de radiodiffusion 2008-100, le Conseil a rappelé que la réglementation, lorsqu’elle était nécessaire, devrait être aussi ciblée que possible et imposer les restrictions les moins contraignantes, qu’il faudrait préférer à une intervention réglementaire les solutions de l’industrie, et enfin calibrer l’ensemble du système de radiodiffusion de telle sorte qu’aucun joueur ou groupe de joueurs ne puisse exercer une influence indue.
155. La partie de la politique réglementaire qui traite de l’attribution de licences par groupe s’est concentrée sur le maintien efficace d’une programmation canadienne vibrante et efficace dans le contexte des grands groupes qui forment aujourd’hui le paysage de la radiodiffusion canadienne. Reste à voir si tous les éléments du système de radiodiffusion contribuent à celui-ci de façon appropriée et si, compte tenu des changements gigantesques et accélérés du système, il vaut la peine de voir la relation entre les EDR et les télédiffuseurs avec un recul qui offrirait une autre vision de ce qui a été établi.
156. En 1971, le Conseil a publié un énoncé de politique sur la télévision par câble intitulé à juste titre « La radiodiffusion canadienne, “un système unique” ». Un des principes politiques les plus importants parmi ceux énoncés dans ce rapport indique que « les stations de télévision sont les fournisseurs et les systèmes de télévision par câble sont les usagers. Le principe fondamental en jeu ici est le suivant : chacun doit payer pour ce qu’il utilise dans l’exploitation de son entreprise ». Bien que cette politique n’ait pas été mise en œuvre à l’égard de la télévision traditionnelle en 1971 ou au cours des années suivantes, ce principe demeure valide aujourd’hui.
157. Les politiques adoptées dans le rapport de 1971 et mises en œuvre dans le contexte de la structure technologique et industrielle de l’époque ont inspiré depuis et nourri la relation entre les EDR et les télédiffuseurs. Quarante ans sont une éternité dans le monde de la radiodiffusion. Les concepts de distribution obligatoire, d’attribution de canaux préférentielle, d’accès communautaire et de substitution de signaux identiques ont tout d’abord été formulés dans cet énoncé, puis retravaillés et modifiés par la suite.
158. Bien que certains éléments de cet énoncé demeurent valides, plusieurs changements radicaux sont survenus depuis et continuent à survenir. Les services par satellite de radiodiffusion directe (SRD) autorisés en 1995 et en 1996 ont commencé leurs activités en 1997. Les premiers services spécialisés ont été autorisés en 1984 et les services spécialisés numériques de catégorie 1, en

licensed with “genre protection,” which ensured that they had their own space, essentially free of direct competition, in which to grow. They were also given guaranteed carriage by BDUs. Very significantly, they were granted the right to receive wholesale fees from the BDUs that carried them. The system thus moved into the multi-channel universe with different rules applying to different programming services depending, to a considerable degree, on when they had begun broadcasting. Category 2 specialty services, it is to be noted, were provided limited genre protection and were not given guaranteed carriage by BDUs, but were given the right to receive wholesale fees.

159. Many specialty services have enjoyed large popularity with Canadian audiences. As noted above, increasing fragmentation has had the obvious negative effect of reducing the profitability of conventional television broadcasters. Further, very large fragmentation continues as alternative new media platforms become widely adopted. Consequently, there has been a reduction in the ability of conventional television broadcasters to meet their obligations effectively, under the Act, to contribute to the creation and presentation of Canadian programming of a high standard.
160. While the recent economic climate, in which advertising revenues have suffered, has not been favourable for private conventional television broadcasters, BDU revenues have, since 1971, continued to grow at a far greater rate than those of television stations. In that year, private television revenues were \$115.8 million, which compared very favourably with cable revenues of \$66.6 million. In 2009, the positions had become reversed. Cable BDU basic and non-basic revenues were \$5.1 billion, and DTH and multipoint distribution system basic and non-basic revenues were a further \$2.2 billion, for a total of \$7.3 billion. Private television revenues trailed far behind at \$2.2 billion. Revenue figures do not tell the complete story, but the dramatic change in proportions indicates a significant shift in market positions.
161. A large piece of the puzzle is that private conventional television broadcasters, unlike specialties, are not paid for their signals by the BDUs that carry those signals. At the hearing, a frequently repeated position by BDUs was
2000. Pour protéger et promouvoir la croissance de ces services spécialisés embryonnaires, ceux-ci ont eu droit à une « protection de genre » qui leur assurait leur propre espace de développement, essentiellement libre de toute concurrence directe, et à une distribution garantie par les EDR. Fait très révélateur, ils ont obtenu le droit de recevoir des tarifs de gros des EDR qui les distribuaient. Ainsi le système a-t-il évolué vers un univers multicanal où différentes règles s’appliquaient à différents services de programmation surtout en fonction de la date de leur mise en exploitation. Il convient de noter que les services spécialisés de catégorie 2 ont eu droit à une protection de genre limitée, mais pas à une distribution garantie par les EDR, et qu’ils ont eu le droit de recevoir des tarifs de gros.
159. Plusieurs services spécialisés ont été très appréciés des auditoires canadiens. Tel que noté plus haut, l’accroissement de la fragmentation a malheureusement entraîné une baisse évidente du rendement des télédiffuseurs traditionnels. De plus, cette très grande fragmentation se poursuit alors que d’autres nouvelles plateformes médiatiques font fureur. Les télédiffuseurs en direct ont donc moins réussi à respecter efficacement les obligations qui leur avaient été fixées en vertu de la Loi de « contribuer à la création et à la présentation d’une programmation canadienne » de qualité.
160. Alors que la récente situation économique et les baisses des recettes publicitaires ont affaibli les télédiffuseurs traditionnels privés, les revenus des EDR ont continué de croître beaucoup plus rapidement que ceux des stations de télévision depuis 1971. Au cours de cette année, les revenus de la télévision privée ont totalisé 115,8 millions de dollars, une somme qui se compare très avantageusement avec les revenus du câble qui se sont établis à 66,6 millions de dollars. En 2009, ces chiffres étaient inversés : les revenus de base et supplémentaires des EDR par câble ont totalisé 5,1 milliards de dollars et ceux des services par SRD et des systèmes de distribution multipoint ont augmenté de 2,2 milliards de dollars supplémentaires, atteignant un total de 7,3 milliards de dollars. Les revenus de la télévision privée faisaient piètre figure avec 2,2 milliards de dollars. Ces chiffres ne présentent pas l’historique complet, mais la remarquable évolution des proportions trahit un changement marqué des forces du marché.
161. L’une des pièces importantes de ce casse-tête est que les EDR ne paient pas les signaux des télédiffuseurs traditionnels privés qu’elles distribuent alors qu’elles paient ceux des services spécialisés. À l’audience, les

- that, since they could now receive and disseminate those services for free, they had no intention of negotiating a fair value or paying for those services, notwithstanding that they constitute part of the single Canadian broadcasting system, as provided in section 3(2) of the Act. And, as noted earlier, private conventional television broadcasters pay large amounts, not just for Canadian programs, but for foreign programs as well. The Commission has repeatedly been told that broadcasting such foreign programs is essential to the financial viability of conventional television broadcasters, and has accepted that position.
162. When broadcasters acquire program rights, those rights are, almost invariably, territorial. That is, a broadcaster pays for the exclusive right to broadcast a specific program in a defined territory for a defined period of time. Of course, the terms of such agreements are the focus of strong commercial attention, and there is no uniformity of result. But whatever the terms negotiated by the broadcaster, BDUs are currently permitted to carry the broadcasters' programming services without paying for the right to distribute them. BDUs, however, are obligated to provide broadcasters with benefits such as priority carriage and simultaneous substitution. Nevertheless, the system is not working well in 2010 in ensuring that conventional television broadcasters have the means to continue to meet their obligations under the Act.
163. As noted above, as set out in Broadcasting Public Notice 2008-100, the Commission was not prepared to impose a fee for carriage. However, the Commission finds that, in order to fulfil the policy objectives set out in section 3(1) of the Act, the system needs revision so as to permit privately-owned television broadcasters to negotiate with BDUs to establish the fair value of the product provided by those broadcasters to BDUs. The system should be such that privately-owned broadcasters that own programs or have paid for the exclusive right to disseminate programs can negotiate for payment with BDUs, which, in turn, further disseminate those programs. By establishing a regime in which market forces can function effectively, the broadcasting system will benefit through the recognition of the fair value of programming services. This approach is consistent with the market-based negotiations that increasingly prevail on all other platforms, including discretionary services, VOD, and online and mobile platforms.
164. The regime that the Commission would propose to implement is set out below.
- EDR ont souvent répété que même si elles font partie du système canadien unique de radiodiffusion tel que précisé à l'article 3(2) de la Loi, elles n'avaient pas l'intention de payer ces services ou de négocier leur juste valeur puisqu'elles pouvaient maintenant les recevoir et les diffuser gratuitement. Or, comme noté plus haut, les télédiffuseurs traditionnels privés consacrent de fortes sommes à l'acquisition d'émissions tant canadiennes qu'étrangères. Le Conseil a toujours entendu dire que la diffusion d'émissions étrangères était vitale pour les télédiffuseurs traditionnels, et il a fait sienne cette position.
162. Les droits de diffusion qu'acquière les télédiffuseurs sont presque toujours des droits territoriaux. Autrement dit, le télédiffuseur paie les droits exclusifs de diffuser une émission donnée, dans un territoire donné, pour une période de temps donnée. Certes, les modalités de ces ententes font l'objet d'une grande attention commerciale, et les résultats ne sont pas uniformes. Toutefois, quelles que soient les conditions négociées, les EDR ont actuellement le droit de distribuer les services de programmation des télédiffuseurs sans payer de droits de diffusion. Les EDR, cependant, sont obligées de fournir aux télédiffuseurs des avantages comme la distribution prioritaire et la substitution simultanée. Néanmoins, en 2010, ce système ne contribue guère à s'assurer que les télédiffuseurs traditionnels aient les moyens de continuer à respecter leurs obligations en vertu de la Loi.
163. Tel que note plus haut et énoncé dans l'avis public de radiodiffusion 2008-100, le Conseil n'était pas prêt à imposer un tarif de distribution. Le Conseil conclut néanmoins qu'afin d'atteindre les objectifs de politique énoncés à l'article 3(1) de la Loi, il faut corriger ce système pour permettre aux télédiffuseurs privés de négocier avec les EDR une juste valeur pour le produit qu'ils offrent aux EDR. Il faudrait un système où les télédiffuseurs privés qui détiennent des émissions ou ont payé des droits exclusifs de diffusion doivent pouvoir négocier des ententes de paiement avec les EDR qui pourront, à leur tour, distribuer ces émissions. Le système de radiodiffusion a tout à gagner d'un système qui permettrait aux forces du marché de fonctionner efficacement en reconnaissant la juste valeur des services de programmation. Cette approche est compatible avec les ententes commerciales qui prévalent de plus en plus sur toutes les autres plateformes, y compris les services facultatifs, les services de VSD et les plateformes en ligne et mobiles.
164. Le système que le Conseil propose de mettre en œuvre est décrit ci-dessous.

1. Licensees of private local television stations would choose whether i) they will negotiate with BDUs for the value of the distribution of their programming services, failing which they will be able to require deletion of the programming they own, or for which they have the exhibition rights, from all signals distributed in their market, or ii) they will continue to benefit from existing regulatory protections.

2. Licensees of private local television stations would make their choice by a date set by the Commission, and this choice would be valid for a fixed term of three years.

3. If a licensee of a private local television station chose option i):

a) It would forego all existing regulatory protections related to the distribution of local television signals by BDUs, whether imposed by regulation or by condition of licence, including mandatory distribution and priority channel placement on analog basic, and simultaneous substitution.

b) BDUs would be required, at the request of private local television stations, to delete any program owned by the licensee of that local television station or for which it has acquired exclusive contractual exhibition rights.

c) Deletions would be exercised against the signal of any programming undertaking distributed by the BDU, whether foreign or domestic, affiliated or not, including that of the private local television station making the request.

d) It could negotiate with a BDU for a fair value in exchange for the distribution of its programming service in lieu of the deletion rights set out in b) and c). This compensation could be monetary, non-monetary (e.g., simultaneous or non-simultaneous substitution, carriage arrangements, marketing and promotion), or both, and could be negotiated on an individual station basis or as part of a broader negotiation with entire ownership groups.

e) Parties to the negotiation would be given a fixed period after the date on which the licensee of a private local television station chose option i) to conclude negotiations, during which the existing

1. Les titulaires des stations privées de télévision locale pourront choisir soit i) de négocier avec les EDR la valeur de la distribution de leurs services de programmation, faute de quoi elles pourront exiger de retirer les émissions qu'elles détiennent, ou dont elles ont acquis les droits de diffusion, de tous les signaux distribués dans leur marché, soit ii) de continuer à bénéficier des protections réglementaires actuelles.

2. Les titulaires des stations privées de télévision locale prendront leur décision à une date choisie par le Conseil, et leur choix sera valide pour une période de trois ans.

3. Si la titulaire d'une station privée de télévision locale opte pour l'option i) :

a) Elle renonce à toutes les protections réglementaires actuelles à l'égard de la distribution des signaux de télévision locale par les EDR, qu'elles soient imposées par voie réglementaire ou par conditions de licence, y compris à la distribution obligatoire et l'alignement des canaux prioritaires au service de base analogique, ainsi que la substitution simultanée.

b) Les EDR doivent, à la demande des stations privées de télévision locale, retirer toute émission détenue par la titulaire d'une station de télévision locale ou pour laquelle elle aurait acquis les droits contractuels exclusifs de diffusion.

c) Les retraits visent le signal de toute entreprise de programmation, canadienne ou étrangère, affiliée ou non, distribué par l'EDR, y compris celui de la station privée de la télévision locale à l'origine de la demande.

d) La titulaire peut négocier avec une EDR la juste valeur d'échange pour la distribution de son service de programmation au lieu des droits de retrait énoncés en b) et c). Cette compensation peut être financière, ou non (p. ex., la substitution simultanée ou non, les ententes de distribution, le marketing et la promotion), ou les deux, et peut être négociée soit sur une base individuelle, par station, soit lors de négociations élargies avec tous les groupes de propriété.

e) Lors de négociations, les parties disposent d'une période de temps fixe après la date à laquelle une station privée de télévision locale a choisi l'option i) pour conclure une entente. Au

regulatory protections would continue to apply. This period could be shortened or extended by agreement between the parties.

f) The Commission would minimize its involvement in the terms and conditions of the resulting agreements, intervening only in cases where there is evidence parties are not negotiating in good faith, and would consider acting as arbitrator only where both parties make a request.

4. If the licensee of a private local television station chose option ii), all regulatory protections for private local television stations in force at the time the choice is made, and as amended during the term in which that choice is valid, would remain in force. These would include, where provided by regulation or by condition of licence: mandatory carriage, priority channel placement on analog basic, program deletion, simultaneous or non-simultaneous substitution, and any payments to individual stations or funds approved by the Commission in lieu of these obligations, including payments for carriage of distant signals as provided for in Broadcasting Public Notice 2008-100.

165. There is, however, a significant potential impediment to the implementation by the Commission of this market-based resolution. In response to Broadcasting Notice of Consultation 2009-411, the Commission was presented with two legal opinions, both worthy of consideration. One submitted that the Commission had the requisite authority to introduce a regime of broadcast regulation that would have the effect of requiring appropriate negotiation, such as those described above, between broadcasters and BDUs; the other took the position that BDUs have a continuing right to disseminate the broadcaster's over-the-air signal without negotiation or remuneration by virtue of the provisions of the *Copyright Act*.

166. While the Commission has found that it is necessary to provide the licensees of private local television stations with the right to negotiate a fair value for the distribution of their programming services by BDUs, it recognizes that there is a valid dispute between parties over the Commission's legal authority to impose such a regime. Therefore, given the importance of the question to the ability of the Commission to ensure that the objectives

de cette période, les protections existantes de réglementation continuent à s'appliquer. Cette période peut être abrégée ou prolongée après entente entre les parties.

f) Le Conseil réduit sa participation dans l'élaboration des modalités et des conditions des ententes ainsi négociées. Il n'intervient que s'il existe une preuve de mauvaise foi dans les négociations, et peut alors jouer un rôle d'arbitrage, mais uniquement à la demande des deux parties.

4. Si la titulaire d'une station privée de télévision locale opte pour l'option ii), toutes les protections réglementaires des stations privées de télévision locale en vigueur au moment où elle fait ce choix, et modifiées pendant la durée de leur décision, demeurent en vigueur. Lorsqu'elles sont assurées par voie réglementaire ou par condition de licence, ces protections comprennent notamment la distribution obligatoire, l'alignement des canaux prioritaires au service de base analogique, le retrait d'émissions, la substitution simultanée ou non et toute somme versée à des stations individuelles ou à des fonds approuvés par le Conseil en remplacement de ces obligations, y compris des paiements pour la distribution de signaux éloignés tel que prévu dans l'avis public de radiodiffusion 2008-100.

165. Un obstacle de taille risque cependant d'entraver la mise en œuvre par le Conseil de cette décision basée sur les forces du marché. En réponse à l'avis de consultation de radiodiffusion 2009-411, le Conseil a reçu deux avis juridiques qui valaient tous deux la peine d'être étudiés. L'un soutenait que le Conseil avait la compétence nécessaire pour mettre en œuvre un système de réglementation de radiodiffusion ayant pour effet d'obliger les télédiffuseurs et les EDR à négocier des ententes appropriées, telles que celles décrites précédemment; l'autre, que les EDR avaient des droits continus de diffusion des signaux des télédiffuseurs en direct sans négociation ou contrepartie financière, en vertu des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*.

166. Bien que le Conseil ait conclu qu'il y avait lieu d'accorder aux titulaires de stations privées de télévision traditionnelle locale le droit de négocier une juste valeur pour la distribution de leurs services par les EDR, il reconnaît qu'il existe un différend valide entre les parties quant à sa compétence légale d'imposer un tel système. Par conséquent, compte tenu de l'importance de la question de la compétence du Conseil à s'assurer que

of the Act are met, and given the continuing need for certainty in dealing with the approaching group licensing renewals, the Commission has decided to refer the question of its jurisdiction to the Federal Court of Appeal (the Court). The Commission will request disposition of the issue on an expedited basis.

167. The question to be put to the Court, in general terms, will be the following:

Is the Commission empowered, pursuant to its mandate under the *Broadcasting Act*, to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations?

168. In Broadcasting Order 2010-168, also issued today, the Commission refers this question to the Court for expedited hearing and determination.

[14] Broadcasting Order CRTC 2010-168, referred to in paragraph 168 of the 2010 Policy, provides the following additional information [at paragraphs 1–6, 8]:

Introduction

1. Section 3(2) of the *Broadcasting Act* (the Act) states that the Canadian broadcasting system constitutes a single system that is to be regulated by a single independent public authority, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Section 5(1) of the Act requires the Commission to “regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) of the Act.”
2. The Commission is given broad powers under the Act to fulfill its mandate, including the power to issue broadcasting licences on such conditions as it deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in section 3(1) of the Act and to require broadcasting distribution undertakings (BDUs) to carry, on such terms and conditions as it deems appropriate, programming services specified by the Commission. The Commission is also given the power by section 10 of the Act to make

les objectifs de la Loi sont atteints, et compte tenu du besoin constant de certitude à l’avènement du traitement des renouvellements de licences selon une approche par groupe, le Conseil a décidé de référer de la question de sa compétence légale à la Cour d’appel fédérale (la Cour). Le Conseil demandera de traiter de la question dans des délais aussi brefs que possible.

167. En termes généraux, la question soumise à la Cour sera la suivante :

Le Conseil a-t-il la compétence, en vertu de son mandat énoncé dans la *Loi sur la radiodiffusion*, de mettre en œuvre un système permettant aux stations privées de télévision locale d’opter pour la négociation avec les entreprises de distribution de radiodiffusion d’une juste valeur en retour de la distribution des services de programmation diffusés par ces stations de télévision locale?

168. Dans l’ordonnance de radiodiffusion 2010-168, également publiée aujourd’hui, le Conseil renvoie cette question à la Cour pour audition et jugement dans des délais aussi brefs que possible.

[14] L’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, à laquelle renvoie le paragraphe 168 de la politique de 2010, fournit d’autres renseignements [aux paragraphes 1 à 6, 8] :

Introduction

1. En vertu de l’article 3(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* (la Loi), le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique dont la réglementation doit être confiée à un seul organisme public autonome, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. L’article 5(1) de la Loi enjoint au Conseil de « régler[r] et surveiller[r] tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. »
2. En vertu de la Loi, le Conseil est investi de pouvoirs étendus pour remplir son mandat, y compris le pouvoir d’attribuer des licences de radiodiffusion sous des conditions qui semblent appropriées en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion énoncée à l’article 3(1) de la Loi et d’obliger les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) à offrir, selon des modalités et conditions qu’il juge appropriées, les services de programmation précisés par le Conseil. L’article 10 de la Loi

regulations respecting a number of subjects including: the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings; the resolution, by way of mediation or otherwise, of any disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming originated by the programming undertaking; and such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects.

3. In fulfilling this mandate, the Commission has created a comprehensive regulatory regime to ensure that each part of the broadcasting industry contributes to the fulfillment of the policy objectives in the Act. For example, the Commission has:

imposed a series of obligations on programming undertakings, including quotas for the exhibition of, or expenditure on, Canadian programming;

constructed rules regarding what programming services BDUs are required or permitted to distribute, including a requirement that certain BDUs distribute local television stations and other services as part of the basic package provided to all customers (i.e., mandatory carriage);

mandated wholesale fees for the distribution of particular specialty services, with a rate that is, in some cases, set by the Commission or, in other cases, negotiated between the parties; and

created a system to protect the exclusive broadcast rights of local television stations in their markets by requiring a BDU to delete a programming service it distributes that is comparable to that of the local television station (i.e., program deletion) and, in some circumstances, substitute the comparable programming of the local television station being broadcast simultaneously over the deleted signal (i.e., simultaneous substitution).

4. The Commission applies these existing regulatory obligations to a different extent in different circumstances in a manner that is fluid and continues to adapt to changing circumstances. For example, the Commission has permitted parties, by conditions of licence, to negotiate alternative solutions to the program deletion obligations, which have been incorporated into the regulatory regime.

permet également au Conseil d'adopter des règlements sur divers sujets, dont la fourniture par les entreprises de distribution des signaux étrangers et autres services de programmation, la résolution par la médiation ou autrement de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre les entreprises de programmation qui la transmettent et les entreprises de distribution, ainsi que toute autre question qu'il estime nécessaire à l'exécution de sa mission.

3. Pour remplir ce mandat, le Conseil a créé un régime de réglementation global afin de s'assurer que chaque secteur de l'industrie de la radiodiffusion contribue à l'atteinte des objectifs de politique énoncés dans la Loi. Par exemple, le Conseil a :

imposé une série d'obligations aux entreprises de programmation, dont des quotas pour la diffusion, ou les dépenses, à l'égard de la programmation canadienne;

élaboré des règles pour définir quels services de programmation les EDR ont l'obligation ou l'autorisation de distribuer, y compris l'obligation pour certaines EDR de distribuer des stations de télévision locales et d'autres services dans le service de base qu'elles offrent à tous les consommateurs (soit la distribution obligatoire);

imposé un tarif de gros pour la distribution de certains services spécialisés, dont le taux est fixé par le Conseil, dans certains cas, ou négocié entre les parties, dans d'autres cas;

créé un système pour protéger les droits exclusifs de radiodiffusion des stations de télévision locales dans leurs marchés en exigeant d'une EDR la suppression de tout service de programmation qu'elle distribue qui est comparable à celui d'une station locale de télévision (soit la suppression d'émissions) et, dans certains cas, la substitution de la programmation comparable de la télévision locale diffusée simultanément sur le signal supprimé (soit la substitution simultanée).

4. Le Conseil applique ces obligations réglementaires actuelles avec souplesse, à des degrés divers selon les cas, en s'ajustant aux circonstances particulières. Par exemple, le Conseil a permis aux parties, par condition de licence, de négocier d'autres solutions relatives aux obligations de suppression d'émissions qui ont été intégrées au régime de réglementation.

The Proceeding

5. In *Policy proceeding on a group-based approach to the licensing of television services and on certain issues relating to conventional television*, Broadcasting Notice of Consultation CRTC 2009-411, 6 July 2009 (as revised by Broadcasting Notice of Consultation CRTC 2009-411-3, 11 August 2009), the Commission initiated a proceeding to examine a group-based approach to the licensing of television services, including an examination of whether or not a negotiated solution for the compensation for the fair value of local conventional television signals is appropriate. In the course of the proceeding, the Commission received 289 comments addressing these issues. The Commission also received approximately 12,000 comments as part of a campaign organized by Rogers Communications Inc.
6. Among the issues raised during the proceeding was whether the Commission has the jurisdiction under the Act to implement a negotiated solution for compensation for the fair value of private local conventional television signals. BDUs presented a legal opinion that such a regime would establish a new copyright in the signals of private local television stations and is therefore *ultra vires* the powers of the Commission. Local television stations presented legal opinions that such a regime falls within the Commission's jurisdiction under the Act to supervise and regulate the broadcasting system.

[Paragraph 7 omitted; it repeats paragraph 164 of the 2010 Policy.]

8. In Broadcasting Regulatory Policy 2010-167, the Commission did not determine the legal issue as to whether or not it has the jurisdiction under the Act to implement such a regime. Rather, the Commission stated that it would refer the matter to the Federal Court of Appeal for determination. Consequently, the decision to implement the regime will only be concluded after the Court has ruled on this reference.

Statutory mandate of the Commission

[15] Parliament has given the Commission the mandate to regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system. That mandate is set out in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act*, which reads as follows:

L'instance

5. Dans *Instance de politique portant sur une approche par groupe de propriété à l'égard de l'attribution de licences à des services de télévision et sur certaines questions relatives à la télévision traditionnelle*, avis de consultation de radiodiffusion CRTC 2009-411, 6 juillet 2009 (avis de consultation de radiodiffusion 2009-411), tel que révisé par l'avis de consultation de radiodiffusion 2009-411-3, 11 août 2009, le Conseil a entrepris une instance en vue d'étudier une approche par groupe à l'égard de l'attribution de licences à des services de télévision, y compris un examen sur la pertinence de mettre en œuvre ou non une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée. Dans le cadre de ce processus, le Conseil a reçu 289 observations qui traitaient de ces questions. Le Conseil a également reçu environ 12 000 observations dans le cadre de la campagne organisée par Rogers Communications Inc.
6. Parmi les questions soulevées lors de l'instance, l'une consiste à savoir si le Conseil a la compétence en vertu de la Loi de mettre en œuvre une solution négociée pour la compensation de la juste valeur des signaux locaux de télévision traditionnelle privée. Les EDR ont présenté un avis juridique qui indique que ce régime établira un nouveau droit d'auteur sur les signaux des stations locales de télévision privée et sera donc *ultra vires* relativement aux pouvoirs du Conseil. D'après les opinions juridiques déposées par les stations de télévision locales, un tel régime relève de la compétence légale du Conseil de superviser et de régler le système de radiodiffusion.

[Paragraphe 7 omis; une répétition du paragraphe 164 de la politique de 2010.]

8. Dans la politique réglementaire de radiodiffusion 2010-167, le Conseil n'a pas statué sur la question de savoir s'il a la compétence en vertu de la Loi d'instaurer un tel régime. En revanche, le Conseil a déclaré qu'il porterait cette affaire devant la Cour d'appel fédérale pour jugement. Par conséquent, la décision d'instaurer le régime ne pourra être prise avant que la Cour ne se soit prononcée.

Le mandat du Conseil

[15] Le législateur a donné au Conseil le mandat de réglementer et de surveiller tous les aspects du système canadien de radiodiffusion. Ce mandat est énoncé au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, lequel est rédigé comme suit :

Objects

5. (1) Subject to this Act and the *Radiocommunication Act* and to any directions to the Commission issued by the Governor in Council under this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) and, in so doing, shall have regard to the regulatory policy set out in subsection (2).

5. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la *Loi sur la radiocommunication* et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion.

Mission

[16] The phrase “Canadian broadcasting system” is not defined in the *Broadcasting Act*, but its meaning can be inferred from terms that are given a statutory definition. “Broadcasting” and “program” are defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* as follows:

[16] L’expression « système canadien de radiodiffusion » n’est pas définie dans la *Loi sur la radiodiffusion*, mais il est possible d’en dégager le sens à partir des définitions qui y figurent. Les termes « radiodiffusion » et « émission » sont définis comme suit au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Definitions

2. (1) ...

“broadcasting”
« radiodiffusion »

“broadcasting” means any transmission of programs, whether or not encrypted, by radio waves or other means of telecommunication for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus, but does not include any such transmission of programs that is made solely for performance or display in a public place;

2. (1) [...]

Définitions

« émission » Les sons ou les images — ou leur combinaison — destinés à informer ou divertir, à l’exception des images, muettes ou non, consistant essentiellement en des lettres ou des chiffres.

« émission »
“program”

[...]

« radiodiffusion » Transmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou de tout autre moyen de télécommunication, d’émissions encodées ou non et destinées à être reçues par le public à l’aide d’un récepteur, à l’exception de celle qui est destinée à la présentation dans un lieu public seulement.

« radiodiffusion »
“broadcasting”

“program”
« émission »

“program” means sounds or visual images, or a combination of sounds and visual images, that are intended to inform, enlighten or entertain, but does not include visual images, whether or not combined with sounds, that consist predominantly of alphanumeric text;

[17] “Radio waves” and “other means of telecommunication” are defined in subsections 2(1) and (2) [as am. by S.C. 1993, c. 38, s. 81] of the *Broadcasting Act* as follows:

[17] Les termes « ondes radioélectriques » et « moyens de télécommunication » sont définis comme suit aux paragraphes 2(1) et 2(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Definitions

2. (1) ...

“radio waves”
« ondes radioélectriques »

“radio waves” means electromagnetic waves of frequencies lower than 3 000 GHz that are propagated in space without artificial guide.

2. (1) [...]

Définitions

« ondes radioélectriques » Ondes électromagnétiques de fréquences inférieures à 3 000 GHz transmises dans l’espace sans guide artificiel.

« ondes radioélectriques »
“radio waves”

[...]

Meaning of
“other means
of telecommu-
nications”

(2) For the purposes of this Act, “other means of telecommunication” means any wire, cable, radio, optical or other electromagnetic system, or any similar technical system.

(2) Pour l’application de la présente loi, sont inclus dans les moyens de télécommunication les systèmes électromagnétiques — notamment les fils, les câbles et les systèmes radio ou optiques —, ainsi que les autres procédés techniques semblables.

Moyen de
télécommuni-
cation

[18] Programs are broadcast in Canada by “broadcasting undertakings”. According to subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, a broadcasting undertaking may be a “distribution undertaking”, a “programming undertaking”, or a “network”. Those terms are defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* as follows:

[18] Les émissions sont diffusées au Canada par des « entreprises de radiodiffusion ». Selon le paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, une entreprise de radiodiffusion s’entend notamment d’une « entreprise de distribution », d’une « entreprise de programmation » ou d’un « réseau ». Ces termes sont définis comme suit au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Definitions

2. (1) ...

“distribution
undertaking”
« entreprise de
distribution »

“distribution undertaking” means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking;

...

“network”
« réseau »

“network” includes any operation where control over all or any part of the programs or program schedules of one or more broadcasting undertakings is delegated to another undertaking or person;

...

“programming
undertaking”
« entreprise de
programmation »

“programming undertaking” means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus;

2. (1) [...]

« entreprise de distribution » Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable.

« entreprise de programmation » Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur.

[...]

« réseau » Est assimilée à un réseau toute exploitation où le contrôle de tout ou partie des émissions ou de la programmation d’une ou plusieurs entreprises de radiodiffusion est délégué à une autre entreprise ou personne.

Définitions

« entreprise de
distribution »
“distribution
undertaking”

« entreprise de
programmation »
“programming
undertaking”

« réseau »
“network”

[19] Reading these statutory definitions together, I infer that any broadcasting activity in Canada by a distribution undertaking, a programming undertaking, or a network is part of the Canadian broadcasting system and therefore is subject to the regulation and supervision of the Commission pursuant to subsection 5(1) of the *Broadcasting Act*. There is no doubt that this would include

[19] La lecture de l’ensemble de ces définitions m’amène à conclure que toute activité de radiodiffusion exercée au Canada par une entreprise de distribution, une entreprise de programmation ou un réseau fait partie du système canadien de radiodiffusion et est par conséquent assujettie à la réglementation et à la surveillance du Conseil conformément au paragraphe 5(1) de la *Loi*

the broadcasting activities in Canada of any private local television station (programming undertaking) and any BDU (distribution undertaking) that would be subject to the proposed value for signal regime if it is adopted.

[20] Although the statutory mandate of the Commission as stated in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act* is broad and comprehensive, it is expressly limited in a number of respects. First, subsection 5(1) requires the Commission to act in accordance with the *Broadcasting Act*, the *Radiocommunication Act* [R.S.C., 1985, c. R-2, s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 1)], and any directions to the Commission issued by the Governor in Council under the *Broadcasting Act*. (There are no provisions of the *Radiocommunication Act* and no Governor in Council directions that are relevant to this reference.)

[21] Second, subsection 5(1) requires the Commission to act with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, which reads as follows:

Declaration **3. (1)** It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

(a) the Canadian broadcasting system shall be effectively owned and controlled by Canadians;

(b) the Canadian broadcasting system, operating primarily in the English and French languages and comprising public, private and community elements, makes use of radio frequencies that are public property and provides, through its programming, a public service essential to the maintenance and enhancement of national identity and cultural sovereignty;

(c) English and French language broadcasting, while sharing common aspects, operate under different conditions and may have different requirements;

(d) the Canadian broadcasting system should

sur la radiodiffusion. Il ne fait aucun doute qu'en font partie les activités de radiodiffusion exercées au Canada par toute station privée de télévision locale (entreprise de programmation) et par toute EDR (entreprise de distribution) qui seraient assujetties au projet de régime de compensation pour la valeur des signaux, s'il est adopté.

[20] Quoique le mandat confié au Conseil en vertu du paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* soit large et détaillé, il est expressément limité à certains égards. Premièrement, le paragraphe 5(1) prévoit que le Conseil doit agir conformément à la *Loi sur la radiodiffusion*, à la *Loi sur la radiocommunication* [L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 1)] et aux instructions données par le gouverneur en conseil sous le régime de la *Loi sur la radiodiffusion*. (Aucune disposition de la *Loi sur la radiocommunication* et aucune instruction du gouverneur en conseil ne sont pertinentes pour le présent renvoi.)

[21] Deuxièmement, le paragraphe 5(1) prévoit que le Conseil doit agir en vue de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, lequel est rédigé comme suit :

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la Politique canadienne de radiodiffusion :

a) le système canadien de radiodiffusion doit être, effectivement, la propriété des Canadiens et sous leur contrôle;

b) le système canadien de radiodiffusion, composé d'éléments publics, privés et communautaires, utilise des fréquences qui sont du domaine public et offre, par sa programmation essentiellement en français et en anglais, un service public essentiel pour le maintien et la valorisation de l'identité nationale et de la souveraineté culturelle;

c) les radiodiffusions de langues française et anglaise, malgré certains points communs, diffèrent quant à leurs conditions d'exploitation et, éventuellement, quant à leurs besoins;

d) le système canadien de radiodiffusion devrait :

-
- | | |
|--|--|
| <p>(i) serve to safeguard, enrich and strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada,</p> <p>(ii) encourage the development of Canadian expression by providing a wide range of programming that reflects Canadian attitudes, opinions, ideas, values and artistic creativity, by displaying Canadian talent in entertainment programming and by offering information and analysis concerning Canada and other countries from a Canadian point of view,</p> <p>(iii) through its programming and the employment opportunities arising out of its operations, serve the needs and interests, and reflect the circumstances and aspirations, of Canadian men, women and children, including equal rights, the linguistic duality and multicultural and multiracial nature of Canadian society and the special place of aboriginal peoples within that society, and</p> <p>(iv) be readily adaptable to scientific and technological change;</p> <p>(e) each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming;</p> <p>(f) each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming, unless the nature of the service provided by the undertaking, such as specialized content or format or the use of languages other than French and English, renders that use impracticable, in which case the undertaking shall make the greatest practicable use of those resources;</p> <p>(g) the programming originated by broadcasting undertakings should be of high standard;</p> | <p>(i) servir à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada,</p> <p>(ii) favoriser l'épanouissement de l'expression canadienne en proposant une très large programmation qui traduit des attitudes, des opinions, des idées, des valeurs et une créativité artistique canadiennes, qui mette en valeur des divertissements faisant appel à des artistes canadiens et qui fournisse de l'information et de l'analyse concernant le Canada et l'étranger considérés d'un point de vue canadien,</p> <p>(iii) par sa programmation et par les chances que son fonctionnement offre en matière d'emploi, répondre aux besoins et aux intérêts, et refléter la condition et les aspirations, des hommes, des femmes et des enfants canadiens, notamment l'égalité sur le plan des droits, la dualité linguistique et le caractère multiculturel et multiracial de la société canadienne ainsi que la place particulière qu'y occupent les peuples autochtones,</p> <p>(iv) demeurer aisément adaptable aux progrès scientifiques et techniques;</p> <p>e) tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne;</p> <p>f) toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources — créatrices et autres — canadiennes pour la création et la présentation de leur programmation à moins qu'une telle pratique ne s'avère difficilement réalisable en raison de la nature du service — notamment, son contenu ou format spécialisé ou l'utilisation qui y est faite de langues autres que le français ou l'anglais — qu'elles fournissent, auquel cas elles devront faire appel aux ressources en question dans toute la mesure du possible;</p> <p>g) la programmation offerte par les entreprises de radiodiffusion devrait être de haute qualité;</p> |
|--|--|

- | | |
|---|--|
| <p>(h) all persons who are licensed to carry on broadcasting undertakings have a responsibility for the programs they broadcast;</p> | <p><i>h</i>) les titulaires de licences d'exploitation d'entreprises de radiodiffusion assument la responsabilité de leurs émissions;</p> |
| <p>(i) the programming provided by the Canadian broadcasting system should</p> | <p><i>i</i>) la programmation offerte par le système canadien de radiodiffusion devrait à la fois :</p> |
| <p>(i) be varied and comprehensive, providing a balance of information, enlightenment and entertainment for men, women and children of all ages, interests and tastes,</p> | <p>(i) être variée et aussi large que possible en offrant à l'intention des hommes, femmes et enfants de tous âges, intérêts et goûts une programmation équilibrée qui renseigne, éclaire et divertit,</p> |
| <p>(ii) be drawn from local, regional, national and international sources,</p> | <p>(ii) puiser aux sources locales, régionales, nationales et internationales,</p> |
| <p>(iii) include educational and community programs,</p> | <p>(iii) renfermer des émissions éducatives et communautaires,</p> |
| <p>(iv) provide a reasonable opportunity for the public to be exposed to the expression of differing views on matters of public concern, and</p> | <p>(iv) dans la mesure du possible, offrir au public l'occasion de prendre connaissance d'opinions divergentes sur des sujets qui l'intéressent,</p> |
| <p>(v) include a significant contribution from the Canadian independent production sector;</p> | <p>(v) faire appel de façon notable aux producteurs canadiens indépendants;</p> |
| <p>(j) educational programming, particularly where provided through the facilities of an independent educational authority, is an integral part of the Canadian broadcasting system;</p> | <p><i>j</i>) la programmation éducative, notamment celle qui est fournie au moyen d'installations d'un organisme éducatif indépendant, fait partie intégrante du système canadien de radiodiffusion;</p> |
| <p>(k) a range of broadcasting services in English and in French shall be extended to all Canadians as resources become available;</p> | <p><i>k</i>) une gamme de services de radiodiffusion en français et en anglais doit être progressivement offerte à tous les Canadiens, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens;</p> |
| <p>(l) the Canadian Broadcasting Corporation, as the national public broadcaster, should provide radio and television services incorporating a wide range of programming that informs, enlightens and entertains;</p> | <p><i>l</i>) la Société Radio-Canada, à titre de radiodiffuseur public national, devrait offrir des services de radio et de télévision qui comportent une très large programmation qui renseigne, éclaire et divertit;</p> |
| <p>(m) the programming provided by the Corporation should</p> | <p><i>m</i>) la programmation de la Société devrait à la fois :</p> |
| <p>(i) be predominantly and distinctively Canadian,</p> | <p>(i) être principalement et typiquement canadienne,</p> |

-
- | | |
|---|---|
| <p>(ii) reflect Canada and its regions to national and regional audiences, while serving the special needs of those regions,</p> <p>(iii) actively contribute to the flow and exchange of cultural expression,</p> <p>(iv) be in English and in French, reflecting the different needs and circumstances of each official language community, including the particular needs and circumstances of English and French linguistic minorities,</p> <p>(v) strive to be of equivalent quality in English and in French,</p> <p>(vi) contribute to shared national consciousness and identity,</p> <p>(vii) be made available throughout Canada by the most appropriate and efficient means and as resources become available for the purpose, and</p> <p>(viii) reflect the multicultural and multiracial nature of Canada;</p> <p><i>(n)</i> where any conflict arises between the objectives of the Corporation set out in paragraphs <i>(l)</i> and <i>(m)</i> and the interests of any other broadcasting undertaking of the Canadian broadcasting system, it shall be resolved in the public interest, and where the public interest would be equally served by resolving the conflict in favour of either, it shall be resolved in favour of the objectives set out in paragraphs <i>(l)</i> and <i>(m)</i>;</p> <p><i>(o)</i> programming that reflects the aboriginal cultures of Canada should be provided within the Canadian broadcasting system as resources become available for the purpose;</p> <p><i>(p)</i> programming accessible by disabled persons should be provided within the Canadian broadcasting system as resources become available for the purpose;</p> | <p>(ii) refléter la globalité canadienne et rendre compte de la diversité régionale du pays, tant au plan national qu'au niveau régional, tout en répondant aux besoins particuliers des régions,</p> <p>(iii) contribuer activement à l'expression culturelle et à l'échange des diverses formes qu'elle peut prendre,</p> <p>(iv) être offerte en français et en anglais, de manière à refléter la situation et les besoins particuliers des deux collectivités de langue officielle, y compris ceux des minorités de l'une ou l'autre langue,</p> <p>(v) chercher à être de qualité équivalente en français et en anglais,</p> <p>(vi) contribuer au partage d'une conscience et d'une identité nationales,</p> <p>(vii) être offerte partout au Canada de la manière la plus adéquate et efficace, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens,</p> <p>(viii) refléter le caractère multiculturel et multiracial du Canada;</p> <p><i>n)</i> les conflits entre les objectifs de la Société énumérés aux alinéas <i>l)</i> et <i>m)</i> et les intérêts de toute autre entreprise de radiodiffusion du système canadien de radiodiffusion doivent être résolus dans le sens de l'intérêt public ou, si l'intérêt public est également assuré, en faveur des objectifs énumérés aux alinéas <i>l)</i> et <i>m)</i>;</p> <p><i>o)</i> le système canadien de radiodiffusion devrait offrir une programmation qui reflète les cultures autochtones du Canada, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens;</p> <p><i>p)</i> le système devrait offrir une programmation adaptée aux besoins des personnes atteintes d'une déficience, au fur et à mesure de la disponibilité des moyens;</p> |
|---|---|

- (*q*) without limiting any obligation of a broadcasting undertaking to provide the programming contemplated by paragraph (*i*), alternative television programming services in English and in French should be provided where necessary to ensure that the full range of programming contemplated by that paragraph is made available through the Canadian broadcasting system;
- (*r*) the programming provided by alternative television programming services should
- (i) be innovative and be complementary to the programming provided for mass audiences,
 - (ii) cater to tastes and interests not adequately provided for by the programming provided for mass audiences, and include programming devoted to culture and the arts,
 - (iii) reflect Canada's regions and multicultural nature,
 - (iv) as far as possible, be acquired rather than produced by those services, and
 - (v) be made available throughout Canada by the most cost-efficient means;
- (*s*) private networks and programming undertakings should, to an extent consistent with the financial and other resources available to them,
- (i) contribute significantly to the creation and presentation of Canadian programming, and
 - (ii) be responsive to the evolving demands of the public; and
- (*t*) distribution undertakings
- (i) should give priority to the carriage of Canadian programming services and, in particular, to the carriage of local Canadian stations,
 - (ii) should provide efficient delivery of programming at affordable rates, using the most effective technologies available at reasonable cost,
- q*) sans qu'il soit porté atteinte à l'obligation qu'ont les entreprises de radiodiffusion de fournir la programmation visée à l'alinéa *i*), des services de programmation télévisée complémentaires, en anglais et en français, devraient au besoin être offerts afin que le système canadien de radiodiffusion puisse se conformer à cet alinéa;
- r*) la programmation offerte par ces services devrait à la fois :
- (i) être innovatrice et compléter celle qui est offerte au grand public,
 - (ii) répondre aux intérêts et goûts de ceux que la programmation offerte au grand public laisse insatisfaits et comprendre des émissions consacrées aux arts et à la culture,
 - (iii) refléter le caractère multiculturel du Canada et rendre compte de sa diversité régionale,
 - (iv) comporter, autant que possible, des acquisitions plutôt que des productions propres,
 - (v) être offerte partout au Canada de la manière la plus rentable, compte tenu de la qualité;
- s*) les réseaux et les entreprises de programmation privés devraient, dans la mesure où leurs ressources financières et autres le leur permettent, contribuer de façon notable à la création et à la présentation d'une programmation canadienne tout en demeurant réceptifs à l'évolution de la demande du public;
- t*) les entreprises de distribution :
- (i) devraient donner priorité à la fourniture des services de programmation canadienne, et ce en particulier par les stations locales canadiennes,
 - (ii) devraient assurer efficacement, à l'aide des techniques les plus efficaces, la fourniture de la programmation à des tarifs abordables,

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

(iv) may, where the Commission considers it appropriate, originate programming, including local programming, on such terms as are conducive to the achievement of the objectives of the broadcasting policy set out in this subsection, and in particular provide access for underserved linguistic and cultural minority communities.

[22] The statement of Canadian broadcasting policy set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* must be read with subsection 3(2) which reads as follows:

3. ...

Further declaration

(2) It is further declared that the Canadian broadcasting system constitutes a single system and that the objectives of the broadcasting policy set out in subsection (1) can best be achieved by providing for the regulation and supervision of the Canadian broadcasting system by a single independent public authority.

[23] Subsection 5(1) of the *Broadcasting Act* also requires the Commission to have regard to the regulatory policy set out in subsection 5(2) of the *Broadcasting Act*, which reads as follows:

5. ...

Regulatory policy

(2) The Canadian broadcasting system should be regulated and supervised in a flexible manner that

(a) is readily adaptable to the different characteristics of English and French language broadcasting and to the different conditions under which broadcasting undertakings that provide English or French language programming operate;

(b) takes into account regional needs and concerns;

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d'un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,

(iv) peuvent, si le Conseil le juge opportun, créer une programmation — locale ou autre — de nature à favoriser la réalisation des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion, et en particulier à permettre aux minorités linguistiques et culturelles mal desservies d'avoir accès aux services de radiodiffusion.

[22] L'énoncé de la politique canadienne de radiodiffusion, au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, doit être interprété en parallèle avec le paragraphe 3(2), qui est ainsi rédigé :

3. [...]

(2) Il est déclaré en outre que le système canadien de radiodiffusion constitue un système unique et que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion consiste à confier la réglementation et la surveillance du système canadien de radiodiffusion à un seul organisme public autonome.

Déclaration

[23] Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* prévoit également que le Conseil doit tenir compte de la politique de réglementation énoncée au paragraphe 5(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que voici :

5. [...]

(2) La réglementation et la surveillance du système devraient être souples et à la fois :

Réglementation et surveillance

a) tenir compte des caractéristiques de la radiodiffusion dans les langues française et anglaise et des conditions différentes d'exploitation auxquelles sont soumises les entreprises de radiodiffusion qui diffusent la programmation dans l'une ou l'autre langue;

b) tenir compte des préoccupations et des besoins régionaux;

(c) is readily adaptable to scientific and technological change;

(d) facilitates the provision of broadcasting to Canadians;

(e) facilitates the provision of Canadian programs to Canadians;

(f) does not inhibit the development of information technologies and their application or the delivery of resultant services to Canadians; and

(g) is sensitive to the administrative burden that, as a consequence of such regulation and supervision, may be imposed on persons carrying on broadcasting undertakings.

c) pouvoir aisément s'adapter aux progrès scientifiques et techniques;

d) favoriser la radiodiffusion à l'intention des Canadiens;

e) favoriser la présentation d'émissions canadiennes aux Canadiens;

f) permettre la mise au point de techniques d'information et leur application ainsi que la fourniture aux Canadiens des services qui en découlent;

g) tenir compte du fardeau administratif qu'elles sont susceptibles d'imposer aux exploitants d'entreprises de radiodiffusion.

[24] In the event of a conflict between the broadcasting policy in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* and the regulatory policy in subsection 5(2), the broadcasting policy prevails. That is the result of subsection 5(3) which reads as follows:

5. ...

Conflict

(3) The Commission shall give primary consideration to the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1) if, in any particular matter before the Commission, a conflict arises between those objectives and the objectives of the regulatory policy set out in subsection (2).

[24] Advenant un conflit entre la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* et la politique de réglementation au paragraphe 5(2), la politique de radiodiffusion a préséance. Il en est ainsi en raison du paragraphe 5(3), lequel est rédigé comme suit :

5. [...]

(3) Le Conseil privilégie, dans les affaires dont il connaît, les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion en cas de conflit avec ceux prévus au paragraphe (2). Conflict

[25] Generally, the Commission exercises its statutory authority by enacting regulations pursuant to section 10 of the *Broadcasting Act*, and by imposing conditions on broadcasting licences it issues pursuant to section 9 [s. 9(4) (as am. by S.C. 1994, c. 26, s. 10(F))] of the *Broadcasting Act*. According to paragraph 9(1)(b) of the *Broadcasting Act*, a condition imposed on a licence must be one that is deemed by the Commission to be appropriate for the implementation of the broadcasting policy stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*.

[26] As stated above, the Commission determined in the 2010 Policy that a value for signal regime is necessary

[25] Généralement, le Conseil exerce son pouvoir en prenant des règlements en vertu de l'article 10 de la *Loi sur la radiodiffusion* et en imposant des conditions dans les licences de radiodiffusion qu'il attribue en vertu de l'article 9 [art. 9(4) (mod. par L.C. 1994, ch. 26, art. 10(F))] de la *Loi sur la radiodiffusion*. Selon l'alinéa 9(1) b) de la *Loi sur la radiodiffusion*, les conditions imposées dans une licence sont celles que le Conseil estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

[26] Comme je l'ai déjà dit, le Conseil a conclu dans la politique de 2010 que le régime de compensation

to fulfil the objectives of the broadcasting policy stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*. According to paragraph 152 of the 2010 Policy, that determination relies specifically on paragraphs 3(1)(e) and 3(1)(f) of the *Broadcasting Act*. Those paragraphs are reproduced here for ease of reference, with the specific portions quoted by the Commission italicized:

Declaration **3.** (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

...

(e) each element of the Canadian broadcasting system shall contribute in an appropriate manner to the creation and presentation of Canadian programming;

(f) each broadcasting undertaking shall make maximum use, and in no case less than predominant use, of Canadian creative and other resources in the creation and presentation of programming, unless the nature of the service provided by the undertaking, such as specialized content or format or the use of languages other than French and English, renders that use impracticable, in which case the undertaking shall make the greatest practicable use of those resources;

[27] The BDUs have not challenged the soundness of the Commission's policy analysis, its understanding of the relevant facts, its conclusion that a value for signal regime is justified on the basis of the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*, or the reasonableness of the proposed value for signal regime (assuming the Commission has the statutory authority to implement it).

[28] Based on the Commission's analysis in the 2010 Policy and the statutory provisions referred to above, I conclude that the implementation of the proposed value for signal regime is within the statutory authority of the Commission, subject only to the legal objections raised

pour la valeur des signaux était nécessaire pour réaliser les objectifs de la politique de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Selon le paragraphe 152 de la politique de 2010, cette conclusion repose expressément sur les alinéas 3(1)(e) et 3(1)(f) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Par souci de commodité, ces dispositions sont reproduites ci-dessous, les extraits cités par le Conseil étant en italique :

3. (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la Politique canadienne de radiodiffusion :

[...]

e) tous les éléments du système doivent contribuer, de la manière qui convient, à la création et la présentation d'une programmation canadienne;

f) toutes les entreprises de radiodiffusion sont tenues de faire appel au maximum, et dans tous les cas au moins de manière prédominante, aux ressources — créatrices et autres — canadiennes pour la création et la présentation de leur programmation à moins qu'une telle pratique ne s'avère difficilement réalisable en raison de la nature du service — notamment, son contenu ou format spécialisé ou l'utilisation qui y est faite de langues autres que le français ou l'anglais — qu'elles fournissent, auquel cas elles devront faire appel aux ressources en question dans toute la mesure du possible;

[27] Les EDR ne contestent pas le bien-fondé de l'analyse du Conseil, sa compréhension des faits pertinents, sa conclusion selon laquelle la mise en œuvre d'un régime de compensation pour la valeur des signaux se justifie par les objectifs stratégiques énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, ni même le caractère raisonnable du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux (en supposant que le Conseil a le pouvoir de le mettre en œuvre).

[28] Compte tenu de l'analyse du Conseil dans la politique de 2010 et des dispositions législatives susmentionnées, je conclus que la mise en œuvre du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux relève de la compétence du Conseil, sous réserve seulement

by the BDUs in this reference based on the *Copyright Act* and its legislative history. I turn now to those arguments.

The copyright objection

[29] Both the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* are components of Canadian cultural policy. They may be viewed as sharing some territory, in the sense that both deal to some extent with the interest of the originators of television signals in benefiting economically from their work, and the interest of the public in having television signals made available to them. Both statutes are intended to ensure these competing interests are properly balanced. The two statutes now operate together harmoniously, but I am prepared to assume without deciding that there may be a theoretical possibility of a conflict in their operation.

[30] The question raised in this reference is whether, as the BDUs argue, the proposed value for signal regime necessarily conflicts with the *Copyright Act* in such a way that this Court should conclude that even if the *Broadcasting Act* on its face authorizes the Commission to adopt the proposed value for signal regime, it should be interpreted in a way that precludes that possibility.

[31] Part of the BDUs' legal argument is not controversial. I agree with them that the principles of statutory interpretation require a harmonious, coherent and consistent interpretation of all statutes dealing with the legal rights and obligations relating to the retransmission of television signals.

[32] The question, however, is whether there is merit to the argument of the BDUs that the implementation of the proposed value for signal regime necessarily conflicts with the rights of the BDUs under the *Copyright Act*, in so far as it would give each private local television station the right to block a BDU from retransmitting that station's signals in the absence of a concluded contract for compensation flowing from the BDU to the station.

des objections juridiques soulevées par les EDR dans le présent renvoi qui sont fondées sur la *Loi sur le droit d'auteur* et sur son historique législatif. J'examinerai maintenant ces arguments.

L'objection relative au droit d'auteur

[29] La *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion* font partie de la politique culturelle canadienne. On peut considérer qu'elles se recoupent à certains égards, en ce sens qu'elles portent toutes deux, dans une certaine mesure, sur le droit des émetteurs de signaux de télévision de tirer un avantage économique de leur travail et sur l'intérêt du public d'avoir accès aux signaux de télévision. Les deux lois visent à établir un juste équilibre entre ces intérêts concurrents. Leur application conjointe est actuellement harmonieuse, mais je suis prête à présumer, sans me prononcer sur la question, qu'elle puisse, en théorie, être source de conflit.

[30] Il s'agit en l'espèce de déterminer si, comme les EDR le prétendent, le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux est nécessairement incompatible avec la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte que la Cour devrait conclure que, même si la *Loi sur la radiodiffusion*, à sa seule lecture, autorise le Conseil à l'adopter, la *Loi sur la radiodiffusion* devrait être interprétée de façon à l'en empêcher.

[31] Une partie de l'argument juridique des EDR n'est pas controversée. Je conviens avec eux que selon les principes d'interprétation législative, les lois portant sur les droits et les obligations relatifs à la retransmission des signaux de télévision doivent faire l'objet d'une interprétation harmonieuse, cohérente et uniforme.

[32] La question, toutefois, est celle de savoir s'il existe quelque fondement à l'argument des EDR selon lequel la mise en œuvre du projet de régime de compensation pour la valeur des signaux est nécessairement incompatible avec les droits que confère la *Loi sur le droit d'auteur* aux EDR, dans la mesure où le régime donnerait à chaque station privée de télévision locale le droit d'empêcher les EDR de retransmettre ses signaux en l'absence d'un contrat prévoyant le versement d'une compensation.

[33] The BDUs rely principally on subsection 21(1) [as enacted by S.C. 1997, c. 24, s. 14] and section 31 [formerly s. 28.01 which was enacted by S.C. 1988, c. 65, s. 63; renumbered as s. 31 by S.C. 1997, c. 24, ss. 16, 52(F); 2002, c. 26, s. 2] of the *Copyright Act*. It is common ground that subsection 21(1), and in particular paragraph 21(1)(c), gives a private local television station a copyright in the signals it broadcasts, and that this copyright includes the sole right to authorize a BDU to retransmit those signals to the public simultaneously with its broadcast. Subsection 21(1) reads as follows:

Copyright in communication signals

21. (1) Subject to subsection (2), a broadcaster has a copyright in the communication signals that it broadcasts, consisting of the sole right to do the following in relation to the communication signal or any substantial part thereof:

(a) to fix it,

(b) to reproduce any fixation of it that was made without the broadcaster's consent,

(c) to authorize another broadcaster to retransmit it to the public simultaneously with its broadcast, and

(d) in the case of a television communication signal, to perform it in a place open to the public on payment of an entrance fee,

and to authorize any act described in paragraph (a), (b) or (d).

[34] The section 21 rights of broadcasters are significantly affected by section 31 of the *Copyright Act*, which reads in relevant part as follows:

31. ...

Retransmission of local and distant signals

(2) It is not an infringement of copyright for a retransmitter to communicate to the public by telecommunication any literary, dramatic, musical or artistic work if

(a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;

[33] Les EDR invoquent principalement le paragraphe 21(1) [édicte par L.C. 1997, ch. 24, art. 14] et l'article 31 [anciennement l'art. 28.01, édicte par L.C. 1988, ch. 65, art. 63; devient l'art. 31 par L.C. 1997, ch. 24, art. 16, 52(F); 2002, ch. 26, art. 2] de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les parties s'entendent pour dire que le paragraphe 21(1), et en particulier l'alinéa 21(1)c), confère à la station privée de télévision locale un droit d'auteur à l'égard des signaux qu'elle émet et que ce droit d'auteur comporte le droit exclusif d'autoriser une EDR à retransmettre ces signaux au public simultanément à son émission. Le paragraphe 21(1) est rédigé comme suit :

21. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le radiodiffuseur a un droit d'auteur qui comporte le droit exclusif, à l'égard du signal de communication qu'il émet ou de toute partie importante de celui-ci :

Droit d'auteur sur le signal de communication

a) de le fixer;

b) d'en reproduire toute fixation faite sans son autorisation;

c) d'autoriser un autre radiodiffuseur à le retransmettre au public simultanément à son émission;

d) d'exécuter en public un signal de communication télévisuel en un lieu accessible au public moyennant droit d'entrée.

Il a aussi le droit d'autoriser les actes visés aux alinéas a), b) et d).

[34] Les droits conférés par l'article 21 aux radiodiffuseurs sont touchés de façon importante par l'article 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*, dont voici les extraits pertinents :

31. [...]

(2) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait, pour le retransmetteur, de communiquer une œuvre au public par télécommunication si, à la fois :

Retransmission d'un signal local ou éloigné

a) la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné, selon le cas;

(b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any, referred to in paragraph (3)(b).

Regulations

(3) The Governor in Council may make regulations

(a) defining “local signal” and “distant signal” for the purposes of subsection (2); and

(b) prescribing conditions for the purposes of paragraph (2)(e), and specifying whether any such condition applies to all retransmitters or only to a class of retransmitter.

[35] Regulations have been made under paragraph 31(3)(a) of the *Copyright Act* to define “local signal” and “distant signal” (see *Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*, SOR/89-254 [as am. by SOR/2004-33, s. 2]), but no conditions have been prescribed under paragraph 31(3)(b). Generally, the signals of a private local television station are “local signal[s]” [s. 3(a) (as am. *idem*)] and not “distant signal[s]” [s. 3(b) (as am. *idem*)] under the *Definition of Local Signal and Distant Signal Regulations*.

[36] The BDUs that would be affected by the proposed value for signal regime are “retransmitters” and thus entitled to the benefit of subsection 31(2) of the *Copyright Act*. The effect of subsection 31(2) is that a BDU does not infringe the section 21 copyright of a private local television station when it retransmits the station’s local signals, if the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act* and complies with any regulations made pursuant to paragraph 31(3)(b) of the *Copyright Act*, and

b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d’un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant, visées à l’alinéa (3)b).

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

a) définir « signal local » et « signal éloigné » pour l’application du paragraphe (2);

b) fixer des conditions pour l’application de l’alinéa (2)e) et, le cas échéant, prévoir si elles s’appliquent à l’ensemble des retransmetteurs ou à une catégorie de ceux-ci.

[35] Un règlement a été pris en vertu de l’alinéa 31(3) a) de la *Loi sur le droit d’auteur* afin de définir le « signal local » et le « signal éloigné » (voir le *Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*, DORS/89-254 [mod. par DORS/2004-33, art. 2]), mais aucune condition n’a été fixée en vertu de l’alinéa 31(3)b). De façon générale, les signaux émis par une station privée de télévision locale sont des « signa[ux] loca[ux] » [art. 3a) (mod., *idem*)] et non des « signa[ux] éloigné[s] » [art. 3b) (mod., *idem*)] au sens du *Règlement sur la définition de signal local et de signal éloigné*.

[36] Les EDR qui seraient touchées par le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux sont des « retransmetteurs », de sorte qu’elles peuvent se prévaloir du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le paragraphe 31(2) fait en sorte que l’EDR ne viole pas le droit d’auteur qui est reconnu par l’article 21 à la station privée de télévision locale lorsqu’elle retransmet les signaux locaux de la station, si la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* et respecte

the signal is retransmitted simultaneously and without alteration except as required or permitted by law.

[37] Because subsection 31(2) contemplates a royalty only for the retransmission of distant signals (which by definition would not include the signal of a private local television station), a private local television station has no right under the *Copyright Act* to demand a royalty from a BDU for retransmitting its signals. On that basis, the BDUs argue that subsection 31(2) gives them a statutory right, akin to the user right under the fair dealing provision of the *Copyright Act* (see *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, at paragraph 48), to retransmit the local signal of a private local television station without paying a royalty. I agree, provided the retransmission meets the conditions stated in subsection 31(2).

[38] However, the subsection 31(2) conditions are significant. In particular, paragraph 31(2)(b) requires any retransmission of a local signal to be lawful under the *Broadcasting Act*. That necessarily means that a BDU wishing to take advantage of the user right in subsection 31(2) of the *Copyright Act* must do so in compliance with the *Broadcasting Act*, any regulations made under the *Broadcasting Act*, and any conditions the Commission has attached to the retransmitter's broadcasting licence.

[39] Paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act* marks an intersection of the two statutory schemes—one implementing Canada's broadcasting policy and the other implementing Canada's copyright policy. In paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*, Parliament has permitted the Commission to limit the transmission rights under subsection 31(2) by imposing any regulatory or licensing condition consistent with the Commission's statutory mandate as stated in the *Broadcasting Act*.

les règlements pris en vertu de l'alinéa 31(3)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, et que les signaux sont retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification.

[37] Comme le paragraphe 31(2) ne prévoit le paiement d'une redevance que pour la retransmission des signaux éloignés (qui, par définition, ne comprennent pas les signaux des stations privées de télévision locale), une station privée de télévision locale n'a pas le droit, en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, d'exiger d'une EDR qu'elle lui verse une redevance pour la retransmission de ses signaux. C'est pourquoi les EDR soutiennent que le paragraphe 31(2) leur confère un droit, qui s'apparente au droit d'utilisation visé par la disposition sur l'utilisation équitable de la *Loi sur le droit d'auteur* (voir *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 48) leur permettant de retransmettre les signaux locaux d'une station privée de télévision locale sans payer de redevance. Je suis d'accord, pourvu que la retransmission respecte les conditions énoncées au paragraphe 31(2).

[38] Cependant, les conditions prévues au paragraphe 31(2) sont importantes. En particulier, l'alinéa 31(2)b) exige que toute retransmission d'un signal local soit licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il en découle nécessairement que la EDR qui souhaite se prévaloir du droit d'utilisation prévu au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* doit se conformer à la *Loi sur la radiodiffusion*, à tout règlement pris en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* et aux conditions dont le Conseil a assorti la licence de radiodiffusion du retransmetteur.

[39] L'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* marque l'intersection entre les deux régimes législatifs — l'un qui met en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion et l'autre, la politique canadienne sur le droit d'auteur. À l'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur permet au Conseil de limiter les droits de transmission prévus au paragraphe 31(2) en imposant toute condition réglementaire ou d'attribution de licence compatible avec le mandat conféré au Conseil par la *Loi sur la radiodiffusion*.

[40] Put another way, by making the BDUs' statutory retransmission rights in subsection 31(2) of the *Copyright Act* subject to paragraph 31(2)(b), Parliament has ranked the objectives of Canada's broadcasting policy ahead of those statutory retransmission rights. I see nothing in the *Copyright Act* that would justify a reversal of that ranking if the Commission determines that the objectives of Canada's broadcasting policy require the imposition of a regulation or licensing condition that would permit a private local television station to demand cash or other consideration from a BDU for the right to retransmit its signals.

[41] For substantially the same reasons, I conclude that it is open to the Commission to adopt a regulation or a licensing condition that would oblige a BDU to pay money to a private local television station for the right to retransmit its signals, provided the Commission determines that the imposition of such an obligation is required to meet the objectives of Canada's broadcasting policy as stated in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act*.

[42] In my view, it is irrelevant that such an obligation might be characterized as an obligation to pay a royalty. Even now, the Commission requires BDUs to compensate private local television stations in respect of the retransmission of their signals, and it is not suggested that those requirements are not properly imposed. Some of the required compensation is not monetary (mandatory carriage, preferential channel placement, and simultaneous distribution), but it nevertheless represents something of value passing from a BDU to a television station. Some of the required compensation is monetary (the contribution of 1.5 percent of gross revenues to the local programming improvement fund and potentially (starting in August of 2011), contractual consideration for any retransmission of a local television signal outside of that station's local market). It seems to me that the proposed value for signal regime is different only in degree, not in kind, substance or function.

[40] Autrement dit, en assujettissant les droits de retransmission accordés aux EDR par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* à l'alinéa 31(2)b), le législateur donne préséance aux objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion. Je ne vois rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* qui justifierait de renverser cette priorité si le Conseil détermine que les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion l'obligent à prendre un règlement ou à imposer une condition d'attribution de licence qui permettrait à une station privée de télévision locale d'exiger d'une EDR une contrepartie en espèce ou autre en échange du droit de retransmettre ses signaux.

[41] Essentiellement pour les mêmes raisons, je conclus qu'il est loisible au Conseil de prendre un règlement ou d'imposer une condition d'attribution de licence qui obligerait une EDR à verser une contrepartie en espèce à une station privée de télévision locale en échange du droit de retransmettre ses signaux, pourvu que le Conseil détermine que l'imposition d'une telle obligation est nécessaire pour réaliser les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion énoncée au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*.

[42] À mon avis, il importe peu qu'une telle obligation puisse être qualifiée d'obligation de payer une redevance. Même aujourd'hui, le Conseil exige des EDR qu'elles compensent les stations privées de télévision locale pour la retransmission de leurs signaux, et personne ne prétend que cette obligation est injustifiée. Une partie de la compensation exigée n'est pas monétaire (la distribution obligatoire, l'alignement des canaux prioritaires et la substitution simultanée), mais représente quand même une certaine valeur pour la station de télévision qui la reçoit de l'EDR. La compensation exigée est en partie monétaire (la contribution de 1,5 p. 100 des revenus bruts au fonds pour l'amélioration de la programmation locale et, potentiellement (à partir d'août 2011), une contrepartie contractuelle pour la retransmission d'un signal de télévision locale à l'extérieur du marché local de la station). Il me semble que la différence du projet de régime de compensation pour la valeur du signal en est une de degré, et non de nature, de substance ou de fonction.

[43] The BDUs present a further argument based on the lengthy and complex history of various proposals made and rejected to amend the *Copyright Act* to grant television stations a statutory right to a royalty or similar retransmission fee. The argument is that this history should be understood to have resulted in a deliberate legislative policy adopted by Parliament that would be defeated by the proposed value for signal regime. I do not accept this argument.

[44] It may well be that Parliament has determined for any number of reasons relating to Canada's copyright policy that the *Copyright Act* should not be amended to provide private local television stations with a right to a royalty for the retransmission of local signals. However, it does not follow that the same determination necessarily indicates any intention on the part of Parliament to preclude the Commission from adopting the proposed value for signal regime in the interests of Canada's broadcasting policy. Indeed, the possibility that the Commission might adopt a value for signal regime has been under consideration for some time, but the record discloses no hint that Parliament or the Government of Canada would consider such a regime to be an improper or undesirable intrusion into copyright policy.

[45] Nor am I persuaded that there is merit to the suggestion of the BDUs that the proposed value for signal regime would undermine Canada's stated position in relation to recent proceedings of the 2001 World Intellectual Property Organization (WIPO) Standing Committee on Copyright and Related Rights. Certainly Canada has taken no such position before the Commission or in this reference. Indeed, Canada has chosen not to participate in this reference at all.

[46] Finally, I note that the BDUs rely on past statements of the Commission (in 1993, 1999, 2001 and 2003) to the effect that the matter of compensation for local retransmission rights should be a matter of copyright policy, not broadcasting policy. I place no weight on those statements, particularly since the Commission has

[43] Les EDR font valoir un autre argument fondé sur l'historique long et complexe des diverses propositions qui ont été présentées, et rejetées, en vue de modifier la *Loi sur le droit d'auteur*, et d'accorder aux stations de télévision un droit de percevoir une redevance ou des frais de retransmission semblables. Selon elles, il faut comprendre qu'au bout du compte le législateur a adopté une politique législative délibérée, qui serait mise en échec par le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux. Je ne peux accepter cet argument.

[44] Il se peut bien que le législateur ait décidé, pour diverses raisons liées à la politique canadienne sur le droit d'auteur, que la *Loi sur le droit d'auteur* ne devait pas être modifiée afin de conférer aux stations privées de télévision locale un droit de percevoir une redevance pour la retransmission de signaux locaux. Cependant, il ne s'ensuit pas que cette même décision implique nécessairement que le législateur voulait empêcher le Conseil d'adopter le régime de compensation pour la valeur des signaux pour protéger la politique canadienne de radiodiffusion. En fait, l'adoption par le Conseil d'un régime de compensation pour la valeur des signaux est à l'étude depuis un certain temps, mais rien n'indique que le législateur ou le gouvernement du Canada considère qu'il s'agirait là d'une intrusion inappropriée ou non souhaitable dans la politique sur le droit d'auteur.

[45] Je ne suis pas convaincue non plus du bien-fondé de l'observation des EDR selon laquelle le projet de régime de compensation pour la valeur des signaux nuirait à la position adoptée par le Canada à l'égard des récents travaux (2001) du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Certes, le Canada n'a fait valoir cette position devant le Conseil ou dans le présent renvoi. En fait, le Canada a choisi de ne pas participer au présent renvoi.

[46] Enfin, je souligne que les EDR s'appuient sur des déclarations antérieures du Conseil (1993, 1999, 2001 et 2003) selon lesquelles la question de la compensation des droits de retransmission locale devrait relever de la politique sur le droit d'auteur, et non de la politique sur la radiodiffusion. Je n'accorde aucun poids à ces

brought this reference to have the scope of its statutory authority determined as a matter of law.

[47] I conclude that nothing in the *Copyright Act* or its legislative history precludes the Commission from adopting the proposed value for signal regime.

Conclusion

[48] I would answer the reference question as follows:

The *Broadcasting Act* empowers the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local television stations.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[49] NADON J.A. (DISSIDENT): I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Sharlow J.A., but I must respectfully disagree with her disposition of this matter. In my opinion, the value for signal regime (the VFS regime) proposed in Broadcasting Order CRTC 2010-168 (the order) is *ultra vires* the powers of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the CRTC). I so conclude because the VFS regime conflicts with Parliament's clear statement in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* that royalties must be paid only for the retransmission of distant signals and not for the retransmission of local signals.

déclarations, en particulier parce que le Conseil a introduit le présent renvoi afin que l'étendue de ses pouvoirs soit déterminée sur le plan juridique.

[47] Je conclus que rien dans la *Loi sur le droit d'auteur* ou dans son historique législatif n'empêche le Conseil d'adopter le régime de compensation pour la valeur des signaux.

Conclusion

[48] Je répondrais comme suit à la question faisant l'objet du renvoi :

La *Loi sur la radiodiffusion* confie au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes le pouvoir d'établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[49] LE JUGE NADON, J.C.A. (DISSIDENT) : J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue, la juge Sharlow, mais je ne puis malheureusement pas souscrire à sa décision. À mon avis, le régime de compensation pour la valeur des signaux (le régime CVS) proposé dans l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (l'ordonnance) excède la compétence du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). Je conclus ainsi parce que le régime CVS est incompatible avec l'énoncé clair du législateur à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* selon lequel des redevances ne doivent être payées que pour la retransmission des signaux éloignés, et non pour la retransmission des signaux locaux.

[50] I need not repeat the facts or submissions of the parties which Sharlow J.A. has thoroughly reviewed in her reasons.

[51] It is first necessary to note, as Sharlow J.A. does at paragraph 35 of her reasons, that the signals at issue in this reference are “local signal[s]” as defined in paragraph 2(1)(a) of the *Regulations Amending the Local and Distant Signal Regulations*, SOR/2004-33 (the Regulations). Local broadcasters, such as CTVglobemedia Inc. and Canwest Television Limited Partnership, want broadcasting distribution undertakings (BDUs), such as Bell Canada and Rogers Communications Inc., to pay them a fee for the right to collect and retransmit their local broadcast signals to BDUs subscribers.

[52] The BDUs’ main claim is that subsection 31(2) of the Act prevents the CRTC from enacting the VFS regime. Under subsection 31(2), a retransmitter does not infringe copyright if it meets five conditions. The BDUs need this protection because the local signals they retransmit contain copyrighted material. It is likely that the local broadcasters have copyright in or a license to use the works they broadcast, due to agreements they have with the original creators of the works. Such agreements are typical in the industry (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 (*Bell ExpressVu*), at paragraph 51).

[53] The conditions set out at subsection 31(2) of the *Copyright Act* are as follows:

- 31. ...**
- (2) ...
- Retransmission of local and distant signals
- (a) the communication is a retransmission of a local or distant signal;
- (b) the retransmission is lawful under the *Broadcasting Act*;

[50] Il ne m’est pas nécessaire de répéter les faits et les observations des parties que la juge Sharlow a rigoureusement examinés dans ses motifs.

[51] Il convient d’abord de signaler, comme la juge Sharlow le fait au paragraphe 35 de ses motifs, que les signaux en cause dans le présent renvoi sont des « signaux locaux » au sens de l’alinéa 2(1)a) du *Règlement modifiant le Règlement sur la définition de signal local et signal éloigné*, DORS/2004-33 (le Règlement). Les radiodiffuseurs locaux, comme CTVglobemedia Inc. et Canwest Television Limited Partnership, veulent que les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR), comme Bell Canada et Rogers Communications Inc., leur versent une redevance en échange du droit de capter et de retransmettre leurs signaux de radiodiffusion locaux aux abonnés des EDR.

[52] La principale prétention des EDR est que le paragraphe 31(2) de la Loi empêche le CRTC d’adopter le régime CVS. Selon le paragraphe 31(2), le retransmetteur ne viole pas le droit d’auteur s’il satisfait à cinq conditions. Les EDR ont besoin de cette protection parce que les signaux locaux qu’ils retransmettent contiennent des œuvres protégées par le droit d’auteur. Il est probable que les radiodiffuseurs locaux soient titulaires des droits d’auteur sur les œuvres qu’ils diffusent, ou des licences d’utilisation de ces œuvres, en vertu de contrats avec les créateurs de ces œuvres. De tels contrats sont monnaie courante dans ce secteur d’activité (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 (*Bell ExpressVu*), au paragraphe 51).

[53] Les conditions énoncées au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* sont les suivantes :

- 31. [...]**
- (2) [...]
- Retransmission d’un signal local ou éloigné
- a) la communication consiste en la retransmission d’un signal local ou éloigné, selon le cas;
- b) la retransmission est licite en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*;

(c) the signal is retransmitted simultaneously and without alteration, except as otherwise required or permitted by or under the laws of Canada;

(d) in the case of the retransmission of a distant signal, the retransmitter has paid any royalties, and complied with any terms and conditions, fixed under this Act; and

(e) the retransmitter complies with the applicable conditions, if any [imposed by the Governor in Council]

c) le signal est retransmis, sauf obligation ou permission légale ou réglementaire, simultanément et sans modification;

d) dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné, le retransmetteur a acquitté les redevances et respecté les modalités fixées sous le régime de la présente loi;

e) le retransmetteur respecte les conditions applicables, le cas échéant [fixer par le gouverneur en conseil] [...]

[54] The BDUs do not, in their memorandum of fact and law, directly address the meaning of the word “lawful” found in paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*. However, the local broadcasters provide a cogent analysis of the BDUs’ regulatory situation at paragraph 69 of their joint memorandum. Therein, the local broadcasters describe how BDUs operate subject to two different statutory schemes that apply to two different aspects of the same activity.

[55] First, there is the copyright regime wherein compulsory licenses are granted under subsection 31(2) of the *Copyright Act*, allowing the BDUs to use the copyrighted works carried in the local broadcasters’ signals without the permission of the copyright holders.

[56] Second, there is the broadcasting licensing and regulation regime wherein the CRTC determines the conditions the BDUs must satisfy before they have lawful access to the local broadcasters’ signals which contain the copyrighted works.

[57] In short, to have lawful access to retransmit the local broadcasters’ programming, the BDUs must have both a license to access the airwaves that carry that programming and a license to access the copyrighted works contained in that programming.

[54] Dans leur mémoire des faits et du droit, les EDR ne s’intéressent pas directement au sens du mot « licite » figurant à l’alinéa 31(2)(b) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Cependant, les radiodiffuseurs locaux présentent, au paragraphe 69 de leur mémoire conjoint, une analyse convaincante de la réglementation applicable aux EDR. Les radiodiffuseurs y expliquent comment les EDR exercent leurs activités en étant assujetties à deux régimes législatifs différents qui s’appliquent à deux aspects différents de la même activité.

[55] D’une part, il y a le régime du droit d’auteur en vertu duquel des licences obligatoires sont accordées conformément au paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur*, de manière à permettre aux EDR d’utiliser les œuvres protégées par le droit d’auteur transmises par les signaux des radiodiffuseurs locaux sans la permission des titulaires des droits d’auteur.

[56] D’autre part, il y a le régime de réglementation et d’attribution de licences de radiodiffusion en vertu duquel le CRTC établit les conditions auxquelles les EDR doivent satisfaire pour être légitimement autorisées à transmettre les signaux des radiodiffuseurs locaux qui contiennent les œuvres protégées par le droit d’auteur.

[57] Bref, pour être légitimement autorisées à retransmettre la programmation des radiodiffuseurs locaux, les EDR doivent détenir une licence leur permettant d’accéder aux ondes sur lesquelles cette programmation est transmise ainsi qu’une licence leur permettant d’accéder aux œuvres protégées par le droit d’auteur contenues dans cette programmation.

[58] What does it mean to have “lawful” access to local signals under the *Broadcasting Act*? The term “lawful” is not defined in either the *Copyright Act* or the *Broadcasting Act*. The Supreme Court of Canada’s decision in *Bell ExpressVu* helps to define this term. There, the Court considered the term “lawful right” in the context of section 2 [of the definition of the term “lawful distribution” (as enacted by S.C. 1991, c. 11, s. 81)] of the *Radiocommunication Act* which reads as follows:

Definitions 2. ...

“lawful distributor”
« distributeur
légitime »

“lawful distributor”, in relation to an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed, means a person who has the lawful right in Canada to transmit it and authorize its decoding; [Emphasis added.]

[59] The Court was asked to determine whether a company which sold decoding systems that read encrypted satellite signals was a “lawful distributor”. To make this determination, the Court had to interpret the words “lawful right”. At paragraph 42, the Court affirmed the interpretation of Létourneau J.A. of this Court [in *ExpressVu Inc. v. Nii Norsat International Inc.*, 1997 CanLII 5676, 81 C.P.R. (3d) 345, at paragraph 4], who wrote as follows:

The concept of “lawful right” refers to the person who possesses the regulatory rights through proper licensing under the Act, the authorization of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission as well as the contractual and copyrights necessarily pertaining to the content involved in the transmission of the encrypted subscription programming signal or encrypted network feed.

[60] That is, to have a “lawful right” in a particular piece of broadcast property, a person must have four things: proper licensing under the relevant Act, proper authorization by the relevant agency, a contractual right of some kind to use the property and sufficient copyright to use the property.

[61] In my view, the language and the context in the two cases are sufficiently analogous to allow an application of

[58] Que signifie être « légitimement » autorisé à avoir accès aux signaux locaux en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur*? Le terme « légitimement » n’est défini ni dans la *Loi sur le droit d’auteur* ni dans la *Loi sur la radiodiffusion*. L’arrêt *Bell ExpressVu* de la Cour suprême du Canada aide à définir ce terme. Dans cet arrêt, la Cour suprême analyse le terme « légitimement autorisé » dans le contexte de l’article 2 [de la définition du terme « distributeur légitime » (édicte par L.C. 1991, ch. 11, art. 81)] de la *Loi sur la radiocommunication*, que voici :

2. [...]

« distributeur légitime » La personne légitimement autorisée, au Canada, à transmettre un signal d’abonnement ou une alimentation réseau, en situation d’encodage, et à en permettre le décodage. [Non souligné dans l’original.]

Définitions

« distributeur
légitime »
“lawful
distributor”

[59] La Cour suprême était appelée à déterminer si une entreprise qui vendait des décodeurs de signaux encodés transmis par satellite était un « distributeur légitime ». À cette fin, elle devait interpréter les mots « légitimement autorisée ». Au paragraphe 42 de sa décision, la Cour suprême a confirmé l’interprétation du juge Létourneau de notre Cour [dans l’arrêt *ExpressVu c. Nii Norsat International Inc.*, 1997 CanLII 5676, au paragraphe 4], lequel a écrit ce qui suit :

La personne « légitimement autorisée » est celle qui possède les droits réglementaires en vertu de la licence qui lui est régulièrement délivrée conformément à la Loi, l’autorisation du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes ainsi que les droits contractuels et les droits d’auteur se rapportant nécessairement au contenu qu’implique la transmission d’un signal d’abonnement ou d’une alimentation réseau.

[60] Autrement dit, la personne « légitimement autorisée » relativement à un aspect particulier de la radiodiffusion, possède quatre choses : une licence en bonne et due forme délivrée en vertu de la loi pertinente, une autorisation dûment délivrée par l’organisme concerné, un quelconque droit contractuel d’utilisation du bien et les droits d’auteur nécessaires à l’utilisation du bien.

[61] À mon avis, les termes visés par les deux affaires et le contexte de celles-ci présentent suffisamment

the Supreme Court's interpretation of the word "lawful" in *Bell ExpressVu* to paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*.

[62] Applying *Bell ExpressVu*'s interpretation of the word "lawful" to paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act* suggests that the BDUs must comply with CRTC regulations or conditions imposed under the *Broadcasting Act* to be able to assert a subsection 31(2) exception to copyright infringement.

[63] At this point, I believe it helpful to note several features of the *Copyright Act*. Parliament expressly says in paragraph 31(2)(a) that an exception to copyright infringement can apply to a "local or distant signal". Paragraph 31(3)(a) gives Cabinet the power of "defining 'local signal' and 'distant signal' for the purposes of subsection (2)". The two types of signals are, as noted above, given different definitions in the Regulations.

[64] Moreover, in paragraph 31(2)(d), Parliament has specified that "in the case of the retransmission of a distant signal", the retransmitter must pay the royalties fixed under the *Copyright Act* and must comply with any terms and conditions fixed under the *Copyright Act*. The Act does not impose any such obligations on persons retransmitting local signals.

[65] From these features I infer two things. First, Parliament intended that local signals and distant signals be treated differently. Second, one aspect of this different treatment is that royalties can be imposed on persons retransmitting distant signals but cannot be imposed on persons retransmitting local signals.

[66] In my view, this is a correct interpretation of the Act for four reasons. First, the Supreme Court said in *Bell ExpressVu*, at paragraph 52, that subsection 31(2) comprises two different regimes. There, the Court said that

d'analogies pour que l'on puisse appliquer à l'alinéa 31(2) b) de la *Loi sur le droit d'auteur* l'interprétation que donne la Cour suprême du terme « légitimement autorisée » dans *Bell ExpressVu*.

[62] L'application à l'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur* de l'interprétation du terme « légitimement » tirée de l'arrêt *Bell ExpressVu* laisse croire que les EDR doivent se conformer aux règlements du CRTC ou aux conditions imposées en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* pour pouvoir soulever une exception fondée sur le paragraphe 31(2) à la violation du droit d'auteur.

[63] À ce stade, j'estime utile de mentionner certaines caractéristiques de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le législateur énonce expressément à l'alinéa 31(2)a) qu'une exception à la violation du droit d'auteur peut s'appliquer à un « signal local ou éloigné ». L'alinéa 31(3)a) confère au Cabinet le pouvoir de « définir "signal local" et "signal éloigné" pour l'application du paragraphe (2) ». Comme je l'ai mentionné, chaque signal fait l'objet d'une définition différente dans le Règlement.

[64] De plus, à l'alinéa 31(2)d), le législateur précise que « dans le cas de la retransmission d'un signal éloigné », le retransmetteur doit acquitter les redevances et respecter les modalités fixées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Loi n'impose pas de telles obligations aux personnes qui retransmettent des signaux locaux.

[65] Je tire deux conclusions de ce qui précède. Premièrement, le législateur entendait que les signaux locaux et les signaux éloignés soient traités différemment. Deuxièmement, l'un des aspects de cette différence de traitement est que des redevances peuvent être imposées aux personnes qui retransmettent des signaux éloignés, mais non aux personnes qui retransmettent des signaux locaux.

[66] J'estime qu'il s'agit là d'une interprétation correcte de la Loi et ce, pour quatre raisons. Premièrement, au paragraphe 52 de l'arrêt *Bell ExpressVu*, la Cour suprême a dit que le paragraphe 31(2) comprenait deux régimes

section 21 of the *Copyright Act* gives local broadcasters copyright in their signals “subject to the exceptions in s. 31(2)” (emphasis added). The French version of the judgment also uses the plural: “*des exceptions*” [underlining added].

[67] All elements in subsection 31(2) of the *Copyright Act* must be met before an exception to copyright infringement is available because a conjunctive “and” is used to link the paragraphs. Thus, the only way the Supreme Court could have concluded that there was more than one exception in subsection 31(2) was if it thought local and distant signals were to be treated differently.

[68] Second, failing to interpret paragraph (d) as applying to distant signals only would render the disjunctive “or” used in paragraph (a) redundant. Paragraphs (a), (b), (c), and (e) do not distinguish between local and distant signals. The only difference between the two types of signals in subsection 31(2) is expressed in paragraph (d). Thus, it must be that Parliament distinguished between the types of signals in paragraph (a) because the signals receive different treatment in paragraph (d).

[69] Third, the statutory interpretation maxim *expressio unius est exclusio alterius* suggests that since Parliament expressly said that royalties had to be paid for distant signals, it also meant that royalties did not have to be paid for local signals.

[70] Fourth, the *Copyright Act* uses the term “royalty” (or “royalties”) liberally—more than 60 times. If Parliament had intended that royalties be paid for the retransmission of local signals, it could easily have said so. It did not.

[71] I conclude, then, that Parliament intended paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act* to mean that royalties be paid only for distant signals and not for local signals.

différents. Selon elle, l’article 21 de la *Loi sur le droit d’auteur* confère aux radiodiffuseurs locaux un droit d’auteur à l’égard de leurs signaux « sous réserve des exceptions prévues au par. 31(2) » (non souligné dans l’original).

[67] Tous les éléments du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d’auteur* doivent être réunis avant que l’on puisse se prévaloir d’une exception à la violation du droit d’auteur, à cause de la locution conjonctive « à la fois » employée pour relier les alinéas. Par conséquent, la seule raison pour laquelle la Cour suprême a pu conclure que le paragraphe 31(2) prévoyait plus d’une exception était qu’elle pensait que les signaux locaux et les signaux éloignés devaient être traités différemment.

[68] Deuxièmement, une interprétation de l’alinéa d) qui exclurait les signaux éloignés ne ferait que rendre redondante la locution conjonctive « ou » à l’alinéa a). Les alinéas a), b), c) et e) n’établissent pas de distinction entre les signaux locaux et les signaux éloignés. La seule différence entre les deux types de signaux au paragraphe 31(2) est exprimée à l’alinéa d). C’est donc dire que le législateur a établi une distinction entre les types de signaux à l’alinéa a), puisqu’ils sont traités différemment à l’alinéa d).

[69] Troisièmement, la règle d’interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* laisse croire que, puisque le législateur a dit expressément que des redevances devaient être versées pour la retransmission de signaux éloignés, il voulait également dire qu’aucune redevance ne devait être versée pour les signaux locaux.

[70] Quatrièmement, la *Loi sur le droit d’auteur* utilise le terme « redevance » (ou « redevances ») abondamment — plus de 60 fois. Si le législateur avait voulu que des redevances soient versées pour la retransmission des signaux locaux, il aurait pu facilement l’indiquer. Il ne l’a pas fait.

[71] Je conclus donc que l’intention du législateur était que les redevances dont il est question à l’alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* ne visent que les signaux éloignés, et non les signaux locaux.

[72] Given this conclusion, it follows, in my view, that the CRTC's order is *ultra vires*. Parliament delegated power to the CRTC when it passed the *Broadcasting Act*. However, this delegation of power is not absolute: "The delegate is, of course, always subordinate in that the delegation can be circumscribed and withdrawn" (*R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, at page 104; see also *Sam Lévy & Associés Inc. v. Azco Mining Inc.*, 2001 SCC 92, [2001] 3 S.C.R. 978, at paragraph 17).

[73] Parliament's intention, as expressly stated in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act*, that royalties be paid for the retransmission of distant signals and implicitly that no royalties be paid for the retransmission of local signals is a clear limit on the CRTC's power to impose conditions under the *Broadcasting Act*. Thus, since the order conflicts with Parliament's intention, it is *ultra vires* the CRTC.

[74] I will now address two of my colleague's statements. First, she finds that in paragraph 31(2)(b) of the *Copyright Act*, Parliament gave the CRTC the power to limit transmission rights under subsection 31(2) by stating that such transmissions must be "lawful under the *Broadcasting Act*". If the BDUs fail to comply with any conditions imposed by the CRTC, including the VFS regime, then they cease to have lawful access to the airwaves. The section also suggests, in her view, that Parliament has ranked the objectives of Canada's broadcasting policy ahead of the retransmission rights created under the *Copyright Act*.

[75] I respectfully disagree. Paragraphs (b) and (d) of subsection 31(2) are linked by the conjunctive "and". This language and structure suggests, in my view, they are co-equal conditions that must both be met before an exception to copyright infringement is recognized. It does not suggest, however, that paragraph (b) can be read to rank ahead of and to overwhelm paragraph (d). Both provisions apply with equal force.

[72] Compte tenu de cette conclusion, j'estime que l'ordonnance du CRTC est *ultra vires*. Le législateur a délégué des pouvoirs au CRTC lorsqu'il a adopté la *Loi sur la radiodiffusion*. Or, cette délégation de pouvoirs n'est pas absolue : « Le déléguataire est naturellement toujours subordonné parce que la délégation peut être limitée et retirée » (*R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, à la page 104; voir aussi *Sam Lévy & Associés Inc. c. Azco Mining Inc.*, 2001 CSC 92, [2001] 3 R.C.S. 978, au paragraphe 17).

[73] L'intention du législateur, énoncée expressément à l'alinéa 31(2)d) de la *Loi sur le droit d'auteur*, voulant que des redevances soient versées pour la retransmission des signaux éloignés et, implicitement qu'aucune redevance ne soit versée pour la retransmission des signaux locaux, vient clairement limiter le pouvoir du CRTC d'imposer des conditions en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Ainsi, puisque l'ordonnance contrevient à l'intention du législateur, elle excède la compétence du CRTC.

[74] Je commenterai maintenant deux déclarations de ma collègue. Premièrement, elle conclut qu'à l'alinéa 31(2)b) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le législateur a conféré au CRTC le pouvoir de limiter les droits de transmission visés au paragraphe 31(2) en précisant que ces transmissions doivent être « licite[s] en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion* ». Si les EDR ne respectent pas les conditions imposées par le CRTC, y compris le régime CVS, elles cessent alors d'avoir légitimement accès aux ondes. Selon ma collègue, il ressort également de la disposition que le législateur a fait passer les objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion avant les droits de retransmission créés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[75] Avec déférence, je ne suis pas d'accord. Les alinéas b) et d) du paragraphe 31(2) sont reliés par la locution conjonctive « à la fois ». À mon avis, le libellé et la structure de cette disposition indiquent qu'il s'agit de conditions égales auxquelles il faut toutes deux satisfaire avant qu'une exception à la violation du droit d'auteur soit reconnue. Rien n'indique cependant que l'on puisse interpréter l'alinéa b) comme s'il avait préséance sur l'alinéa d). Les deux dispositions s'appliquent avec une force égale.

[76] To put it another way, the CRTC could not assert its power to regulate the lawfulness of a retransmission under the *Broadcasting Act* to grant an exception to copyright infringement for non-simultaneous retransmissions, contrary to paragraph (c). Similarly, the CRTC could not assert its power over broadcasting to say that no royalty need be paid for the retransmission of distant signals, contrary to paragraph (d). In my view, this approach is sound because it would be contrary to the principle of parliamentary supremacy if a regulatory body with delegated power could use its power to override Parliament's clear legislative statement.

[77] The effect of Sharlow J.A.'s interpretation of paragraph 31(2)(b) is that paragraph 31(2)(d) comes to mean that royalties may only be charged for the retransmission of distant signals and may not be charged for the retransmission of local signals, unless the CRTC decides otherwise. Such an interpretation is, in my respectful view, erroneous.

[78] Further, the VFS regime is similar to the distant signal royalty payment regime in several ways. In both regimes, a royalty is paid—that is, value is exchanged for the use of property: see *Mobil Oil Canada, Ltd. v. Canada*, 2001 FCA 333, [2002] 1 C.T.C. 55, at paragraphs 17–18. Under the VFS regime, this value is determined by negotiations between each individual local broadcaster and each individual BDU: order, at paragraph 7. Under the distant signal regime, the royalties are determined either by tariffs filed by the collective society representing broadcasters or by negotiations between the collective society and individual retransmitters: *Copyright Act*, paragraph 70.1(c) [as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 10, s. 16; 1997, c. 24, s. 46], sections 70.13 [as enacted *idem*], 70.191 [as enacted *idem*].

[79] In both regimes, the payee and the payor are the same. Under the VFS regime, the local broadcasters are paid for their signals by the BDUs, or receive other forms of value from the BDUs: order, at paragraph 7.

[76] Autrement dit, le CRTC ne pouvait pas exercer le pouvoir de régler le caractère licite d'une retransmission que lui confère la *Loi sur la radiodiffusion* afin d'accorder une exception à la violation du droit d'auteur pour des retransmissions non simultanées, contrairement à l'alinéa c). De même, le CRTC ne pouvait pas exercer son pouvoir sur la radiodiffusion pour déclarer qu'aucune redevance ne devait être versée pour la retransmission de signaux éloignés, contrairement à l'alinéa d). J'estime que cette interprétation est bien fondée parce qu'il serait contraire au principe de la souveraineté du Parlement qu'un organisme de réglementation puisse exercer un pouvoir qui lui a été délégué pour déroger à un énoncé législatif clair du législateur.

[77] L'interprétation que donne la juge Sharlow de l'alinéa 31(2)b) fait en sorte que l'alinéa 31(2)d) permettrait uniquement l'imposition de redevances pour la retransmission de signaux éloignés et non pour la retransmission de signaux locaux, à moins que le CRTC n'en décide autrement. Avec déférence, cette interprétation est erronée.

[78] De plus, le régime CVS ressemble, à plusieurs égards, au régime de paiement de redevances pour les signaux éloignés. Les deux régimes prévoient le versement d'une redevance — c'est-à-dire qu'il y a une contrepartie pour l'usage d'un bien : voir *Mobil Oil Canada, Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 333, aux paragraphes 17 et 18. Sous le régime CVS, cette contrepartie est négociée sur une base individuelle entre chaque radiodiffuseur local et chaque EDR : ordonnance, au paragraphe 7. S'agissant du régime des signaux éloignés, les redevances sont déterminées soit au moyen d'un tarif déposé par la société de gestion qui représente les radiodiffuseurs, soit au moyen d'une entente négociée, sur une base individuelle, entre la société de gestion et les retransmetteurs : la *Loi sur le droit d'auteur*, alinéa 70.1c) [édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 10, art. 16; 1997, ch. 24, art. 46] et articles 70.13 [édicte, *idem*] et 70.191 [édicte, *idem*].

[79] Dans les deux régimes, le bénéficiaire et le payeur sont les mêmes. Sous le régime CVS, les radiodiffuseurs locaux sont payés pour leurs signaux par les EDR, ou ils reçoivent de celles-ci d'autres contreparties de valeur :

Under the distant signal regime, a “broadcaster” is paid the tariff fixed pursuant to paragraph 31(2)(d), or the other compensation separately agreed to, because the broadcaster has the sole right to authorize another person to reproduce his signal: *Copyright Act*, subsection 21(1), paragraph 31(2)(d). The payor is the retransmitter.

[80] In both regimes, the obligation to pay attaches to the same activity. Under the VFS regime, the BDU is obliged to pay because it retransmits the local broadcasters’ signal: order, at paragraph 7. Under the distant signal regime, the retransmitter is obliged to pay because it retransmits the broadcaster’s signal: *Copyright Act*, subsections 21(1), 31(2).

[81] In both regimes, the protected property is the same. Under the VFS regime, the local broadcasters’ signals are what is being paid for: order, at paragraph 7. Under the distant signal regime, the broadcaster’s signal is what the retransmitter is paying for: *Copyright Act*, subsections 21(1), 31(2).

[82] There are also some differences between the two regimes. Under the VFS regime, the royalty is established as a result of direct negotiation between each local broadcaster and each BDU: order, at paragraph 7. Thus, the type of compensation can, theoretically, be different in each individual agreement. Under the distant signal regime, the collective society may either file a tariff that is applicable to all users or it may enter into agreements with individual users: *Copyright Act*, sections 70.12 [as enacted *idem*], 70.191 [as enacted *idem*]. As a result, the type of compensation may be the same, if a tariff is applicable, or it may differ, if individual agreements are reached. This difference is primarily a difference in form and thus is unimportant, considering the numerous substantive similarities between the two regimes.

[83] A second (potential) difference is the distinction Sharlow J.A. draws between Canada’s broadcasting

ordonnance, au paragraphe 7. Sous le régime des signaux éloignés, le « radiodiffuseur » reçoit la redevance fixée en vertu de l’alinéa 31(2)d), ou l’autre contrepartie en vertu d’une entente distincte, parce que le radiodiffuseur a le droit exclusif d’autoriser une autre personne à reproduire son signal : la *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphe 21(1) et alinéa 31(2)d). Le payeur est le retransmetteur.

[80] Dans les deux régimes, l’obligation de payer porte sur la même activité. Sous le régime CVS, l’EDR est tenue de payer parce qu’elle retransmet le signal des radiodiffuseurs locaux : ordonnance, au paragraphe 7. Sous le régime des signaux éloignés, le retransmetteur est tenu de payer parce qu’il retransmet le signal du radiodiffuseur : la *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphes 21(1) et 31(2).

[81] Dans les deux régimes, le bien protégé est le même. Sous le régime CVS, ce sont les signaux des radiodiffuseurs locaux qui font l’objet du paiement : ordonnance, au paragraphe 7. Sous le régime des signaux éloignés, le retransmetteur paie pour avoir accès au signal du radiodiffuseur : la *Loi sur le droit d’auteur*, paragraphes 21(1) et 31(2).

[82] Il existe par ailleurs des différences entre les deux régimes. Sous le régime CVS, la redevance est établie à l’issue d’une négociation directe entre chaque radiodiffuseur local et chaque EDR : ordonnance, au paragraphe 7. Par conséquent, le type de contrepartie peut, théoriquement, varier d’une entente à l’autre. Sous le régime des signaux éloignés, la société de gestion peut ou bien déposer un tarif qui s’applique à tous les utilisateurs, ou bien conclure une entente avec chaque utilisateur : la *Loi sur le droit d’auteur*, articles 70.12 [édicte, *idem*] et 70.191 [édicte, *idem*]. Il s’ensuit que la contrepartie peut être la même, si le tarif s’applique, ou différer, si des ententes individuelles sont conclues. Cette différence est principalement une différence de forme et est donc sans importance, si l’on considère le grand nombre de ressemblances substantielles entre les deux régimes.

[83] Une deuxième différence (potentielle) est la distinction que la juge Sharlow établit entre la politique

policy and its copyright policy. In her view, paragraph 31(2)(b) is an articulation of broadcasting policy while paragraph 31(2)(d) is an articulation of copyright policy: reasons, at paragraphs 38–40, 43–44. Thus, in her view, even if the VFS regime essentially establishes royalties for local signals, these royalties constitute an expression of broadcasting policy and so cannot be said to conflict with Parliament’s expression of copyright policy.

[84] With the greatest of respect, I cannot agree. The analysis above shows, in my view, that the VFS regime is far more similar to, than different from, the distant signal regime in the *Copyright Act*. Both regimes involve a royalty passing between the same parties for the same activity relating to the same protected property. They are functionally equivalent, despite slight differences in form.

[85] This functional equivalence results in the VFS regime being *ultra vires* the CRTC’s powers. In *Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, the Supreme Court said at paragraph 5 that “[c]opyright in this country is a creature of statute and the rights and remedies it provides are exhaustive”: see also *Copyright Act*, section 89 [as enacted *idem*, s. 50]. Contrary to the exhaustiveness of statutory copyright law, the CRTC, through the order, is attempting to create a royalty that is essentially the same as the royalty Parliament has, in effect, forbidden in paragraph 31(2)(d) of the *Copyright Act*. Given this conflict between the *Copyright Act* and the CRTC’s order, the CRTC’s enactment must give way.

[86] I would also like to address my colleague’s remarks found at paragraph 42 of her reasons where she says that “it is irrelevant that [the VFS regime] might be characterized as an obligation to pay a royalty.” In support of that proposition, Sharlow J.A. says that the BDUs have not contested the CRTC’s power to impose the current bundle of regulatory burdens on them, which includes both non-monetary and monetary compensation. In her

canadienne de radiodiffusion et la politique canadienne sur le droit d’auteur. Selon elle, l’alinéa 31(2)(b) est une expression de la politique de radiodiffusion alors que l’alinéa 31(2)(d) est une expression de la politique sur le droit d’auteur : motifs, aux paragraphes 38 à 40, 43 et 44. Elle estime donc que même si le régime CVS établit essentiellement des redevances pour les signaux locaux, ces redevances constituent une expression de la politique de radiodiffusion et ne sauraient contrevenir à la politique sur le droit d’auteur exprimée par le législateur.

[84] Avec le plus grand des respects, je ne suis pas d’accord. L’analyse ci-dessus montre, à mon avis, que le régime CVS ressemble beaucoup plus au régime des signaux éloignés établi par la *Loi sur le droit d’auteur* qu’il n’en diffère. Les deux régimes prévoient le versement d’une redevance entre les mêmes parties pour la même activité qui a trait au même bien protégé. Ils sont fonctionnellement équivalents, malgré leurs légères différences de forme.

[85] Il résulte de cette équivalence fonctionnelle que le régime CVS excède la compétence du CRTC. Dans l’arrêt *Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, la Cour suprême a dit, au paragraphe 5, que « [d]ans notre pays, le droit d’auteur tire son origine de la loi, et les droits et recours que celle-ci prévoit sont exhaustifs » : voir aussi la *Loi sur le droit d’auteur*, article 89 [édicte, *idem*, art. 50]. Malgré l’exhaustivité du régime législatif sur le droit d’auteur, le CRTC, par son ordonnance, tente de créer une redevance qui, essentiellement, est celle que le législateur a de fait interdite à l’alinéa 31(2)(d) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Étant donné cette incompatibilité entre la *Loi sur le droit d’auteur* et l’ordonnance du CRTC, cette dernière doit céder le pas.

[86] J’aimerais également commenter les remarques formulées par ma collègue au paragraphe 42 de ses motifs, où elle dit « il importe peu [que le régime CVS] puisse être [qualifié] d’obligation de payer une redevance ». À l’appui de cette proposition, la juge Sharlow dit que les EDR n’ont pas contesté le pouvoir du CRTC de leur imposer la série d’obligations réglementaires qui leur incombent, notamment le versement d’une contrepartie

view, since these regulations are presumably valid, and since the burdens imposed by the VFS regime differ from these regulations only in kind, not substance, the VFS regime must be valid.

[87] I cannot agree. The validity of the current CRTC regulations is not before us. This reference was submitted by the CRTC directly to this Court and asks solely whether the VFS regime is a valid enactment by the CRTC. Thus, the current regulations are beyond the scope of the reference. In other words, whether the current regulations are valid is an irrelevant consideration in answering the question posed by the CRTC.

[88] I would therefore answer the question posed by the CRTC as follows:

The *Broadcasting Act* does not empower the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission to establish a regime to enable private local television stations to choose to negotiate with broadcasting distribution undertakings a fair value in exchange for the distribution of the programming services broadcast by those local stations.

non monétaire ainsi que monétaire. À son avis, comme ces règlements sont probablement valides et que les obligations imposées par le régime CVS diffèrent de ces obligations réglementaires seulement quant à la forme et non au fond, le régime CVS doit être valide.

[87] Je ne suis pas d'accord. Nous ne sommes pas saisis de la question de la validité des règlements actuels du CRTC. Le présent renvoi a été soumis à la Cour directement par le CRTC et ne vise qu'à déterminer si l'adoption du régime CVS par le CRTC est valide. Par conséquent, les règlements actuels excèdent le cadre du renvoi. Autrement dit, la question de savoir si les règlements actuels sont valides n'est pas pertinente pour répondre à la question posée par le CRTC.

[88] Je répondrais par conséquent à la question posée par le CRTC de la manière suivante :

La *Loi sur la radiodiffusion* ne confie pas au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes le pouvoir d'établir un régime permettant aux stations privées de télévision locale de choisir de négocier avec les entreprises de distribution de radiodiffusion une juste valeur en échange de la distribution des services de programmation diffusée par ces stations de télévision locales.

2011 FC 120
T-1615-092011 CF 120
T-1615-09**Air Canada Pilots Association** (*Applicant*)**Association des pilotes d'Air Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

Robert Neil Kelly, George Vilven, Canadian Human Rights Commission and Air Canada (*Respondents*)**Robert Neil Kelly, George Vilven, Commission canadienne des droits de la personne et Air Canada** (*défendeurs*)

and

et

T-1606-09

T-1606-09

Air Canada (*Applicant*)**Air Canada** (*demanderesse*)

v.

c.

Robert Neil Kelly, George Vilven, Canadian Human Rights Commission and Air Canada Pilots Association (*Respondents*)**Robert Neil Kelly, George Vilven, Commission canadienne des droits de la personne et Association des pilotes d'Air Canada** (*défendeurs*)*INDEXED AS: AIR CANADA PILOTS ASSOCIATION v. KELLY**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR CANADA C. KELLY*

Federal Court, Mactavish J.—Ottawa, November 22, 23, 24, 2010 and February 3, 2011.

Cour fédérale, juge Mactavish—Ottawa, 22, 23, 24 novembre 2010 et 3 février 2011.

* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-107-11, 2012 FCA 209). The reasons for judgment, handed down July 17, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

* Note de l'arrêstiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-107-11, 2012 CAF 209). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 17 juillet 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Human Rights — Labour relations — Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision finding Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not reasonable limit under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1, applicants not demonstrating age bona fide occupational requirement for pilots — Respondents pilots, forcibly retiring pursuant to mandatory retirement provision in collective agreement — Tribunal finding, inter alia, s. 15(1)(c) objectives not pressing, substantial; McKinney v. University of Guelph not applicable; International Civil Aviation Organization (ICAO) standards for international flight not barring respondents from flying as first officers prior to 2006 — Whether Tribunal erring in finding s. 15(1)(c) not reasonable limit, mandatory retirement provisions

Droits de la personne — Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne concluant que l'art. 15(1)c de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne constitue pas une limite raisonnable en vertu de l'art. premier de la Charte canadienne des droits et libertés, et que les demanderesse n'avaient pas établi que l'âge est une exigence professionnelle justifiée pour les pilotes — Les pilotes défendeurs ont été contraints de prendre leur retraite aux termes d'une disposition de leur convention collective prévoyant la retraite obligatoire — Le Tribunal a conclu, entre autres, que les objectifs de l'art. 15(1)c ne sont pas urgents, réels; l'arrêt McKinney c. Université de Guelph n'est pas applicable; les normes de l'Organisation de l'aviation civile

not constituting bona fide occupational requirement — Tribunal correctly concluding s. 15(1)(c) not saved under Charter, s. 1 — Appropriately applying Oakes test, refusing to follow McKinney — Erring in finding s. 15(1)(c) neither pressing nor substantial by conflating elements of proportionality analysis with assessment of Parliament's objectives — Mandatory retirement objective of preserving employment regimes pressing, substantial — S. 15(1)(c) rationally connected to objective — No evidence to conclude mandatory retirement arrangements necessary for achieving s. 15(1)(c) objectives — Possible to attain objectives without impairing Charter rights of older workers — Tribunal assessment of proportionality issue correct — Deleterious effects of mandatory retirement outweighing benefits — Tribunal finding of liability on part of Air Canada for termination of respondents' employment reasonable — Nothing preventing over-60 pilots from flying under former ICAO standards — Air Canada not considering all forms of accommodation — Tribunal's bona fide occupational requirement analysis under new ICAO standards not reasonable — Overlooking Air Canada evidence on impact of accommodation under new standards — In this respect decision lacking transparency, accountability — Remitted to Tribunal for redetermination — Application in T-1615-09 dismissed, application in T-1606-09 allowed in part.

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Respondents pilots, forcibly retiring pursuant to mandatory retirement provision in collective agreement — Canadian Human Rights Tribunal finding Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not reasonable limit under Charter, s. 1, its objectives not pressing, substantial — Appropriately applying Oakes test, refusing to follow McKinney v. University of Guelph — Erring in finding s. 15(1)(c) neither pressing nor substantial by conflating elements of proportionality analysis with assessment of Parliament's objectives — Mandatory retirement objective of preserving employment regimes pressing, substantial — S. 15(1)(c) rationally connected to objective — No evidence to conclude mandatory retirement arrangements necessary for achieving s. 15(1)(c) objectives — Possible to attain objectives without impairing Charter rights of older workers — Tribunal

internationale (OACI) pour les vols internationaux n'empêchaient pas les défendeurs d'effectuer de vols à titre de premiers officiers avant 2006 — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'art. 15(1)(c) n'est pas une limite raisonnable, que les dispositions sur la retraite obligatoire ne sont pas à une exigence professionnelle justifiée — Le Tribunal a eu raison de conclure que l'art. 15(1)(c) n'a pas été sauvegardé par l'art. premier de la Charte — Le Tribunal a convenablement appliqué le critère de l'arrêt Oakes, mais a refusé de suivre l'arrêt McKinney — Le Tribunal a commis une erreur en concluant que les objectifs de l'art. 15(1)(c) n'étaient ni urgents, ni réels, en confondant les éléments de l'analyse de la proportionnalité avec l'évaluation des objectifs poursuivis par le législateur — L'objectif de la retraite obligatoire qui vise à préserver les régimes d'emploi est un objectif urgent, réel — L'art. 15(1)(c) a un lien logique avec l'objectif — Aucune preuve n'a été établie permettant de conclure que des modalités de retraite obligatoire sont nécessaires pour réaliser les objectifs de l'art. 15(1)(c) — Il est possible de réaliser ces objectifs sans porter atteinte aux droits des travailleurs âgés garantis par la Charte — L'approche du Tribunal sur la question de proportionnalité était juste — Les effets préjudiciables de la retraite obligatoire l'emportent sur ses avantages — La conclusion du Tribunal sur la responsabilité d'Air Canada à l'égard de la cessation de l'emploi des défendeurs était raisonnable — Rien n'empêchait les pilotes âgés de plus de 60 ans d'effectuer des vols en vertu des anciennes normes de l'OACI — Air Canada n'a pas examiné toutes les formes d'accommodement — L'analyse du Tribunal sur la question de l'exigence professionnelle justifiée en vertu des nouvelles normes de l'OACI n'était pas raisonnable — La preuve d'Air Canada sur l'incidence de l'accommodement en vertu des nouvelles normes a été laissée de côté — La décision à cet égard est dénuée de transparence et de responsabilité — La question a été renvoyée au Tribunal pour réexamen — Demande dans le dossier T-1615-09 rejetée; demande dans le dossier T-1606-09 accueillie en partie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Disposition limitative — Les pilotes défendeurs contraints de prendre leur retraite en vertu de la disposition sur la retraite obligatoire de leur convention collective — Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'art. 15(1)(c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne n'est pas une limite raisonnable aux termes de l'art. premier de la Charte, et que ses objectifs ne sont pas urgents, réels — Le Tribunal a convenablement appliqué le critère de l'arrêt Oakes, mais a refusé de suivre l'arrêt McKinney c. Université de Guelph — Le Tribunal a commis une erreur en concluant que les objectifs poursuivis par l'art. 15(1)(c) n'étaient ni urgents ni réels en confondant les éléments de l'analyse de la proportionnalité avec l'évaluation des objectifs poursuivis par le législateur — L'objectif de la retraite obligatoire visant à préserver des régimes d'emplois

assessment of proportionality issue correct — Deleterious effects of mandatory retirement outweighing benefits.

Construction of Statutes — Canadian Human Rights Tribunal finding Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 15(1)(c) not reasonable limit justifiable under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Whether Tribunal erring in interpreting CHRA, s. 15(2) — Tribunal relying on McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal to consider matters other than health, safety, cost in s. 15(2) — Tribunal interpretation of CHRA, s. 15(2) unreasonable — McGill not made under CHRA, not involving statutory provision such as s. 15(2) — Tribunal failing to address interpretative principles (i.e. expressio unius est exclusio alterius; approach to be taken in interpreting human rights statutes) suggesting factors identified in CHRA, s. 15(2) should be read as exhaustive list — Parliament intending list in 15(2) to be exhaustive.

Judges and Courts — Stare decisis — Canadian Human Rights Tribunal finding Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 15(1)(c) not reasonable limit under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Appropriate for Canadian Human Rights Tribunal to apply Oakes test, refuse to follow McKinney v. University of Guelph, companion cases — McKinney not dictating result herein because (1) significant differences between CHRA, s. 15(1)(c), provisions of provincial human rights legislation at issue in McKinney; (2) Supreme Court not intending McKinney be final word on mandatory retirement; (3) new facts available calling into question factual underpinning of McKinney; (4) developments in public policy, non-Charter human rights case law calling into question basis for Supreme Court's decision in McKinney, related cases, reflecting fact societal attitudes towards age discrimination having evolved since McKinney decided.

est un objectif urgent, réel — L'art. 15(1)c) a un lien rationnel avec l'objectif — Aucune preuve ne permet de conclure que des modalités de retraite obligatoire sont nécessaires pour réaliser les objectifs de l'art. 15(1)c) — Il est possible de réaliser ces objectifs sans porter atteinte aux droits des travailleurs garantis par la Charte — L'approche du Tribunal sur la question de proportionnalité était juste — Les effets préjudiciables de la retraite obligatoire l'emportent sur ses avantages.

Interprétation des lois — Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) n'est pas une limite raisonnable et justifiable en vertu de l'art. premier de la Charte canadienne des droits et libertés — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en interprétant l'art. 15(2) de la LCDP — Le Tribunal s'est appuyé sur l'arrêt Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal pour examiner des questions autres que les coûts, la santé et la sécurité à l'art. 15(2) — L'interprétation par le Tribunal de l'art. 15(2) de la LCDP était déraisonnable — La décision dans McGill n'a pas été rendue dans le cadre de la LCDP, et elle ne mettait pas en cause une disposition législative telle que l'art. 15(2) — Le Tribunal n'a pas traité de principes d'interprétation (à savoir, expressio unius est exclusio alterius; l'approche qu'il convient de suivre dans l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne), ce qui donne à penser que les facteurs mentionnés à l'art. 15(2) de la LCDP doivent être considérés comme une liste exhaustive — Le législateur a voulu que la liste à l'art. 15(2) soit exhaustive.

Juges et Tribunaux — Stare decisis — Le Tribunal canadien des droits de la personne a conclu que l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) n'est pas une limite raisonnable en vertu de l'art. premier de la Charte canadienne des droits et libertés — Il était approprié pour le Tribunal canadien des droits de la personne d'appliquer le critère de l'arrêt Oakes et de refuser de suivre l'arrêt McKinney c. Université de Guelph et des arrêts connexes — L'arrêt McKinney ne dicte pas le résultat de la présente affaire en raison 1) des différences entre l'art. 15(1)c) de la LCDP et les dispositions de la loi provinciale en matière de droits de la personne en litige dans McKinney; 2) du fait que la Cour suprême n'envisageait pas que l'arrêt McKinney tranche de manière définitive la question de la retraite obligatoire; 3) de la présence de faits nouveaux qui mettent en doute le fondement factuel de l'arrêt McKinney; 4) de l'évolution des politiques d'intérêt public et de la jurisprudence en matière de droits de la personne dans un contexte non lié à la Charte, qui remet en question le fondement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt McKinney et des arrêts connexes, et reflètent le fait que les attitudes sociales à l'égard de la discrimination fondée sur l'âge ont évolué depuis que l'arrêt McKinney a été rendu.

These were two consolidated applications for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Tribunal finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA), which allows an employer to terminate the employment of an individual if that person reaches the “normal retirement age” for those working in similar positions, is not a reasonable limit justifiable in a free and democratic society as contemplated by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), and that the applicant Air Canada failed to demonstrate that age was a *bona fide* occupational requirement for its pilots.

The respondents First Officer George Vilven and Captain Robert Kelly, former pilots for Air Canada, were forced to retire in 2003 and 2005 respectively as a result of a provision in the collective agreement between Air Canada and its pilots mandating retirement at age 60. In assessing whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA was saved under section 1 of the Charter, the Tribunal found that Parliament’s objectives in enacting paragraph 15(1)(c) were neither pressing nor substantial and that the link between mandatory retirement and its benefits is not as strong as it was once believed. It also noted that *McKinney v. University of Guelph*, wherein the Supreme Court found that provisions limiting the protection of legislation to those under 65 were reasonable limitations within the meaning of section 1 of the Charter, is no longer applicable because the social and economic context has changed. The Tribunal also found that paragraph 15(1)(c) did not minimally impair older workers’ equality rights, and that depriving individuals over the normal age of retirement of the protection of the CHRA produces deleterious effects that outweigh the benefits generated by paragraph 15(1)(c). In considering whether the applicants had demonstrated that mandatory retirement at 60 constituted a *bona fide* occupational requirement for Air Canada pilots, the Tribunal examined health, safety and cost issues pursuant to subsection 15(2) of the CHRA, as well as other matters. Prior to their amendment in 2006, the International Civil Aviation Organization (ICAO) standards governing international flights and the age limits under which pilots are permitted to fly internationally stipulated that pilots-in-command over the age of 60 could not fly internationally, but there was no mandatory upper age limit for first officers. The amended ICAO standards provide that pilots-in-command under the age of 65 can fly internationally if one of the pilots in a multi-pilot crew is under 60 (over/under rule). The Tribunal found that there was no bar to the respondents from flying as first officers prior to the 2006 amendment. Consequently, the Tribunal found that the applicants had not established a *bona fide* occupational requirement defence for their discriminatory conduct. The Tribunal also found deficiencies in Air Canada’s evidence of the scheduling difficulties that would result if the company were required to accommodate pilots under the amended ICAO

Il s’agissait de deux demandes réunies de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP), qui permet à un employeur de mettre fin à l’emploi d’une personne si cette dernière a atteint l’« âge de la retraite en vigueur » pour ce genre d’emploi, ne constitue pas une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, comme l’envisage l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la demanderesse Air Canada n’avait pas établi que l’âge était une exigence professionnelle justifiée pour ses pilotes.

Les défendeurs, le premier officier George Vilven et le capitaine Robert Kelly, anciens pilotes d’Air Canada, furent obligés de prendre leur retraite en 2003 et en 2005, respectivement, à cause d’une disposition de la convention collective entre Air Canada et ses pilotes qui prescrivait la retraite obligatoire à 60 ans. En examinant si l’alinéa 15(1)c) de la LCDP était sauvegardé par l’article premier de la Charte, le Tribunal a conclu que les objectifs pour lesquels le législateur avait adopté l’alinéa 15(1)c) n’étaient ni urgents ni réels et que le lien existant entre la retraite obligatoire et les avantages qui lui étaient traditionnellement associés n’était pas aussi solide qu’on l’avait naguère cru. Il a également souligné que l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, dans lequel la Cour suprême du Canada avait conclu que les dispositions qui limitaient la protection de la loi aux personnes âgées de moins de 65 ans constituaient des limites raisonnables au sens de l’article premier de la Charte, n’était plus applicable parce que le contexte social et économique avait suffisamment changé. Le Tribunal a également conclu que l’alinéa 15(1)c) ne portait pas atteinte le moins possible aux droits à l’égalité des travailleurs âgés et que le fait de priver de la protection de la LCDP des travailleurs au-delà de l’âge de la retraite en vigueur avait d’importants effets préjudiciables qui l’emportaient sur les avantages générés par l’alinéa 15(1)c). En examinant si les demanderesse avaient établi que la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans constituait, pour les pilotes d’Air Canada, une exigence professionnelle justifiée, le Tribunal a pris en considération les questions de coûts, de santé et de sécurité conformément au paragraphe 15(2) de la LCDP, ainsi que d’autres questions. Avant les modifications qui leur ont été apportées en 2006, les normes de l’Organisation de l’aviation civile internationale (OACI) sur les vols internationaux et les limites d’âge auxquelles étaient soumis les pilotes pour effectuer des vols internationaux prévoyaient que les pilotes-commandants de bord âgés de plus de 60 ans ne pouvaient pas effectuer de vols internationaux, mais il n’existait pas de limite d’âge obligatoire pour les premiers officiers. Les normes modifiées de l’OACI prévoient que les pilotes-commandants de bord âgés de moins de 65 ans peuvent effectuer des vols internationaux, dans la mesure où l’un des pilotes, dans les équipages qui en comptent

standards, and concluded that Air Canada would not suffer undue hardship.

At issue was whether the Tribunal erred in finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is not a reasonable limit justifiable in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter; in interpreting subsection 15(2) of the CHRA; and in determining that Air Canada had not established that the mandatory retirement provisions constituted a *bona fide* occupational requirement.

Held, the application in T-1615-09 should be dismissed; the application in T-1606-09 should be allowed in part.

The Tribunal was correct in concluding that the applicants did not demonstrate that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is saved under section 1 of the Charter. It was appropriate for the Tribunal to apply the *Oakes* test and to refuse to follow *McKinney v. University of Guelph* and its companion cases. *McKinney* should not dictate the result of this case because (1) there are significant differences between paragraph 15(1)(c) and the provisions of the provincial human rights legislation that were at issue in *McKinney*, such as their legislative histories and objectives; (2) the Supreme Court did not intend *McKinney* to be the final word on mandatory retirement, leaving the issue open for revisitation when evidence regarding the consequences of the abolishment of mandatory retirement is available; (3) new facts are available which call into question the factual underpinning of *McKinney*; and (4) there have been developments in public policy and non-Charter human rights case law that call into question the basis for the Supreme Court's decision in *McKinney* and related cases, reflecting the fact that societal attitudes towards age discrimination have evolved since *McKinney* was decided. In finding that the objectives of paragraph 15(1)(c) were neither pressing nor substantial, the Tribunal erred by conflating elements of the proportionality analysis with its assessment of Parliament's objectives in enacting paragraph 15(1)(c). One of the objectives of paragraph 15(1)(c) is to allow for the negotiation of mandatory retirement arrangements between employers and employees. This objective

plus d'un, est âgé de moins de 60 ans (la « règle des 60 ans »). Le Tribunal a conclu que rien n'interdisait aux défendeurs d'effectuer des vols à titre de premiers officiers antérieurement à la modification de 2006. Le Tribunal a donc conclu que les demanderessees n'avaient pas établi l'existence d'une défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée pour leur conduite discriminatoire. Le Tribunal a également jugé qu'il y avait des lacunes dans la preuve apportée par Air Canada au sujet des difficultés que poserait la production d'horaires de vol si l'entreprise était tenue d'accommoder les pilotes aux termes des normes modifiées de l'OACI, et a conclu qu'Air Canada n'aurait pas subi de contrainte excessive.

Il s'agissait de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en concluant que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'est pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte; en interprétant le paragraphe 15(2) de la LCDP, et en déterminant qu'Air Canada n'avait pas établi que les dispositions en matière de retraite obligatoire constituaient une exigence professionnelle justifiée.

Arrêt : la demande dans le dossier T-1615-09 doit être rejetée; la demande dans le dossier T-1606-09 doit être accueillie en partie.

Le Tribunal a conclu avec raison que les demanderessees n'avaient pas démontré que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est sauvegardé par l'article premier de la Charte. Il était approprié pour le Tribunal d'appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* et de refuser de suivre l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph* et les arrêts connexes. L'arrêt *McKinney* ne devrait pas dicter le résultat de la présente affaire pour les raisons suivantes : 1) il y a des différences marquées entre l'alinéa 15(1)c) et les dispositions de la loi provinciale sur les droits de la personne qui étaient en litige dans l'arrêt *McKinney*, tels leur historique législatif et leurs objectifs; 2) la Cour suprême n'envisageait pas que l'arrêt *McKinney* tranche de manière définitive la question de la retraite obligatoire à tout jamais, laissant manifestement la question ouverte en vue d'un réexamen ultérieur, lorsque l'on disposerait de preuves sur les conséquences de l'abolition de la retraite obligatoire; 3) il existe des faits nouveaux qui mettent en doute le fondement factuel de l'arrêt *McKinney*, et 4) il y a eu des changements dans les politiques d'intérêt public et dans la jurisprudence en matière de droits de la personne dans un contexte non lié à la Charte qui remettent en question le fondement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney* et les arrêts connexes, et qui reflètent le fait que les attitudes sociales à l'égard de la discrimination fondée sur l'âge ont évolué depuis que l'arrêt *McKinney* a été rendu. Le Tribunal a commis une erreur dans sa conclusion que les objectifs de l'alinéa 15(1)c) n'étaient ni urgents, ni réels, en confondant les

is pressing and substantial because it allows for the preservation of socially desirable employment regimes that include matters such as pensions and job security. To the extent that paragraph 15(1)(c) eliminates a legal barrier to mandatory retirement, it is also rationally connected to its objective. However, the evidence did not demonstrate that the government continues to have reasonable basis for concluding that allowing parties to negotiate mandatory retirement arrangements is necessary for the achievement of the objectives of paragraph 15(1)(c). The Tribunal correctly found that the applicants did not establish that older workers' Charter rights are minimally impaired by paragraph 15(1)(c). Parliament's objectives can be attained without impairing the Charter rights of workers over the normal age of retirement to the extent permitted by paragraph 15(1)(c). The Tribunal was also correct in its assessment of the proportionality issue. It has not been established that beneficial employment regimes require that parties be free to negotiate employment terms that include mandatory retirement in order for such regimes to continue. In the absence of evidence that any of the benefits associated with traditional labour market structures have been lost in provinces that have abolished mandatory retirement, it cannot be said that the benefits of mandatory retirement outweigh its deleterious effects.

The Tribunal's interpretation of subsection 15(2) of the CHRA was unreasonable. While the Tribunal was within its expertise in interpreting its enabling statute and dealing with the scope of the duty to accommodate, the decision it relied upon to determine that it could look at matters other than health, safety and cost was not made under the CHRA and did not involve a statutory provision such as subsection 15(2). Moreover, the Tribunal failed to address two different interpretative principles, both of which suggest that the factors identified in subsection 15(2) should be read as an exhaustive list. These are the principle of *expressio unius est exclusio alterius*; and the approach that is to be taken in interpreting human rights statutes. The failure of Parliament to mention a thing in a list will give rise to the inference that it was deliberately excluded. In this case, a substantial body of Supreme Court case law had developed well before the addition of subsection 15(2) to the CHRA in 1998, with respect to the nature and scope of the duty to accommodate and the factors to be considered in assessing whether that duty had been fulfilled. Parliament would thus have been well aware that factors such as impact on employee morale and interference with the rights of other employees had been identified as relevant considerations

éléments de l'analyse de la proportionnalité avec l'évaluation des objectifs poursuivis par le législateur en adoptant l'alinéa 15(1)c). L'un des objectifs de l'alinéa 15(1)c) est de permettre de négocier des ententes en matière de retraite obligatoire entre les employeurs et les employés. Un tel objectif est urgent et réel puisqu'il permet la préservation de régimes d'emploi socialement souhaitables, qui traitent de questions telles les pensions et la sécurité d'emploi. Dans la mesure où l'alinéa 15(1)c) élimine un obstacle juridique à la retraite obligatoire, il est logiquement lié à son objectif. Toutefois, la preuve soumise ne démontrait pas que l'État continue d'avoir un motif raisonnable de conclure qu'il est nécessaire de permettre aux parties de négocier des modalités de retraite obligatoire pour réaliser les objectifs de l'alinéa 15(1)c). Le Tribunal a eu raison de conclure que les demanderessees n'avaient pas établi que l'alinéa 15(1)c) porte atteinte le moins possible aux droits des travailleurs âgés, qui sont garantis par la Charte. Il est possible de réaliser les objectifs du législateur sans porter atteinte aux droits que garantit la Charte aux travailleurs au-delà de l'âge de la retraite en vigueur, dans la mesure où l'autorise l'alinéa 15(1)c). En outre, le Tribunal a évalué de façon correcte la question de la proportionnalité. Il n'a pas été établi que ces régimes d'emploi avantageux exigent qu'il soit loisible aux parties de négocier des clauses relatives à l'emploi qui incluent la retraite obligatoire afin que ces régimes puissent se poursuivre. En l'absence de preuve que l'un des avantages associés aux structures traditionnelles du marché du travail a disparu dans les provinces qui ont aboli la retraite obligatoire, on ne peut pas dire que les avantages de la retraite obligatoire l'emportent sur ses effets préjudiciables.

L'interprétation par le Tribunal du paragraphe 15(2) de la LCDP était déraisonnable. Bien qu'il relevait de l'expertise du Tribunal d'interpréter sa loi habilitante et d'examiner la portée de l'obligation d'accommodement, la décision sur laquelle il s'est fondé pour déterminer qu'il pouvait examiner des questions autres que les coûts, la santé et la sécurité n'avait pas été rendue en vertu de la LCDP et ne mettait pas en cause une disposition législative telle le paragraphe 15(2). En outre, le Tribunal n'a pas traité de deux principes d'interprétation différents, lesquels donnent tous deux à penser que les facteurs mentionnés au paragraphe 15(2) doivent être considérés comme une liste exhaustive. Il s'agit, d'une part, de la maxime latine « *expressio unius est exclusio alterius* » et, d'autre part, de l'approche qu'il convient de suivre lors de l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne. Le fait que le législateur ne mentionne pas un point dans une liste amène à inférer qu'il a été délibérément exclu. En l'espèce, il y a eu une abondante jurisprudence de la Cour suprême bien avant l'ajout du paragraphe 15(2) de la LCDP en 1998, relativement à la nature et à la portée de l'obligation d'accommodement ainsi qu'aux facteurs à prendre en considération au moment d'évaluer si

in an accommodation analysis. In enacting subsection 15(2), Parliament did not say that the Tribunal was to consider matters “such as”, or “including”, health, safety and cost. This gives rise to a strong inference that Parliament intended the list set out in subsection 15(2) to be exhaustive. This conclusion is reinforced when the issue is examined in light of the principles to be applied when interpreting human rights legislation. While the quasi-constitutional rights conferred by human rights legislation are to be broadly interpreted, defences to the exercise of those rights are to be interpreted narrowly.

In determining whether Air Canada established that the mandatory retirement provisions constituted a *bona fide* occupational requirement, it was appropriate for the Tribunal to assess the issue of accommodation as of the date of termination of employment, and the issue of hardship on a going-forward basis, taking into account the changes to the ICAO standards. The Tribunal’s finding of liability on the part of Air Canada for the termination of Mr. Vilven’s employment was reasonable. There was nothing in the ICAO standards in effect when Mr. Vilven was forced to retire that prevented first officers aged 60 and over from flying internationally. Mr. Vilven and other first officers of that age continued to satisfy the requirements of their jobs under the old ICAO standards. The Tribunal’s finding of liability for the termination of Mr. Kelly’s employment was also reasonable. There was no licensing or operational restriction preventing Mr. Kelly from using his seniority to bid for a pilot position as a first officer once he turned 60. It was incumbent upon Air Canada to show that it considered and reasonably rejected all viable forms of accommodation. Air Canada did not establish that allowing Mr. Kelly to have continued his pilot career, albeit in a different capacity, would have caused undue hardship to the company in the period leading up to the amendment of the ICAO standards. Consequently, the Tribunal’s finding of liability for the termination of Mr. Kelly’s employment was reasonable.

The Tribunal’s *bona fide* occupational requirement analysis was not reasonable as it related to Air Canada’s ability to accommodate pilots over the age of 60 after 2006. The Tribunal’s

l’ont s’est acquitté de cette obligation. Le législateur aurait donc été bien au courant du fait que des facteurs tels que l’effet sur le moral des employés et l’ingérence dans les droits d’autres employés avaient été soulignés comme des facteurs pertinents dans une analyse portant sur l’accommodement. En adoptant le paragraphe 15(2), le législateur n’a pas dit que le Tribunal devait prendre en considération des questions « telles que » ou « incluant » les coûts, la santé et la sécurité. Cela dénote nettement que le législateur envisageait que la liste énumérée au paragraphe 15(2) soit exhaustive. Une telle conclusion est renforcée lorsqu’on examine la question dans le contexte des principes à appliquer au moment d’interpréter une loi relative aux droits de la personne. S’il est nécessaire d’interpréter de manière large les droits quasi constitutionnels que confère une loi relative aux droits de la personne, les moyens de défense à l’égard de l’exercice de ces droits doivent être interprétés de manière restrictive.

En décidant si Air Canada avait établi que les dispositions sur la retraite obligatoire constituaient une exigence professionnelle justifiée, il était approprié pour le Tribunal d’évaluer la question des mesures d’accommodement à la date à laquelle l’emploi avait pris fin et d’examiner de façon prospective la question de la contrainte excessive, en tenant compte des changements apportés par la suite aux normes de l’OACI. La conclusion du Tribunal à propos de la responsabilité d’Air Canada à l’égard de la cessation de l’emploi de M. Vilven était raisonnable. Rien dans les normes de l’OACI qui étaient en vigueur à l’époque où M. Vilven a dû prendre sa retraite n’empêchait les premiers officiers âgés de plus de 60 ans d’effectuer des vols internationaux. M. Vilven et les autres premiers officiers qui étaient du même âge continuaient d’être en mesure de répondre aux exigences de leurs emplois sous les anciennes normes de l’OACI. La conclusion du Tribunal à propos de la responsabilité à l’égard de la cessation d’emploi de M. Kelly était également raisonnable. Il n’y avait aucune restriction sur le plan opérationnel ou sur celui de l’octroi d’une licence qui empêchait M. Kelly de se prévaloir de son ancienneté pour briguer un poste de pilote à titre de premier officier après avoir atteint l’âge de 60 ans. Il incombait à Air Canada de montrer qu’elle avait pris en considération et rejeté de manière raisonnable toutes les formes viables d’accommodement. Air Canada n’a pas établi que le fait de permettre à M. Kelly de poursuivre sa carrière de pilote auprès de la société, quoiqu’à un titre différent, aurait causé à cette dernière une contrainte excessive au cours de la période préalable à la modification des normes de l’OACI. De ce fait, la conclusion du Tribunal au sujet de la responsabilité à l’égard de la cessation d’emploi de M. Kelly était raisonnable.

L’analyse que le Tribunal a faite de l’exigence professionnelle justifiée était déraisonnable en ce qui a trait à la capacité d’Air Canada de prendre des mesures d’accommodement à l’égard

treatment of Air Canada's evidence on the company's ability to accommodate captains and first officers over the age of 60, in light of the impact of the over/under rule on seniority and scheduling, is problematic. The Tribunal's statements that there was no evidence on certain points gave rise to the inference that important portions of Air Canada's evidence were overlooked. The Tribunal also omitted to explain why evidence regarding the costs of hiring additional pilots was lacking, despite Air Canada actually providing that evidence. This element of the Tribunal's decision lacks the transparency and accountability required of a reasonable decision. For these reasons, the question of whether being under 60 is a *bona fide* occupational requirement for Air Canada pilots after 2006 was remitted to the Tribunal for redetermination.

des pilotes âgés de plus de 60 ans après 2006. L'analyse que le Tribunal a faite des preuves apportées par Air Canada sur sa capacité de prendre des mesures d'accommodement en faveur des capitaines et des premiers officiers âgés de plus de 60 ans, compte tenu de l'effet de la règle des 60 ans sur l'ancienneté et l'organisation des horaires de vol, laisse quelque peu à désirer. Les déclarations du Tribunal à l'effet qu'il n'y avait aucune preuve sur certains points donnaient lieu à l'inférence inévitable que des éléments de preuve importants d'Air Canada ont été laissés de côté. Le Tribunal a également omis d'expliquer pourquoi les preuves sur ce qu'il en coûterait pour engager d'autres pilotes n'avaient pas été prises en compte, en dépit du fait qu'Air Canada ait bel et bien fourni des preuves à cet égard. Cet élément de la décision du Tribunal est donc dénué de la transparence et de la responsabilité que requiert une décision raisonnable. Pour ces motifs, la question de savoir si le fait d'être âgé de moins de 60 ans était une exigence professionnelle justifiée pour les pilotes d'Air Canada après 2006 a été renvoyée au Tribunal pour réexamen.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 9 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 12), 10 (as am. *idem*, s. 13(E)), 15(1)(a) (as am. *idem*, s. 10), (c) (as am. *idem*), (2) (as am. *idem*), 48.3(10) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 50(1) (as am. *idem*), (2) (as am. *idem*), 51 (as am. *idem*).
- Constitution Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).
- Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
- Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, s. 1 "age".
- Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a) "age".
- Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 11.1 (as enacted by S.A. 1985, c. 33, s. 5).
- Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318.
- Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, c. S-24.1.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.
- Code des droits de la personne*, L.R.O. 1970, ch. 318.
- Code des droits de la personne (1981)*, S.O. 1981, ch. 53, art. 9a) « âge ».
- Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 1 « age ».
- Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 11.1 (édicte par S.A. 1985, ch. 33, art. 5).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 9 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 12), 10 (mod., *idem*, art. 13(A)), 15(1)a) (mod., *idem*, art. 10), c) (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), 48.3(10) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 50(1) (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), 51 (mod., *idem*).
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).
- Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.
- Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on International Civil Aviation, December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36.
International Civil Aviation Organization. *Annex I to the Convention on International Civil Aviation: Personnel Licensing*, 10th ed. Montréal: ICAO, 2006.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 434 (FTQ) c. Gagnon, 2005 CanLII 25032 (Que. Sup. Ct.).

APPLIED:

The Queen v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, (1999), 176 D.L.R. (4th) 1, [1999] 10 W.W.R. 1.

DISTINGUISHED:

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229, (1990), 76 D.L.R. (4th) 545, 91 CLLC 17,004; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, (1990), 77 D.L.R. (4th) 55, 52 B.C.L.R. (2d) 105; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, (1990), 76 D.L.R. (4th) 700, [1991] 1 W.W.R. 577; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, (1990), 77 D.L.R. (4th) 94, [1991] 1 W.W.R. 643; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161, 277 D.L.R. (4th) 577, [2007] C.H.R.R. D/259.

CONSIDERED:

Vilven v. Air Canada, 2009 FC 367, [2010] 2 F.C.R. 189, 74 C.C.E.L. (3d) 1, 191 C.R.R. (2d) 66, revg in part *Vilven v. Air Canada*; *Kelly v. Air Canada*, 2007 CHRT 36, 61 C.H.R.R. D/149, [2008] CLLC 230-011; *Ontario (Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, (1982), 132 D.L.R. (3d) 14, 82 CLLC 17,005; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, (1992), 95 D.L.R. (4th) 439, [1992] 6 W.W.R. 385; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129; *Wakeford v. Canada (Attorney General)*, 2001 CanLII 28318, 81 C.R.R. (2d) 242 (C.S. Ont.), conf. par 2001 CanLII 32775, 156 O.A.C. 385 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 2 R.C.S.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36.
Organisation de l'aviation civile internationale. *Annexe I à la Convention relative à l'aviation civile internationale : Licences du personnel*, 10^e éd. Montréal : OACI, 2006.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 434 (FTQ) c. Gagnon, 2005 CanLII 25032 (C.S. Qué.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

La Reine c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Vilven c. Air Canada, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189, inf. en partie *Vilven c. Air Canada*; *Kelly c. Air Canada*, 2007 TCDP 36; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129; *Wakeford v. Canada (Attorney General)*, 2001 CanLII 28318, 81 C.R.R. (2d) 242 (C.S. Ont.), conf. par 2001 CanLII 32775, 156 O.A.C. 385 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] 2 R.C.S.

C.R.R. (2d) 242 (Ont. Sup. Ct.), affd 2001 CanLII 32775, 156 O.A.C. 385 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 2 S.C.R. ix; *Leeson et al. v. University of Regina et al.*, 2007 SKQB 252 (CanLII), 301 Sask. R. 316; *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16, 292 D.L.R. (4th) 623, 67 C.C.E.L. (3d) 56 (Ont. Sup. Ct.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435 (CanLII), 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002; *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, affd 2009 MBQB 252 (CanLII), 246 Man. R. (2d) 100, [2010] 1 W.W.R. 493, [2009] CLLC 230-036; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193, 43 Admin. L.R. (2d) 155; *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1, 30 C.C.C. (3d) 385; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, 100 C.C.C. (3d) 449; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577, 25 C.P.R. (3d) 47; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, (1998), 38 O.R. (3d) 735, 159 D.L.R. (4th) 385; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, [1998] 1 W.W.R. 50; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, (1990), 75 D.L.R. (4th) 577, 3 C.R.R. (2d) 116; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, 460 A.R. 1, 310 D.L.R. (4th) 193; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, (1991), 81 D.L.R. (4th) 358, 50 Admin. L.R. 1; *Reference re Public Sector Employee Relations Act (Alta)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1, 28 D.L.R. (4th) 161; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561, 294 D.L.R. (4th) 407, 63 C.H.R.R. D/301; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, (1992), 93 D.L.R. (4th) 346, 12 C.C.L.I. (2d) 206.

REFERRED TO:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217 N.S.R. (2d) 301, 231 D.L.R. (4th) 385; *Consolidated Fastfrate Inc.*

ix; Leeson et al. v. University of Regina et al., 2007 SKQB 252 (CanLII), 301 Sask. R. 316; *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16, 292 D.L.R. (4th) 623, 67 C.C.E.L. (3d) 56 (C.S. Ont.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435 (CanLII), 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002; *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, conf. par 2009 MBQB 252 (CanLII), 246 Man. R. (2d) 100, [2010] 1 W.W.R. 493, [2009] CLLC 230-036; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321.

DÉCISIONS CITÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S.

v. *Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, 469 A.R. 50, 313 D.L.R. (4th) 285; *National Capital Commission v. Brown*, 2009 FCA 273, 69 C.H.R.R. D/209, 394 N.R. 348; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, 332 N.B.R. (2d) 341, 295 D.L.R. (4th) 1; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, 181 D.L.R. (4th) 385, [2000] 1 W.W.R. 565; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, 276 D.L.R. (4th) 513, [2007] 5 W.W.R. 1; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, 348 A.R. 201, 239 D.L.R. (4th) 193; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, 283 D.L.R. (4th) 40, [2007] 7 W.W.R. 191; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, 205 D.L.R. (4th) 385, 76 C.L.R.B.R. (2d) 1; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, 242 Nfld. & P.E.I.R. 113, 244 D.L.R. (4th) 294; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, (1990), 111 A.R. 241, 72 D.L.R. (4th) 417; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, (1992), 95 D.L.R. (4th) 577, [1992] 6 W.W.R. 193; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, (1988), 53 D.L.R. (4th) 609, 88 CLC 17,031; *Hutchinson v. B.C. (Min. of Health)*, 2004 BCHRT 58; *Hassan v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.); *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, 93 Imm. L.R. (3d) 1, 409 N.R. 298; *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341, (1999), 70 C.R.R. (2d) 133, 12 Imm. L.R. (3d) 12 (C.A.); *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404, (1999), 68 C.R.R. (2d) 48, 3 Imm. L.R. (3d) 26 (C.A.).

407; *Commission de la capitale nationale c. Brown*, 2009 CAF 273; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, 332 R.N.-B. (2^e) 341; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Hutchinson v. B.C. (Min. of Health)*, 2004 BCHRT 58; *Hassan v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.); *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.); *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312; *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.); *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.).

AUTHORS CITED

Canadian Human Rights Act Review Panel. *Promoting Equality: A New Vision*, Ottawa: Department of Justice, 2000.

DOCTRINE CITÉE

Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne. La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2000.

Gunderson, Morley and James Pesando. “The Case for Allowing Mandatory Retirement” (1988), 14 *Can. Pub. Pol’y* 32.

Jamal, Mahmud and Matthew Taylor. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, loose-leaf. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001.

Kesselman, Jonathan R. “Mandatory Retirement And Older Workers: Encouraging Longer Working Lives” (2004), 200 *C.D. Howe Institute Commentary* 1, online: <http://www.cdhowe.org/pdf/commentary_200.pdf>.

Mandatory Retirement Study: The Effects of Raising the Age Limit for Mandatory Retirement in the Age Discrimination in Employment Act. Part 1: Final Report. Washington: The Urban Institute, 1981.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

Zinn, Russel W. *The Law of Human Rights in Canada: Practice and Procedure*, loose-leaf, Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996.

APPLICATIONS for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision (2009 CHRT 24, 77 C.C.E.L. (3d) 128, 69 C.H.R.R. D/419) finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* is not a reasonable limit justifiable in a free and democratic society as contemplated by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that the applicant Air Canada failed to demonstrate that age was a *bona fide* occupational requirement for its pilots. Application in T-1615-09 dismissed; application in T-1606-09 allowed in part.

APPEARANCES

Bruce Laughton, Q.C., for Air Canada Pilots Association (applicant in T-1615-09 and respondent in T-1606-09).

Raymond D. Hall and *David Baker* for respondents Robert Neil Kelly and George Vilven.

Daniel Poulin for respondent Canadian Human Rights Commission.

Gavin MacKenzie and *Christianna Scott* for Air Canada (respondent in T-1615-09 and applicant in T-1606-09).

Gunderson, Morley et James Pesando. « The Case for Allowing Mandatory Retirement » (1988), 14 *Anan. de pol.* 32.

Jamal, Mahmud et Matthew Taylor. *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2001.

Kesselman, Jonathan R. « Mandatory Retirement And Older Workers: Encouraging Longer Working Lives » (2004), 200 *C.D. Howe Institute Commentary* 1, en ligne : <http://www.cdhowe.org/pdf/commentary_200.pdf>.

Mandatory Retirement Study: The Effects of Raising the Age Limit for Mandatory Retirement in the Age Discrimination in Employment Act. Part 1: Final Report. Washington : The Urban Institute, 1981.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

Zinn, Russel W. *The Law of Human Rights in Canada: Practice and Procedure*, feuilles mobiles. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996.

DEMANDES de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (2009 TCDP 24) concluant que l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n’est pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au sens de l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la demanderesse Air Canada n’avait pas établi que l’âge constituait une exigence professionnelle justifiée pour ses pilotes. Demande dans le dossier T-1615-09 rejetée; demande dans le dossier T-1606-09 accueillie en partie.

ONT COMPARU

Bruce Laughton, c.r., pour l’Association des pilotes d’Air Canada (demanderesse dans le dossier T-1615-09 et défenderesse dans le dossier T-1606-09).

Raymond D. Hall et *David Baker* pour les défendeurs Robert Neil Kelly et George Vilven.

Daniel Poulin pour la défenderesse Commission canadienne des droits de la personne.

Gavin MacKenzie et *Christianna Scott* pour Air Canada (défenderesse dans le dossier T-1615-09 et demanderesse dans le dossier T-1606-09).

SOLICITORS OF RECORD

Laughton & Company, Vancouver, for Air Canada Pilots Association (applicant in T-1615-09 and respondent in T-1606-09).

Bakerlaw, Toronto, for respondents Robert Neil Kelly and George Vilven.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

Heenan Blaikie LLP, Montréal, for Air Canada (respondent in T-1615-09 and applicant in T-1606-09).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Laughton & Company, Vancouver, pour l’Association des pilotes d’Air Canada (demanderesse dans le dossier T-1615-09 et défenderesse dans le dossier T-1606-09).

Bakerlaw, Toronto, pour les défendeurs Robert Neil Kelly et George Vilven.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la défenderesse Commission canadienne des droits de la personne.

Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour Air Canada (défenderesse dans le dossier T-1615-09 et demanderesse dans le dossier T-1606-09).

Table of ContentsTable des matières

	<u>Paragraph</u>		<u>Paragraphe</u>
I. Introduction	1	I. Introduction	1
II. Background	7	II. Le contexte	7
A. Mandatory retirement at Air Canada	8	A. La retraite obligatoire à Air Canada	8
B. George Vilven’s career	10	B. La carrière de George Vilven	10
C. Robert Neil Kelly’s career	15	C. La carrière de Robert Neil Kelly	15
III. The human rights complaints	20	III. Les plaintes relatives aux droits de la personne	20
IV. Procedural history	24	IV. L’historique des procédures judiciaires	24
V. The Tribunal’s second decision	31	V. La seconde décision du Tribunal	31
VI. Issues	43	VI. Les questions en litige	43
VII. Standard of review	45	VII. La norme de contrôle applicable	45
VIII. Is paragraph 15(1)(c) of the <i>Canadian Human Rights Act</i> a reasonable limit in a free and democratic society?	50	VIII. L’alinéa 15(1)c) de la <i>Loi canadienne sur les droits de la personne</i> constitue-t-il une limite raisonnable dans une société libre et démocratique?	50
A. The Supreme Court of Canada’s mandatory retirement jurisprudence	54	A. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de retraite obligatoire	54
(i) <i>Ontario (Human Rights Commission) v. Etobicoke</i>	55	i) <i>Ontario (Commission ontarienne des droits de la personne) c. Etobicoke</i>	55
(ii) <i>McKinney v. University of Guelph</i>	59	ii) <i>McKinney c. Université de Guelph</i>	59
(iii) <i>Harrison v. University of British Columbia</i>	80	iii) <i>Harrison c. Université de la Colombie-Britannique</i>	80
(iv) <i>Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College</i>	82	iv) <i>Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College</i>	82
(v) <i>Stoffman v. Vancouver General Hospital</i>	83	v) <i>Stoffman c. Vancouver General Hospital</i>	83
(vi) <i>Dickason v. University of Alberta</i>	86	vi) <i>Dickason c. Université de l’Alberta</i>	86

(vii) <i>New Brunswick v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.</i>	96	vii) <i>Nouveau-Brunswick c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.</i>	96
B. Why the Supreme Court's decision in <i>McKinney</i> does not determine the result of this case	98	B. Les raisons pour lesquelles la décision de la Cour suprême dans l'arrêt <i>McKinney</i> ne dicte pas le résultat de la présente affaire	98
(i) The differences between the legislative provisions	103	i) Les différences entre les dispositions législatives	103
(ii) <i>McKinney</i> did not purport to be the final word on the subject of mandatory retirement	130	ii) L'arrêt <i>McKinney</i> ne visait pas à régler définitivement la question de la retraite obligatoire	130
(iii) The differences in the evidentiary records	142	iii) Les différences dans les dossiers de preuve	142
(iv) The new developments in public policy	147	iv) L'évolution des politiques d'intérêt public	147
(v) Other post- <i>McKinney</i> mandatory retirement jurisprudence	157	v) Autres arrêts jurisprudentiels relatifs à la retraite obligatoire et postérieurs à l'arrêt <i>McKinney</i>	157
(a) <i>Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District</i>	159	a) <i>Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District</i>	159
(b) <i>Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)</i>	164	b) <i>Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)</i>	164
(c) <i>CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816)</i>	167	c) <i>CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816)</i>	167
(d) <i>Cooper v. Canada (Human Rights Commission)</i>	174	d) <i>Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)</i>	174
C. Is paragraph 15(1)(c) of the CHRA justifiable under section 1 of the Charter?	186	C. L'alinéa 15(1)c) de la LCDP se justifie-t-il au regard de l'article premier de la Charte?	186
(i) The section 1 analytical framework	187	i) Le cadre analytique de l'article premier	187
(ii) What are the objectives of paragraph 15(1)(c) of the CHRA?	195	ii) Quels sont les objectifs de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP?	195
(iii) Are the objectives of paragraph 15(1)(c) of the CHRA pressing and substantial?	197	iii) Les objectifs de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP sont-ils urgents et réels?	197
(iv) The proportionality component of the <i>Oakes</i> test	205	iv) L'élément de proportionnalité du critère énoncé dans l'arrêt <i>Oakes</i>	205
(v) Rational connection	208	v) Le lien logique	208
(vi) Minimal impairment	218	vi) L'atteinte minimale	218
(a) The applicable legal principles	219	a) Les principes juridiques applicables	219
(b) The Tribunal's findings with respect to minimal impairment issue	226	b) Les conclusions du Tribunal au sujet de la question de l'atteinte minimale	226
(c) Air Canada and ACPA's arguments with respect to minimal impairment	227	c) Les arguments d'Air Canada et de l'APAC au sujet de l'atteinte minimale	227

(d) The expert evidence	234	d) Les preuves d’expert	234
(e) The application of the minimal impairment test	281	e) L’application du critère de l’atteinte minimale	281
(f) Conclusion on the minimal impairment issue	323	f) La conclusion relative à la question de l’atteinte minimale	323
(vii) Proportionality between the effects of the legislation and its objectives	327	vii) La proportionnalité entre les effets de la loi et ses objectifs	327
(viii) Conclusion on the Charter issue	350	viii) La conclusion au sujet de la question relative à la Charte	350
IX. Is age a <i>bona fide</i> occupational requirement for Air Canada pilots?	352	IX. L’âge est-il une exigence professionnelle justifiée pour les pilotes d’Air Canada?	352
A. Legal principles governing <i>bona fide</i> occupational requirements	353	A. Les principes juridiques régissant les exigences professionnelles justifiées	353
B. The Tribunal’s decision	359	B. La décision du Tribunal	359
C. The significance of the ICAO standards.	377	C. L’importance des normes de l’OACI	377
D. Timing and the duty to accommodate	381	D. Le moment choisi et l’obligation d’accommodement	381
E. Factors to consider in relation to the issue of accommodation	386	E. Les facteurs à prendre en considération en rapport avec la question de l’accommodement	386
F. Accommodation in the pre-November 2006 period	405	F. Les mesures d’accommodement au cours de la période préalable au mois de novembre 2006	405
(i) The accommodation of Mr. Vilven in the pre-November 2006 period	408	i) Les mesures d’accommodement concernant M. Vilven au cours de la période préalable au mois de novembre 2006	408
(ii) The accommodation of Mr. Kelly in the pre-November 2006 period	415	ii) Les mesures d’accommodement concernant M. Kelly au cours de la période préalable au mois de novembre 2006	415
G. Accommodation in the post-November 2006 period	429	G. Les mesures d’accommodement prises au cours de la période postérieure au mois de novembre 2006	429
(i) The Tribunal’s treatment of Captain Duke’s evidence	431	i) La façon dont le Tribunal a traité le témoignage du capitaine Duke	431
(ii) The Tribunal’s finding regarding the first two elements of the <i>Meiorin</i> test	466	ii) La conclusion du Tribunal au sujet des deux premières conditions du critère énoncé dans l’arrêt <i>Meiorin</i>	466
X. Remedy	472	X. La mesure de réparation	472
XI. Conclusion	490	XI. Conclusion	490
XII. Costs	493	XII. Les dépens	493

The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendus par

MACTAVISH J.:

I. Introduction

[1] Paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA or the Act), allows an employer to terminate the employment of an individual if that person has reached the “normal age of retirement” for those working in similar positions.

[2] This Court has previously found that paragraph 15(1)(c) of the Act violates subsection 15(1) of 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.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] [the Charter], as it denies the equal protection and equal benefit of the law to workers over the normal age of retirement for similar positions. In so doing, paragraph 15(1)(c) has the effect of perpetuating the group disadvantage and prejudice faced by older workers by promoting the stereotypical view that older workers are less capable, or less deserving of recognition or value as human beings or as members of Canadian society: see *Vilven v. Air Canada*, 2009 FC 367, [2010] 2 F.C.R. 189 (*Vilven* No. 1), at paragraphs 9 and 337–339.

[3] These reasons pertain to two applications for judicial review of a subsequent decision of the Canadian Human Rights Tribunal which found that paragraph 15(1)(c) is not a reasonable limit justifiable in a free and democratic society as contemplated by section 1 of the Charter. One application is brought by Air Canada and the other by the Air Canada Pilots Association (or ACPA), the bargaining agent for Air Canada pilots. The applications were consolidated by order of this Court.

[4] For the reasons that follow, I find that the Tribunal’s decision on the Charter issue was correct. As a result, ACPA’s application, which only raises the Charter issue, will be dismissed.

LA JUGE MACTAVISH :

I. Introduction

[1] L’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP ou la Loi) permet à un employeur de mettre fin à l’emploi d’une personne si cette dernière a atteint l’« âge de la retraite en vigueur » pour ce genre d’emploi.

[2] La Cour a déjà statué que l’alinéa 15(1)c) de la Loi viole le paragraphe 15(1) de 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, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), car il prive les travailleurs ayant dépassé l’âge de la retraite en vigueur pour des emplois semblables aux leurs de la même protection et du même bénéfice de la loi. En ce faisant, l’alinéa 15(1)c) a pour effet de perpétuer le désavantage et le préjudice dont sont collectivement victimes les travailleurs plus âgés en renforçant l’opinion stéréotypée selon laquelle ces derniers sont moins aptes, sont moins dignes d’être reconnus ou ont moins de valeur en tant qu’êtres humains ou membres de la société canadienne : voir *Vilven c. Air Canada*, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189 (*Vilven* n° 1), aux paragraphes 9 et 337 à 339.

[3] Les présents motifs ont trait à deux demandes de contrôle judiciaire concernant une décision ultérieure par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a conclu que l’alinéa 15(1)c) ne constitue pas une limite raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique, comme l’envisage l’article premier de la Charte. L’une des demandes a été déposée par Air Canada et l’autre par l’Association des pilotes d’Air Canada (l’APAC), l’agent de négociation représentant les pilotes d’Air Canada. Les deux demandes ont été regroupées par la voie d’une ordonnance de la Cour.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la décision que le Tribunal a rendue au sujet de la question relative à la Charte est correcte. De ce fait, la demande de l’APAC, qui ne fait état que de la question relative à la Charte, sera rejetée.

[5] Also at issue in Air Canada's application for judicial review is whether the Tribunal's finding that Air Canada had failed to demonstrate that age was a *bona fide* occupational requirement for its pilots was reasonable. I have concluded that the Tribunal erred in its analysis of the *bona fide* occupational requirement issue as it related to the period after November of 2006. Consequently, Air Canada's application for judicial review will be granted in part.

[6] What is *not* in issue in these proceedings is any question relating to pilot safety. The fitness of individual pilots to fly is determined not by Air Canada, but by Transport Canada as part of its pilot licensing regime. If, after an individualized assessment, Transport Canada determines that an individual is no longer fit to fly, then that individual's pilot's license will not be renewed.

II. Background

[7] In order to provide a context for these reasons, I will provide a brief summary of the facts, which is largely taken from my decision in *Vilven* No. 1.

A. Mandatory Retirement at Air Canada

[8] Mandatory retirement for pilots at Air Canada was initially a company policy. Since 1957, the Air Canada pension plan has identified 60 as the compulsory retirement age for pilots. As of the early 1980s, provisions mandating retirement at age 60 have been included in the collective agreement in force between Air Canada and its pilots' union. ACPA began representing Air Canada pilots in 1995.

[9] Shortly before the commencement of the initial Tribunal hearing of Messrs. Vilven and Kelly's human

[5] La demande de contrôle judiciaire d'Air Canada comporte également une autre question litigieuse, soit celle de savoir si la conclusion du Tribunal selon laquelle Air Canada n'a pas établi que, pour ses pilotes, l'âge est une exigence professionnelle justifiée était raisonnable. Je suis arrivée à la conclusion que le Tribunal a commis une erreur dans son analyse de la question de l'exigence professionnelle justifiée en rapport avec la période postérieure au mois de novembre 2006. Cela étant, la demande de contrôle judiciaire d'Air Canada sera accueillie en partie.

[6] Ce qui *n'est pas* en litige en l'espèce est toute question relative à la sécurité des pilotes. L'aptitude d'un pilote à piloter un aéronef est déterminée non pas par Air Canada, mais par Transports Canada dans le cadre de son régime d'octroi de licences de pilote. Si, à la suite d'une évaluation individualisée, Transports Canada juge qu'une personne n'est plus apte à piloter, la licence qu'elle détient ne sera pas renouvelée.

II. Le contexte

[7] Pour situer les présents motifs dans leur juste contexte, je vais résumer brièvement les faits, qui sont tirés en grande partie de la décision que j'ai rendue dans la décision *Vilven* n° 1.

A. La retraite obligatoire à Air Canada

[8] Chez Air Canada, la mise à la retraite obligatoire des pilotes a d'abord été une politique de la société. Depuis 1957, le régime de retraite de ce transporteur prescrit que, pour les pilotes, 60 ans est l'âge obligatoire de la retraite. Depuis le début des années 1980, des dispositions prescrivant la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans sont incluses dans la convention collective en vigueur entre Air Canada et le syndicat représentant ses pilotes. L'APAC a commencé à représenter les pilotes d'Air Canada en 1995.

[9] Peu avant que le Tribunal entende les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et

rights complaints, ACPA held a referendum on the mandatory retirement issue. Seventy-five percent of ACPA members voted in favour of retaining mandatory retirement for Air Canada pilots.

B. George Vilven's Career

[10] George Vilven was hired by Air Canada in May of 1986. Over the ensuing years, he was able to use his seniority to bid on a succession of higher status and higher paying positions on increasingly larger aircraft. In his last position with Air Canada, Mr. Vilven was flying as a first officer on Airbus 340 aircraft [A340].

[11] Mr. Vilven turned 60 on August 30, 2003. In accordance with the mandatory retirement age provisions of the Air Canada/ACPA collective agreement and the Air Canada pilot pension plan, he was required to retire on the first day of the month following his 60th birthday.

[12] There is no suggestion that there were any performance problems or medical fitness issues with respect to Mr. Vilven. Indeed, it is common ground that the only reason for the termination of his employment was the application of the mandatory retirement provisions of the Air Canada/ACPA collective agreement and the Air Canada pilot pension plan, which is incorporated by reference into the collective agreement.

[13] Based upon his years of service with Air Canada and his pre-Air Canada military service (which are included as years of service for the purpose of Air Canada's pension plan), Mr. Vilven is entitled to receive substantial pension benefits until his death.

[14] After leaving Air Canada, Mr. Vilven was able to continue his career in aviation. He flew with Flair Airlines from April of 2005 until May of 2006, when he quit flying in order to prepare for his Tribunal hearing. At the time of the original Tribunal hearing, Mr. Vilven continued to hold a valid Canadian airline transport pilot licence.

Kelly, l'APAC a tenu un référendum sur la question de la retraite obligatoire : 75 p. 100 de ses membres se sont prononcés en faveur du maintien de la retraite obligatoire pour les pilotes d'Air Canada.

B. La carrière de George Vilven

[10] George Vilven a été embauché par Air Canada en mai 1986. Au fil des années qui ont suivi, et grâce à son ancienneté, il a pu solliciter une succession de postes de statut supérieur et mieux rémunérés à bord d'aéronefs de plus en plus gros. Dans le cadre du dernier emploi qu'il a occupé auprès d'Air Canada, M. Vilven pilotait, à titre de premier officier, des Airbus 340 [A340].

[11] M. Vilven a eu 60 ans le 30 août 2003. Conformément aux dispositions en matière d'âge de la retraite obligatoire de la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC et du régime de retraite des pilotes d'Air Canada, il était tenu de prendre sa retraite le premier jour du mois suivant son 60^e anniversaire.

[12] Rien ne laisse croire que M. Vilven avait des problèmes de rendement au travail ou de santé. En fait, il n'est pas contesté que le seul motif de la cessation de son emploi a été l'application des dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC, ainsi que du régime de retraite des pilotes d'Air Canada, lequel est incorporé par renvoi à la convention collective.

[13] Compte tenu de ses années de service auprès d'Air Canada et de ses années de service militaire antérieures à son embauche (lesquelles sont incluses en tant qu'années de service pour les besoins du régime de retraite d'Air Canada), M. Vilven a droit à des prestations de retraite élevées jusqu'à son décès.

[14] Après avoir quitté Air Canada, M. Vilven a pu poursuivre sa carrière dans le domaine de l'aviation. Il a travaillé comme pilote chez Flair Airlines d'avril 2005 à mai 2006, date à laquelle il a cessé de piloter afin de se préparer à l'audience tenue devant le Tribunal. À l'époque où cette audience a eu lieu, M. Vilven détenait toujours une licence canadienne de pilote de ligne valide.

C. Robert Neil Kelly's Career

[15] Robert Neil Kelly was hired by Air Canada in September of 1972. At the time of his retirement from Air Canada, he was flying as the captain and pilot-in-command of Airbus 340's.

[16] The term "pilot-in-command" should not be confused with that of "captain". Pilot positions at Air Canada include captains, first officers and relief pilots. The International Standards on Personnel Licensing promulgated by the International Civil Aviation Organization (or ICAO), the United Nations organization charged with fostering civil aviation safety, requires that one pilot on each flight be designated as the pilot-in-command of the flight: see the *Convention on International Civil Aviation*, December 7, 1944, [1944] Can. T.S. No. 36 (Chicago Convention) (entered into force 4 April 1947), see *Annex I to the Convention on International Civil Aviation: Personnel Licensing* (Personnel Licensing, 10th ed. Montréal: ICAO, 2006). Although the captain of an aircraft is ordinarily the pilot-in-command, this is not necessarily always the case.

[17] Mr. Kelly turned 60 on April 30, 2005, and was forced to retire from Air Canada on May 1, 2005. As was the case with Mr. Vilven, there was no issue as to Mr. Kelly's capacity to fly safely, and the parties acknowledge that the only reason for the termination of his employment was the application of the mandatory retirement provisions found in the governing pension plan and collective agreement.

[18] Like Mr. Vilven, Mr. Kelly is entitled to receive substantial pension benefits for the rest of his life.

[19] Mr. Kelly was also able to continue his flying career after leaving Air Canada. He initially worked on contract as a first officer with Skyservice Airlines. At the time of the original Tribunal hearing, he was working for Skyservice as a captain and pilot-in-command, flying

C. La carrière de Robert Neil Kelly

[15] Robert Neil Kelly a été embauché par Air Canada en septembre 1972. À l'époque où il a pris sa retraite de cette société, il pilotait des Airbus 340 à titre de capitaine et de pilote-commandant de bord.

[16] Il ne faut pas confondre le titre de « pilote-commandant de bord » avec celui de « capitaine ». Chez Air Canada, les postes de pilote comprennent ceux de capitaine, de premier officier et de pilote de relève. Les normes internationales sur les licences du personnel qui sont promulguées par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), l'organisation des Nations Unies qui est chargée de promouvoir la sécurité dans le domaine de l'aviation civile, exigent qu'à chaque vol un pilote soit désigné comme pilote-commandant de bord : voir la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. n° 36 (la Convention de Chicago) (entrée en vigueur le 4 avril 1947); voir l'*Annexe I à la Convention relative à l'aviation civile internationale : Licences du personnel* (Licences du personnel, 10^e éd. Montréal : ICAO, 2006). Le capitaine d'un aéronef est en général le pilote-commandant de bord, mais ce n'est pas toujours le cas.

[17] M. Kelly a atteint l'âge de 60 ans le 30 avril 2005, et il a été obligé de prendre sa retraite d'Air Canada le 1^{er} mai 2005. À l'instar de M. Vilven, la capacité de M. Kelly à exercer en toute sécurité son métier de pilote ne posait aucun problème, et les parties s'accordent pour dire que la seule raison pour laquelle M. Kelly a cessé de travailler pour Air Canada est l'application des dispositions en matière de retraite obligatoire qui figurent dans le régime de retraite et la convention collective en vigueur.

[18] Tout comme M. Vilven, M. Kelly a droit à des prestations de retraite élevées durant le reste de sa vie.

[19] M. Kelly a également pu poursuivre sa carrière de pilote après son départ d'Air Canada. Il a d'abord travaillé à contrat comme premier officier auprès de Skyservice Airlines. À l'époque de l'audience initiale du Tribunal, il était au service de ce transporteur à titre de capitaine et

routes, including international routes, on Boeing 757's.

III. The Human Rights Complaints

[20] Mr. Vilven filed his complaint against Air Canada with the Canadian Human Rights Commission in August of 2004. His complaint asserted that by forcing him to retire at age 60, Air Canada violated sections 7 and 10 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13(E)] of the CHRA. The full text of the relevant statutory provisions is attached as an appendix to these reasons.

[21] Mr. Kelly's human rights complaint was filed on March 31, 2006 and was brought against both Air Canada and ACPA. His complaint alleged discrimination on the basis of age, contrary to the provisions of sections 7, 9 [as am. *idem*, s. 12] and 10 of the Act.

[22] Both complaints were referred to the Canadian Human Rights Tribunal by the Commission, and the two cases were heard and decided together.

[23] In the course of the parties' oral submissions, I was advised that the Tribunal has now held a hearing in relation to 68 additional complaints brought by former Air Canada pilots who were forced to retire against their will. The Tribunal currently has its decision with respect to that case under reserve. I was also advised that there is another "large group" of former Air Canada pilots whose human rights complaints have been referred to the Tribunal by the Canadian Human Rights Commission, and still another "large group" of former Air Canada pilots who have age discrimination complaints pending before the Commission.

IV. Procedural History

[24] In order to put the issues into context, it is necessary to understand the procedural history giving rise to

de pilote-commandant de bord de Boeing 757 sur divers itinéraires, dont des itinéraires internationaux.

III. Les plaintes relatives aux droits de la personne

[20] M. Vilven a déposé sa plainte contre Air Canada auprès de la Commission canadienne des droits de la personne en août 2004, soutenant qu'en l'obligeant à prendre sa retraite à l'âge de 60 ans, Air Canada violait les articles 7 et 10 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)] de la LCDP. Le texte intégral des dispositions légales applicables est annexé aux présents motifs.

[21] La plainte relative aux droits de la personne de M. Kelly a été déposée le 31 mars 2006 et elle visait à la fois Air Canada et l'APAC. Sa plainte alléguait une discrimination fondée sur l'âge, ce qui est contraire aux dispositions des articles 7, 9 [mod., *idem*, art. 12] et 10 de la Loi.

[22] La Commission a renvoyé les deux plaintes au Tribunal canadien des droits de la personne, et les deux ont été entendues et tranchées ensemble.

[23] Lors des observations orales des parties, on m'a informée que le Tribunal a maintenant tenue une audience en rapport avec 68 autres plaintes de la part d'anciens pilotes d'Air Canada que l'on a obligés à prendre leur retraite contre leur volonté. La décision du Tribunal à propos de cette affaire est actuellement en délibéré. On m'a également informée qu'il existe un autre « grand groupe » d'anciens pilotes d'Air Canada dont la Commission canadienne des droits de la personne a renvoyé au Tribunal les plaintes relatives aux droits de la personne, de même qu'un autre « grand groupe » d'anciens pilotes d'Air Canada dont les plaintes de discrimination fondée sur l'âge sont en instance devant la Commission.

IV. L'historique des procédures judiciaires

[24] Pour situer les questions en litige dans leur juste contexte, il est nécessaire de connaître l'historique des

the applications currently before the Court.

[25] The original hearing into Messrs. Vilven and Kelly's complaints took place in 2007. ACPA was granted "interested party" status before the Tribunal in relation to Mr. Vilven's complaint. The Tribunal also granted interested party status to the "Fly Past 60 Coalition", a group of current and former Air Canada pilots who are united in their goal of eliminating mandatory retirement at Air Canada.

[26] In advance of the Tribunal hearing, the Fly Past 60 Coalition served a notice of constitutional question on the federal and provincial Attorneys General, advising that the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the CHRA was in issue in the proceeding. As was noted earlier, paragraph 15(1)(c) of the Act provides that it is not a discriminatory practice if an individual's employment is terminated "because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual."

[27] In a decision rendered in August of 2007, the Tribunal dismissed Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints: *Vilven v. Air Canada; Kelly v. Air Canada*, 2007 CHRT 36, [2008] CLLC 230-011 (Tribunal decision No. 1). The Tribunal found that 60 was the normal age of retirement for persons working in similar positions, and further found that paragraph 15(1)(c) of the Act did not contravene subsection 15(1) of the Charter. Because of its finding on the section 15 Charter issue, the Tribunal did not have to decide whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA could be justified under section 1 of the Charter.

[28] On judicial review, I found that although there were errors in the Tribunal's analysis, the finding that 60 was the normal age of retirement for individuals employed in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly prior to their retirement was reasonable: *Vilven* No. 1, at paragraph 174.

procédures judiciaires qui a fait en sorte que la Cour se trouve actuellement saisie des demandes.

[25] L'audition initiale des plaintes de MM. Vilven et Kelly a eu lieu en 2007. L'APAC a obtenu le statut de « partie intéressée » devant le Tribunal en rapport avec la plainte de M. Vilven. Le Tribunal a également accordé le même statut à la « Fly Past 60 Coalition », un groupe formé de pilotes actuels ou d'anciens pilotes d'Air Canada qui se sont regroupés dans le but de faire abolir la retraite obligatoire à Air Canada.

[26] Avant l'audience du Tribunal, la Fly Past 60 Coalition a déposé un avis de question constitutionnelle auprès des procureurs généraux du gouvernement fédéral et des provinces, indiquant que la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP était en litige dans l'instance. Comme il a été mentionné plus tôt, l'alinéa 15(1)c) de la Loi prescrit que le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne « en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi » ne constitue pas un acte discriminatoire.

[27] Dans une décision rendue en août 2007, le Tribunal a rejeté les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly : *Vilven c. Air Canada; Kelly c. Air Canada*, 2007 TCDP 36 (la décision n° 1 du Tribunal). Il a conclu que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les personnes occupant le genre d'emploi qu'exerçaient les plaignants et, de plus, que l'alinéa 15(1)c) de la Loi ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte. En raison de sa conclusion concernant la question relative à l'article 15 de la Charte, le Tribunal n'a pas eu à décider si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP pouvait se justifier au regard de l'article premier de la Charte.

[28] À l'étape du contrôle judiciaire, j'ai conclu que même si le Tribunal avait commis des erreurs dans son analyse, la conclusion selon laquelle 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les personnes occupant le genre d'emploi qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly avant qu'ils prennent leur retraite était raisonnable : *Vilven* n° 1, au paragraphe 174.

[29] However, as noted earlier, I concluded that paragraph 15(1)(c) of the Act violated subsection 15(1) of the Charter, as it denies the equal protection and equal benefit of the law to workers over the normal age of retirement for similar positions. Consequently, I quashed the Tribunal's decision as it related to the Charter issue, and remitted the matter to the Tribunal for it to determine whether paragraph 15(1)(c) of the Act could be demonstrably justified as a reasonable limit in a free and democratic society: *Vilven* No. 1, at paragraph 340.

[30] In the event that the Tribunal determined that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved under section 1 of the Charter, I directed that it address the merits of Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints. This would require the Tribunal to consider Air Canada's argument that requiring that all of its pilots be younger than 60 constituted a *bona fide* occupational requirement within the meaning of paragraph 15(1)(a) of the CHRA: *Vilven* No. 1, at paragraph 341.

V. The Tribunal's Second Decision

[31] In August of 2009, the Tribunal issued a second decision with respect to Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints: *Vilven v. Air Canada; Kelly v. Air Canada*, 2009 CHRT 24, 77 C.C.E.L. (3d) 128 (Tribunal decision No. 2).

[32] In assessing whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA was saved under section 1 of the Charter, the Tribunal applied the test articulated by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The *Oakes* test requires that two criteria be satisfied: the objective of the law must relate to a societal concern that is "pressing and substantial", and the means used to attain the objective must be "proportional".

[33] The Tribunal noted that in order to be proportional, the measures selected "must be rationally connected to the objective and should impair as little as possible the right or freedom in question. It also requires that there be proportionality between the objectives and the effects":

[29] Cependant, comme il a été dit plus tôt, j'ai conclu que l'alinéa 15(1)(c) de la Loi viole le paragraphe 15(1) de la Charte, car il prive de la même protection et du même bénéfice de la loi les travailleurs ayant plus que l'âge de la retraite en vigueur pour des emplois semblables. J'ai donc annulé la décision du Tribunal en rapport avec la question relative à la Charte et renvoyé l'affaire à ce dernier pour qu'il décide si l'alinéa 15(1)(c) de la Loi pouvait se justifier en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique : *Vilven* n° 1, au paragraphe 340.

[30] J'ai ordonné que si le Tribunal décidait que l'alinéa 15(1)(c) de la LCDP n'était pas sauvegardé par l'article premier de la Charte, il lui fallait traiter du bien-fondé des plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly. Cela obligerait le Tribunal à prendre en considération l'argument d'Air Canada selon lequel le fait d'exiger que tous ses pilotes soient âgés de moins de 60 ans équivaut à une exigence professionnelle justifiée, au sens de l'alinéa 15(1)(a) de la LCDP : *Vilven* n° 1, au paragraphe 341.

V. La seconde décision du Tribunal

[31] En août 2009, le Tribunal a rendu une seconde décision en rapport avec les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly : *Vilven c. Air Canada; Kelly c. Air Canada*, 2009 TCDP 24 (la décision n° 2 du Tribunal).

[32] Pour évaluer si l'alinéa 15(1)(c) de la LCDP était sauvegardé par l'article premier de la Charte, le Tribunal a appliqué le critère que la Cour suprême du Canada a énoncé dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et qui exige que l'on satisfasse à deux conditions : l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations sociales « urgentes et réelles », et les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent être « proportionnels ».

[33] Le Tribunal a signalé que, pour être proportionnelles, les mesures choisies doivent avoir « un lien rationnel avec l'objectif en question et [être] de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question. Ce critère exige également qu'il y

Tribunal decision No. 2, at paragraph 12, citing *Oakes*, at page 139.

[34] The Tribunal recognized that in cases such as *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, the Supreme Court of Canada had found that provisions in the Ontario and British Columbia human rights codes limiting the protection of the legislation to those under 65 were reasonable limitations within the meaning of section 1 of the Charter.

[35] The Tribunal also noted that the majority judgment in *McKinney* accorded a high degree of deference to the Legislature, as the issue of mandatory retirement involved a complex balancing of competing interests upon which expert opinion was divided. The Tribunal went on, however, to observe that several more recent decisions had determined that the social and economic context had changed sufficiently since *McKinney* and *Harrison* were decided as to render those decisions no longer applicable to present day circumstances: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 18 and 19.

[36] The Tribunal compared the factual and social context of this case to that which was before the Supreme Court in *McKinney*, finding that the evidence before it demonstrated that mandatory retirement was no longer as prevalent as it had been when *McKinney* was decided. At the time of the hearing, only three provinces allowed for the imposition of mandatory retirement. In all of the other provinces, mandatory retirement was either prohibited, or was permitted only where it was based on a *bona fide* occupational requirement or *bona fide* pension or retirement plan: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 26 and 27.

[37] The Tribunal observed that the abolition of mandatory retirement in these provinces had not spelled the end of deferred compensation, pension and benefit

ait proportionnalité entre les objectifs poursuivis et les effets de la mesure restrictive en cause » : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 12, citant l'arrêt *Oakes*, à la page 139.

[34] Le Tribunal a reconnu que dans des arrêts tels que *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, la Cour suprême du Canada a conclu que les dispositions qui, dans les codes des droits de la personne de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, limitaient la protection de la loi aux personnes âgées de moins de 65 ans constituaient des limites raisonnables au sens de l'article premier de la Charte.

[35] Le Tribunal a également fait remarquer que, dans l'arrêt *McKinney*, les juges majoritaires ont accordé un degré élevé de déférence au législateur, car la question de la retraite obligatoire comprenait une mise en équilibre complexe entre des intérêts opposés au sujet desquels les experts ne parvenaient pas à s'entendre. Il a toutefois fait remarquer qu'il avait été décidé dans plusieurs décisions plus récentes que le contexte social et économique avait suffisamment changé depuis que les arrêts *McKinney* et *Harrison* avaient été tranchés pour que les décisions prises soient aujourd'hui inapplicables : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 18 et 19.

[36] Le Tribunal a comparé le contexte factuel et social de la présente affaire à celui qui avait été soumis à la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*, et il a conclu que la preuve dont il était saisi montrait que la retraite obligatoire n'était plus la norme en vigueur comme elle l'était à l'époque où l'arrêt *McKinney* avait été rendu. Au moment de la tenue de l'audience, seules trois provinces permettaient la retraite obligatoire. Dans toutes les autres provinces, la retraite obligatoire était soit interdite, soit autorisée seulement si elle reposait sur une exigence professionnelle justifiée ou sur un régime de retraite ou de pension existant : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 26 et 27.

[37] Le Tribunal a fait remarquer que l'abolition de la retraite obligatoire dans ces provinces n'avait pas sonné le glas des régimes de rémunération différée, de

schemes, and seniority arrangements: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 29 and 34. The Tribunal also noted that the expert evidence before it called into question the concerns identified by the Supreme Court in *McKinney* as to the potential negative consequences that could flow from the abolition of mandatory retirement for matters such as pension plans and deferred compensation schemes. Consequently, the Tribunal concluded that paragraph 15(1)(c) of the CHRA could not be justified under any of the elements of the *Oakes* test.

[38] It was thus necessary for the Tribunal to go on to consider whether Air Canada and ACPA had demonstrated that mandatory retirement at 60 constituted a *bona fide* occupational requirement for Air Canada pilots.

[39] In answering this question, the Tribunal applied the test established by the Supreme Court in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*), at paragraph 54.

[40] According to the Tribunal, neither Messrs. Vilven and Kelly nor the Commission disputed that the first two components of the *Meiorin* test had been satisfied: that is, that the mandatory retirement provisions of the Air Canada pension plan and the Air Canada/ACPA collective agreement had been adopted for a purpose that was rationally connected to the performance of the job, and that the provisions had been adopted in the honest and good faith belief that they were necessary to the fulfillment of a legitimate work-related purpose.

[41] The “real issue” for the Tribunal was whether Messrs. Vilven and Kelly could be accommodated without causing undue hardship to Air Canada and/or ACPA: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 82–83.

[42] After examining the evidence adduced by the applicants in this regard, the Tribunal found that neither Air Canada nor ACPA had established that the retirement

retraite et de prestations, de même que des modalités relatives à l’ancienneté : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 29 et 34. Il a ajouté que les preuves d’expert qui lui avaient été soumises mettaient en doute les préoccupations relevées par la Cour suprême dans l’arrêt *McKinney* quant aux conséquences néfastes possibles qui pouvaient découler de l’abolition de la retraite obligatoire pour des questions telles que les régimes de retraite et de rémunération différée. Il a donc conclu que l’alinéa 15(1)c) de la LCDP ne pouvait se justifier en fonction de l’un quelconque des éléments du critère de l’arrêt *Oakes*.

[38] Il a donc fallu que le Tribunal examine ensuite si Air Canada et l’APAC avaient établi que la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans constituait, pour les pilotes d’Air Canada, une exigence professionnelle justifiée.

[39] Pour répondre à cette question, le Tribunal a appliqué le critère établi par la Cour suprême dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*), au paragraphe 54.

[40] Selon le Tribunal, ni MM. Vilven et Kelly ni la Commission ne contestaient que l’on avait satisfait aux deux premiers éléments du critère de l’arrêt *Meiorin* : c’est-à-dire, que les dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite d’Air Canada et de la convention collective conclue entre Air Canada et l’APAC avaient été adoptées dans un but qui avait un lien rationnel avec les fonctions de l’emploi occupé, et que ces dispositions avaient été adoptées en étant convaincu de bonne foi qu’elles étaient nécessaires pour atteindre un objectif légitime lié aux fonctions de l’emploi.

[41] La « vraie question » que le Tribunal avait à trancher consistait à savoir s’il était possible de prendre à l’endroit de MM. Vilven et Kelly des mesures d’accommodement sans imposer une contrainte excessive à Air Canada et/ou à l’APAC : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 82 et 83.

[42] Après avoir examiné les preuves produites par les plaignants à cet égard, le Tribunal a conclu que ni Air Canada ni l’APAC n’avaient établi que la mise à la retraite

of Air Canada pilots at age 60 constituted a *bona fide* occupational requirement. Consequently, Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints were deemed to have been substantiated, and the Tribunal retained jurisdiction to deal with the issue of remedy.

VI. Issues

[43] There are two issues on these applications for judicial review. The first is whether the Tribunal erred in finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is not a reasonable limit justifiable in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the Charter.

[44] The second issue is whether the Tribunal erred in determining that Air Canada had not established that the mandatory retirement age provisions of the Air Canada Pension Plan and the Air Canada/ACPA collective agreement constituted a *bona fide* occupational requirement.

VII. Standard of Review

[45] Messrs. Vilven and Kelly, Air Canada and ACPA all agree that the Tribunal's finding as to whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA is saved by section 1 of the Charter is reviewable against the standard of correctness. The Commission takes no position on the Charter issue.

[46] I agree that correctness is the appropriate standard with respect to this aspect of the Tribunal's decision. Charter questions must be decided consistently and correctly: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 58 and 163; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 32. That said, purely factual findings made by the Tribunal in the course

des pilotes d'Air Canada à l'âge de 60 ans constituait une exigence professionnelle justifiée. Il a donc considéré que les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly étaient justifiées, et a conservé la compétence de trancher la question des réparations.

VI. Les questions en litige

[43] Il y a deux questions en litige dans les présentes demandes de contrôle judiciaire. La première consiste à savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'est pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte.

[44] La seconde question consiste à savoir si le Tribunal a commis une erreur en décidant qu'Air Canada n'avait pas établi que les dispositions en matière d'âge obligatoire de la retraite du régime de retraite d'Air Canada et de la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC constituaient une exigence professionnelle justifiée.

VII. La norme de contrôle applicable

[45] MM. Vilven et Kelly, Air Canada et l'APAC conviennent tous que la conclusion du Tribunal quant au fait de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est sauvegardé par l'article premier de la Charte est susceptible de contrôle en fonction de la norme de la décision correcte. La Commission n'adopte aucune position au sujet de la question relative à la Charte.

[46] Je conviens qu'en ce qui concerne cet aspect-là de la décision du Tribunal, c'est la décision correcte qui est la norme applicable. Les questions relatives à la Charte doivent être tranchées de manière constante et correcte : voir les arrêts *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 58 et 163; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504,

of its constitutional analysis are entitled to deference: see, for example, *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, at paragraph 26.

[47] Messrs. Vilven and Kelly, the Commission and Air Canada also agree that the Tribunal's finding as to whether Air Canada had established a *bona fide* occupational requirement defence is reviewable on the reasonableness standard. ACPA takes no position on the *bona fide* occupational requirement issue.

[48] I agree that reasonableness is the applicable standard of review with respect to this aspect of the Tribunal's decision. The question of whether a *bona fide* occupational requirement defence has been made out in a particular case is a question of mixed fact and law, requiring the Tribunal to apply its enabling legislation to the facts before it. Such a finding attracts judicial deference: *National Capital Commission v. Brown*, 2009 FCA 273, 69 C.H.R.R. D/209, at paragraph 5.

[49] In applying the reasonableness standard, the Court must consider the justification, transparency and intelligibility of the decision-making process, and whether the decision falls within the range of possible acceptable outcomes which are defensible in light of the facts and the law: see *Dunsmuir*, at paragraph 47, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59.

VIII. Is Paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* a Reasonable Limit in a Free and Democratic Society?

[50] Before examining this issue, it should be noted that ACPA served a notice of constitutional question on the federal and provincial attorneys general pursuant to the provisions of section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8,

au paragraphe 32. Cela dit, les conclusions de nature purement factuelle que tire le Tribunal dans le cadre de son analyse constitutionnelle ont droit à un certain degré de retenue : voir, par exemple, l'arrêt *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, au paragraphe 26.

[47] MM. Vilven et Kelly, la Commission et Air Canada conviennent également que la conclusion du Tribunal quant à la question de savoir si Air Canada avait établi l'existence d'une défense fondée sur l'exigence professionnelle justifiée est susceptible de contrôle selon la norme de la raisonabilité. L'APAC n'adopte aucune position au sujet de la question de l'exigence professionnelle justifiée.

[48] Je conviens que la raisonabilité est la norme de contrôle qui s'applique à cet aspect de la décision du Tribunal. La question de savoir si le moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle justifiée a été établi dans une affaire particulière est une question mixte de fait et de droit, qui oblige le Tribunal à appliquer sa loi habilitante aux faits qui lui sont soumis. Une telle conclusion donne lieu à un degré de retenue judiciaire : *Commission de la capitale nationale c. Brown*, 2009 CAF 273, au paragraphe 5.

[49] En appliquant la norme de la raisonabilité, la Cour se doit de prendre en considération la justification, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel, et déterminer si la décision appartient aux issues possibles acceptables qui peuvent se justifier au regard des faits et du droit : voir l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 47, et l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59.

VIII. L'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constitue-t-il une limite raisonnable dans une société libre et démocratique?

[50] Avant d'analyser cette question, il convient de signaler que l'APAC a signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et à ceux des provinces en application des dispositions de l'article 57

s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], advising that the constitutional validity of paragraph 15(1)(c) of the CHRA is in issue in these applications. None of the attorneys general have elected to participate in these proceedings.

[51] There is no question that the Canadian Human Rights Tribunal has the power to decide Charter questions, as the CHRA statutorily empowers the Tribunal to decide questions of law: see subsection 50(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27], and *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, above, at paragraph 3.

[52] The parties agree that the onus of justifying the limitation on Messrs. Vilven and Kelly's equality rights rests on Air Canada and ACPA: see *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at page 520. The standard of proof under section 1 of the Charter is the ordinary civil standard, that is, the balance of probabilities: *Oakes*, at page 137.

[53] There is also no dispute that the *Oakes* test applied by the Tribunal in deciding whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA can be justified under section 1 of the Charter is the appropriate test.

A. The Supreme Court of Canada's Mandatory Retirement Jurisprudence

[54] The issue of mandatory retirement has been considered by the Supreme Court of Canada on a number of occasions in the last 30 years. Before applying the *Oakes* test to the facts of this case, and in order to put that discussion into context, it is helpful to start by looking at what the Supreme Court has said on the subject.

(i) *Ontario (Human Rights Commission) v. Etobicoke*

[55] Mandatory retirement first came before the Supreme Court in the early 1980s in *Ontario Human*

[mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], afin d'indiquer que la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP était en litige dans les présentes demandes. Aucun des procureurs généraux n'a décidé de prendre part à la présente instance.

[51] Il ne fait aucun doute que le Tribunal canadien des droits de la personne a le pouvoir de trancher des questions relatives à la Charte, car la LCDP habilite législativement le Tribunal à trancher des questions de droit : voir le paragraphe 50(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] ainsi que l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, précité, au paragraphe 3.

[52] Les parties conviennent qu'il incombe à Air Canada et à l'APAC de justifier la limite imposée aux droits à l'égalité dont jouissent MM. Vilven et Kelly : voir l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la page 520. La norme de preuve exigée au regard de l'article premier de la Charte est la norme civile ordinaire, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités : *Oakes*, à la page 137.

[53] Il n'est pas non plus contesté que le critère de l'arrêt *Oakes* que le Tribunal a appliqué pour décider si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP se justifie au regard de l'article premier de la Charte est le critère qui convient.

A. La jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de retraite obligatoire

[54] La Cour suprême du Canada a étudié la question de la retraite obligatoire à un certain nombre de reprises au cours des 30 dernières années. Avant d'appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* aux faits de l'espèce, et pour situer cette analyse dans son juste contexte, il est utile de commencer par examiner ce que la Cour suprême dit sur le sujet.

i) *Ontario (Commission ontarienne des droits de la personne) c. Etobicoke*

[55] La question de la retraite obligatoire a été soumise pour la première fois à la Cour suprême au début des

Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202. The appellants in that case were firemen employed by the Borough of Etobicoke. Each had filed a complaint under the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318, because he had been forced to retire at age 60 pursuant to the collective agreement governing the terms of his employment.

[56] The *Ontario Human Rights Code* provided that the prohibition on age discrimination did not apply in cases where age could be shown to be a *bona fide* occupational requirement for the position in question. A human rights board of inquiry determined that the municipality had not established the existence of a *bona fide* occupational requirement for its firefighters. That decision was overturned by the Ontario Divisional Court, and the Divisional Court's decision was subsequently confirmed by the Ontario Court of Appeal.

[57] In restoring the decision of the board of inquiry, the Supreme Court found that the evidence adduced by the employer failed to establish that being under 60 was a *bona fide* occupational requirement. The Court observed that everyone ages chronologically at the same rate, but that individuals may age in a "functional sense" at very different and largely unpredictable rates. The Court went on to observe that in cases where the employer's concern is one of productivity rather than safety, "it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code": at page 209.

[58] The Court rejected the employer's argument that the mandatory retirement age at issue should be considered to be a *bona fide* occupational requirement as it had been agreed to as part of a collective agreement: at page 212. As the Code had been enacted for the benefit of both the community at large and of its individual members, the Supreme Court was of the view that its

années 1980, dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202. Dans cette affaire, les appelants étaient des pompiers au service de la municipalité d'Etobicoke; chacun avait déposé une plainte en vertu du *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318, parce qu'il avait été contraint de prendre sa retraite à l'âge de 60 ans aux termes de la convention collective régissant les conditions de son emploi.

[56] L'*Ontario Human Rights Code* prévoyait que l'interdiction relative à la discrimination fondée sur l'âge ne s'appliquait pas dans les cas où l'on pouvait établir que, pour l'emploi en question, l'âge était une exigence professionnelle justifiée. Un commissaire-enquêteur a jugé que la municipalité n'avait pas établi l'existence d'une telle exigence pour ses pompiers. Cette décision a été infirmée par la Cour divisionnaire de l'Ontario, et la décision de cette dernière a par la suite été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario.

[57] En rétablissant la décision du commissaire-enquêteur, la Cour suprême a conclu que les preuves que l'employeur avait produites n'établissaient pas que le fait d'être âgé de moins de 60 ans était une exigence professionnelle réelle justifiée. La Cour suprême a fait remarquer que, chronologiquement, tous vieillissent au même rythme mais, « au sens fonctionnel », le vieillissement se fait à des rythmes très différents et est difficilement prévisible. Elle a ensuite fait remarquer que lorsque l'employeur se soucie de la productivité plutôt que de la sécurité, « il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code » : à la page 209.

[58] La Cour suprême a rejeté l'argument de l'employeur selon lequel il fallait considérer l'âge de la retraite obligatoire en litige comme une exigence professionnelle réelle justifiée car c'est ce qui avait été convenu dans le cadre d'une convention collective : à la page 212. La Cour suprême a exprimé l'avis qu'étant donné que le Code avait été adopté dans l'intérêt de l'ensemble de la

protection could not be waived or varied by private contract: at pages 213–214.

(ii) *McKinney v. University of Guelph*

[59] The issue of mandatory retirement was back before the Supreme Court in the early 1990's in a series of cases brought under section 15 of the Charter: *McKinney*; *Harrison*; *Stoffman*; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570.

[60] The judgments in all four cases were rendered at the same time, with *McKinney* as the lead decision. Air Canada and ACPA argue that *McKinney* was binding on the Tribunal, and should have dictated a finding by the Tribunal that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was saved by section 1 of the Charter. By failing to follow *McKinney*, the applicants say that the Tribunal erred in law. In light of this argument, it is necessary to examine the Court's reasoning in *McKinney* in some detail.

[61] The appellants in *McKinney* were university professors at four Ontario universities who were forced to retire at age 65, in accordance with the universities' mandatory retirement policies. As in the present case, the professors were unable to seek recourse under human rights legislation, because paragraph 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, limited the protection against age discrimination in employment afforded by the Code to those between the ages of 18 and 65.

[62] The majority judgment held that universities do not form part of "government", and that the reach of the Charter is limited to government action. However, the Court went on in *obiter* to examine the universities' retirement policies on the assumption that the universities were government actors, finding them to be justifiable.

collectivité et de chacun de ses membres, on ne pouvait pas renoncer ou modifier par contrat privé la protection qu'il offrait : aux pages 213 et 214.

ii) *McKinney c. Université de Guelph*

[59] La question de la retraite obligatoire a été soumise une fois de plus à la Cour suprême au début des années 1990, dans une série d'affaires déposées en vertu de l'article 15 de la Charte : *McKinney*; *Harrison*; *Stoffman*; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570.

[60] Dans les quatre affaires, les jugements ont été rendus en même temps, et l'arrêt *McKinney* a été la décision principale. Air Canada et l'APAC soutiennent que le Tribunal est lié par l'arrêt *McKinney* et qu'il aurait donc dû conclure que l'alinéa 15(1)(c) de la LCDP était sauvegardé par l'article premier de la Charte. Les demanderesse font valoir qu'en omettant de suivre l'arrêt *McKinney*, le Tribunal a commis une erreur de droit. Compte tenu de cet argument, il est nécessaire d'examiner de façon assez détaillée le raisonnement que la Cour suprême a suivi dans cet arrêt.

[61] Dans l'arrêt *McKinney*, les appelants étaient des professeurs de quatre universités de l'Ontario qui avaient été contraints de prendre leur retraite à l'âge de 65 ans, conformément aux politiques de ces universités en matière de retraite obligatoire. Comme dans le cas présent, les professeurs ne pouvaient pas solliciter un recours en vertu de la législation relative aux droits de la personne, car l'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne (1981)*, S.O. 1981, ch. 53, de l'Ontario limitait la protection qu'accordait le Code contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi aux personnes dont l'âge se situait entre 18 et 65 ans.

[62] Les juges majoritaires ont conclu que les universités ne faisaient pas partie du « gouvernement » et que la portée de la Charte se limitait aux fonctions de nature gouvernementale. Cependant, la Cour suprême a ensuite examiné à titre incident les politiques de retraite des universités en se fondant sur l'hypothèse que ces

[63] Insofar as the constitutionality of paragraph 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981* was concerned, the Supreme Court was unanimous in finding that the statutory provision in issue violated subsection 15(1) of the Charter, as it deprived individuals of a benefit under the Code on the basis of an enumerated ground. The Court was, however, divided on the question of whether the provision was justifiable under section 1 of the Charter.

[64] Justice La Forest wrote the majority judgment, with Chief Justice Dickson and Justice Gonthier concurring. Justices Cory and Sopinka each wrote separate reasons, concurring in the result. Justices Wilson and L'Heureux-Dubé each wrote dissenting judgments disagreeing with the majority as to whether paragraph 9(a) of the Code could be justified under section 1.

[65] Justice La Forest began by reviewing the history and role of mandatory retirement in Canada. He observed that by 1970, public and private pension plans had been established to provide income security after the age of 65 and that as of 1990, mandatory retirement was “part of the very fabric of the organization of the labour market in this country”: at page 295.

[66] The objectives of the legislation were described by Justice La Forest as being an effort to balance the Legislature’s concern for denying protection beyond age 65 against the fear that such a change could result in delayed retirement and delayed benefits for older workers. Concern was also expressed as to the potential impact that a change would have for labour markets and pensions. In Justice La Forest’s view, these objectives were pressing and substantial.

[67] The majority also found that paragraph 9(a) of the Code was rationally connected to these objectives. In this regard, Justice La Forest observed that “there is nothing irrational in a system that permits those in the private

dernières étaient des organismes gouvernementaux, et elle a conclu que ces politiques étaient justifiables.

[63] Quant à la constitutionnalité de l’alinéa 9a) du *Code des droits de la personne (1981)* de l’Ontario, les juges de la Cour suprême ont été unanimes à conclure que la disposition législative en litige violait le paragraphe 15(1) de la Charte car il privait des personnes d’un avantage conféré par le Code pour l’un des motifs énumérés. Ils ont toutefois été partagés sur la question de savoir si la disposition pouvait se justifier au regard de l’article premier de la Charte.

[64] C’est le juge La Forest qui a rédigé le jugement de la majorité, et le juge en chef Dickson et le juge Gonthier y ont souscrit. Les juges Cory et Sopinka ont écrit chacun des motifs distincts, en souscrivant au résultat. Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé ont toutes deux rédigé des jugements dissidents, n’étant pas d’accord avec la majorité à propos de la question de savoir si l’alinéa 9a) pouvait se justifier au regard de l’article premier.

[65] Le juge La Forest a commencé par passer en revue l’historique et le rôle de la retraite obligatoire au Canada. En 1970, a-t-il fait remarquer, des régimes de retraite publics et privés avaient été établis pour assurer la sécurité du revenu après l’âge de 65 ans et, depuis 1990, la retraite obligatoire faisait « maintenant partie de l’organisation même du marché du travail dans notre pays » : à la page 295.

[66] Selon le juge La Forest, les objectifs de la loi visaient à mettre en équilibre la préoccupation du législateur à l’égard de l’absence de protection après l’âge de 65 ans et la crainte qu’un tel changement puisse obliger à repousser la date de la retraite et à en retarder ses avantages pour les travailleurs plus âgés. Il a aussi été fait état de l’effet possible qu’un tel changement aurait pour le marché du travail et les régimes de retraite. De l’avis du juge La Forest, ces objectifs étaient urgents et réels.

[67] La majorité a également conclu que l’alinéa 9a) du Code avait un lien rationnel avec ces objectifs et, à cet égard, le juge La Forest a fait remarquer que « le système qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-

sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity”: at page 304.

[68] In relation to the issue of minimal impairment, Justice La Forest noted that where the Legislature was faced with competing socio-economic theories and social science evidence, it was entitled to choose between them and to proceed cautiously in effecting change. The question for the Court was whether the government had a *reasonable basis* for concluding that the legislation impaired the relevant right as little as possible, in light of the government’s pressing and substantial objectives: at page 315.

[69] In addressing this question, Justice La Forest described the issue of mandatory retirement as being a complex socio-economic one, which involved “the basic and interconnected rules of the workplace throughout the whole of our society”: at page 302. He explained that mandatory retirement was part of “a complex, interrelated, lifetime contractual arrangement involving something like deferred compensation”, particularly in union-organized workplaces, where “seniority serves as something of a functional equivalent to tenure”: at pages 306–307.

[70] Justice La Forest further observed that the ramifications that the abolition of mandatory retirement would have for the organization of the workplace, and for society in general, were things that could not readily be measured: at page 304.

[71] Finally, Justice La Forest found that there was proportionality between the effects of paragraph 9(a) of the Code on the guaranteed right, and the objectives of the provision. He observed that a Legislature is not obliged to deal with all aspects of a problem at once, and that it should be permitted to take incremental measures in relation to issues such as mandatory retirement: at page 317.

[72] Justices Cory and Sopinka agreed in their concurring reasons that paragraph 9(a) of the Code was saved under section 1 of the Charter.

mêmes l’âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d’activité n’a rien d’absurde » : à la page 304.

[68] Pour ce qui est de la question de l’atteinte minimale, le juge La Forest a fait remarquer que lorsque le législateur avait devant lui des théories socio-économiques contradictoires et des preuves liées aux sciences sociales, il lui était loisible de faire un choix entre elles et d’agir avec prudence en apportant des modifications. La question dont la Cour était saisie consistait à savoir si le gouvernement était *raisonnablement fondé* à conclure que la loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement : à la page 315.

[69] En traitant de cette question, le juge La Forest a qualifié la question de la retraite obligatoire de problème socio-économique complexe, faisant intervenir « les règles fondamentales et intimement liées du milieu du travail à l’intérieur de toute notre société » : à la page 302. Il a expliqué que la retraite obligatoire faisait partie d’« ententes contractuelles intimement liées et applicables pendant la vie active et [qu’elle comportait] quelque chose comme des prestations de rémunération différée », surtout dans le cas des travailleurs syndiqués où « l’ancienneté joue en quelque sorte le rôle équivalent de la permanence » : à la page 307.

[70] Le juge La Forest a fait remarquer de plus que les incidences qu’aurait l’abolition de la retraite obligatoire pour l’organisation du milieu du travail, et pour la société en général, n’étaient pas des questions que l’on pouvait évaluer précisément : à la page 304.

[71] Enfin, le juge La Forest a conclu qu’il y avait une proportionnalité entre les effets de l’alinéa 9a) du Code sur le droit garanti et les objectifs de la disposition. Un législateur, a-t-il ajouté, n’est pas tenu de traiter de tous les aspects d’un problème à la fois, et il doit pouvoir adopter des mesures progressives en rapport avec des questions telles que la retraite obligatoire : à la page 317.

[72] Les juges Cory et Sopinka, dans leurs motifs concourants, ont convenu que l’alinéa 9a) du Code était sauvegardé par l’article premier de la Charte.

[73] In contrast, Justice Wilson observed that paragraph 9(a) of the Code did not only allow for mandatory retirement; it also permitted age discrimination in the employment context in all its forms for those over the age of 65. As a consequence, she was of the view that the rational connection branch of the *Oakes* test had not been met: at page 414.

[74] More importantly for our purposes, Justice Wilson found that the legislation did not meet the minimal impairment component of the *Oakes* test. She noted that older workers would suffer disproportionately greater hardship as a result of the infringement of their equality rights. She also observed that women are negatively affected by mandatory retirement, as they often have interrupted work histories as a result of their having assumed childcare responsibilities, with the resultant loss of pensionable earnings: at pages 414–416.

[75] Justice Wilson recognized that mandatory retirement requirements are often the product of collective bargaining. However, she also observed that even if it were acceptable for citizens to bargain away their fundamental human rights in exchange for economic gain, the fact was that the majority of working people in Ontario did not have access to such beneficial contractual arrangements: at page 415.

[76] Justice L'Heureux-Dubé agreed with Justice Wilson that paragraph 9(a) of the Code could not be justified under section 1 of the Charter. She found that there was no convincing evidence that mandatory retirement was intimately related to the tenure system. In her view, the value of tenure was threatened, not by the aging process, but by the incompetence of individual workers. Discrepancies between the physical and intellectual abilities of older workers versus younger workers were compensated for by older workers' increased experience and wisdom, as well as the skills they had acquired over time. Consequently she found there to be no pressing and substantial objective addressed by the universities' mandatory retirement policy: at pages 430–432.

[73] Par contraste, la juge Wilson a fait remarquer que l'alinéa 9a) du Code ne faisait pas que permettre la retraite obligatoire; il avait aussi pour effet de permettre toute forme de discrimination fondée sur l'âge en matière de travail envers les personnes âgées de plus de 65 ans. Elle a donc exprimé l'avis qu'il n'était donc pas satisfait au volet du lien rationnel énoncé dans le critère de l'arrêt *Oakes* : à la page 414.

[74] Ce qui importe davantage pour le cas qui nous occupe, la juge Wilson a conclu que la loi ne satisfaisait pas à l'élément de l'atteinte minimale que comporte le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Elle a fait remarquer que les travailleurs âgés, à cause de l'atteinte à leur droit à l'égalité, subiraient disproportionnellement plus de difficultés. Elle a aussi ajouté que les femmes étaient négativement touchées par la retraite obligatoire, car leurs antécédents de travail étaient souvent interrompus à cause des responsabilités liées aux soins des enfants, ce qui pouvait les priver des bénéfices d'un régime de retraite : aux pages 414 à 416.

[75] La juge Wilson a reconnu que les exigences en matière de retraite obligatoire sont souvent le produit de négociations collectives. Cependant, elle a fait remarquer aussi que même s'il était acceptable que des citoyens écartent par entente leurs droits fondamentaux en échange d'un gain économique, il restait que la majorité des travailleurs de l'Ontario n'avaient pas accès à de tels arrangements : à la page 415.

[76] La juge L'Heureux-Dubé a convenu avec la juge Wilson que l'alinéa 9a) du Code n'était pas justifiable au regard de l'article premier de la Charte. Elle a conclu qu'il n'y avait aucune preuve convaincante que la retraite obligatoire était intimement liée au système de permanence. À son avis, la valeur de la permanence était menacée non pas par le vieillissement, mais par l'incompétence. Les différences entre les capacités physiques et intellectuelles des travailleurs âgés et celles des travailleurs plus jeunes étaient compensées par l'expérience et la sagesse plus grandes des travailleurs âgés, ainsi que par les habiletés qu'ils avaient acquises au fil du temps. Elle a donc conclu que la politique de retraite obligatoire des universités ne satisfaisait à aucun objectif urgent et réel : aux pages 430 à 432.

[77] Justice L'Heureux-Dubé was further of the view that the means chosen by the Legislature were too intrusive. Individuals over 65 were excluded from the protection of the Code solely because of their age, without regard to their individual circumstances. She noted that the adverse effects of mandatory retirement are most painfully felt by the poor, and that women are particularly negatively affected as they are less likely to have accumulated adequate pensions: at pages 433–434.

[78] In the absence of a reasonable justification for a legislative scheme permitting compulsory retirement at age 65, Justice L'Heureux-Dubé would have struck out paragraph 9(a) of the Code in its entirety as unconstitutional.

[79] At the same time that it rendered judgment in *McKinney*, the Supreme Court of Canada also released its decisions in the three companion cases of *Harrison*, *Stoffman* and *Douglas College*. As these cases relied heavily on the reasoning in *McKinney*, I will refer to each of them only briefly.

(iii) *Harrison v. University of British Columbia*

[80] *Harrison* involved a challenge to the University of British Columbia's mandatory retirement policy. There was also a challenge to the constitutionality of the definition of "age" in section 1 of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, which limited the protection of the Act to those between the ages of 45 and 65.

[81] The majority decision held that because the facts, issues and constitutional questions in *Harrison* were similar to those considered in *McKinney*, *Harrison* was governed by that case. As a consequence, *Harrison* adds little to the analysis. However, it does bear noting that Justices Wilson and L'Heureux-Dubé once again dissented on the section 1 issue.

[77] La juge L'Heureux-Dubé a de plus exprimé l'opinion que les moyens choisis par le législateur étaient trop envahissants. Les personnes âgées de plus de 65 ans étaient exclues de la protection du Code uniquement du fait de leur âge, indépendamment des circonstances qui leur étaient propres. Elle a ajouté que c'étaient les démunis qui ressentait le plus douloureusement les effets de la retraite obligatoire, et que les femmes étaient particulièrement touchées en ce sens qu'elles étaient moins susceptibles d'avoir accumulé une pension suffisante : aux pages 433 et 434.

[78] En l'absence de justification raisonnable pour un régime législatif permettant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, la juge L'Heureux-Dubé aurait radié dans son intégralité l'alinéa 9a) du Code comme étant inconstitutionnel.

[79] En même temps qu'elle a rendu son jugement dans l'affaire *McKinney*, la Cour suprême du Canada a aussi publié ses décisions dans les trois arrêts connexes que sont *Harrison*, *Stoffman* et *Douglas College*. Comme ces affaires reposent dans une large mesure sur le raisonnement exposé dans l'arrêt *McKinney*, je ne ferai référence que brièvement à chacune d'elles.

iii) *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*

[80] Dans l'arrêt *Harrison*, il était question d'une contestation de la politique de retraite obligatoire de l'Université de la Colombie-Britannique. Il était question aussi de la constitutionnalité de la définition du mot [TRADUCTION] « âge » à l'article premier de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, de la Colombie-Britannique qui limitait la protection de la Loi aux personnes âgées entre 45 et 65 ans.

[81] La Cour, dans la décision majoritaire, a conclu qu'étant donné que les faits, les points en litige et les questions constitutionnelles dans l'arrêt *Harrison* étaient semblables à ceux qui avaient été examinés dans *McKinney*, *Harrison* était régi par cet arrêt. En conséquence, l'arrêt *Harrison* n'ajoute pas grand-chose à l'analyse. Mais il vaut toutefois la peine de signaler que

les juges Wilson et L'Heureux-Dubé ont une fois de plus exprimé leur dissidence à l'égard de la question de l'article premier.

(iv) *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*

[82] The appeal in *Douglas College* involved another challenge to a mandatory retirement provision in a collective agreement. The case was disposed of on jurisdictional grounds, the question being whether the arbitrator had jurisdiction to decide Charter issues. The Court determined that the arbitrator did indeed have jurisdiction to decide Charter issues. However, as the arbitrator had not considered whether the breach of section 15 of the Charter was justified under section 1 of the Charter, the Court did not deal with this question.

(v) *Stoffman v. Vancouver General Hospital*

[83] *Stoffman* involved a challenge brought by doctors with admitting privileges at the Vancouver General Hospital. A hospital Medical Staff Regulation stipulated that doctors had to retire at the age of 65, unless they were able to demonstrate that they could offer something unique to the hospital.

[84] The doctors were not hospital employees, and thus did not benefit from the protection against age-based employment discrimination provided by the British Columbia *Human Rights Act*. The Supreme Court found that the doctors were also unable to claim the protection of the Charter, as hospitals were not part of government.

[85] Even if the Charter had applied, the majority would have found that the discriminatory mandatory retirement Regulation would have been saved by section 1 for the reasons given in *McKinney*. Justices Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory dissented.

iv) *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*

[82] Dans l'arrêt *Douglas College*, l'appel concernait une autre contestation relative à une disposition en matière de retraite obligatoire incluse dans une convention collective. L'affaire a été tranchée pour des raisons de compétence, la question étant celle de savoir si l'arbitre avait compétence pour trancher des questions relatives à la Charte. La Cour suprême a statué que l'arbitre avait bel et bien compétence pour le faire. Cependant, comme ce dernier n'avait pas examiné si la violation de l'article 15 de la Charte se justifiait au regard de l'article premier de cette dernière, la Cour n'a pas traité de cet aspect.

v) *Stoffman c. Vancouver General Hospital*

[83] Dans l'arrêt *Stoffman*, il était question d'une contestation de la part de médecins ayant des privilèges d'admission au Vancouver General Hospital. Un règlement des Medical Staff Regulations de l'hôpital exigeait que les médecins prennent leur retraite à l'âge de 65 ans, à moins de pouvoir démontrer qu'ils avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital.

[84] Les médecins n'étaient pas des employés de l'hôpital, et ils ne bénéficiaient donc pas de la protection que prévoit la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique contre la discrimination fondée sur l'âge dans le cadre des emplois. La Cour suprême a conclu que les médecins ne pouvaient pas non plus se prévaloir de la protection de la Charte, car les hôpitaux ne faisaient pas partie du gouvernement.

[85] Même si la Charte s'était appliquée, la majorité aurait conclu que le règlement relatif à la retraite obligatoire qui était discriminatoire aurait été sauvegardé par l'article premier pour les motifs indiqués dans l'arrêt *McKinney*. Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory ont exprimé leur dissidence.

(vi) *Dickason v. University of Alberta*

[86] Two years after rendering its decisions in *McKinney* and its companion cases, the issue of mandatory retirement in the university setting was back before the Supreme Court in *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103.

[87] The issue in *Dickason* was whether *McKinney* fully decided “whether a mandatory retirement policy in a private employment setting can be justified pursuant to the provisions of s. 11.1 of the *IRPA* [*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2]”: at page 1128. Once again, the majority and dissenting judgments revealed deep divisions within the Supreme Court on this issue.

[88] As in *McKinney*, the appellant in *Dickason* was a tenured professor who was forced to retire at age 65, in accordance with a clause in her collective agreement. Dr. Dickason filed a complaint with the Alberta Human Rights Commission alleging that the mandatory retirement provision of the collective agreement violated the *IRPA* [*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2].

[89] Unlike the Ontario and British Columbia human rights legislation at issue in *McKinney* and *Harrison*, the *IRPA* did not limit its protection against age-based employment discrimination to those under the age of 65. Rather, section 11.1 [as enacted by S.A. 1985, c. 33, s. 5] of the *Individual’s Rights Protection Act* prohibited such discrimination unless an employer could demonstrate that it was “reasonable and justifiable in the circumstances”. Dr. Dickason did not challenge the constitutional validity of section 11.1 under the Charter, but rather the university’s claim that the mandatory retirement requirement in issue was reasonable and justifiable.

[90] In rejecting Dr. Dickason’s appeal from the dismissal of her human rights complaint, Justice Cory (writ-

vi) *Dickason c. Université de l’Alberta*

[86] Deux ans après que la Cour suprême eut rendu ses décisions dans l’arrêt *McKinney* et les arrêts connexes, la question de la retraite obligatoire dans le milieu universitaire lui a été soumise de nouveau dans l’affaire *Dickason c. Université de l’Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103.

[87] Dans l’arrêt *Dickason*, la question consistait à savoir si l’arrêt *McKinney* tranchait pleinement « la question de savoir si une politique de mise à la retraite obligatoire dans le cadre d’un emploi privé [pouvait] être justifiée aux termes de l’art. 11.1 de l’*IRPA* [*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2] » : à la page 1128. Là encore, les jugements majoritaires et dissidents ont mis au jour de profondes divisions au sein de la Cour suprême sur la question.

[88] Comme dans l’arrêt *McKinney*, l’appelante, dans l’arrêt *Dickason*, était une professeure permanente qui avait été contrainte de prendre sa retraite à l’âge de 65 ans, conformément à une clause figurant dans sa convention collective. M^{me} Dickason avait porté plainte auprès de l’Alberta Human Rights Commission, alléguant que la disposition en matière de retraite obligatoire de la convention collective violait l’*IRPA* [*Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2].

[89] Contrairement aux lois sur les droits de la personne de l’Ontario et de la Colombie-Britannique qui étaient en litige dans les arrêts *McKinney* et *Harrison*, l’*IRPA* ne limitait pas sa protection contre la discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi aux personnes âgées de moins de 65 ans. L’article 11.1 [édicte par S.A. 1985, ch. 33, art. 5] de l’*IRPA* interdisait cette discrimination, sauf si un employeur pouvait démontrer qu’elle était [TRADUCTION] « raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances ». M^{me} Dickason ne contestait pas la validité constitutionnelle de l’article 11.1 en vertu de la Charte, mais plutôt la prétention de l’Université selon laquelle l’exigence de la retraite obligatoire qui était en litige était raisonnable et justifiable.

[90] En rejetant l’appel de M^{me} Dickason contre le rejet de sa plainte relative aux droits de la personne, le

ing for a majority including Justices La Forest, Gonthier and Iacobucci), discussed the difference between the rights conferred by human rights legislation and those conferred by the Charter. He noted that human rights legislation is aimed at regulating the action of private individuals, whereas the Charter's goal is to regulate government action: at pages 1121–1122.

[91] As a consequence, although the decision in *McKinney* provided guidance, Justice Cory held that it did not determine the outcome of Dr. Dickason's case, as no deference was owed to the policy choices of the university as a private institution: at pages 1123–1124.

[92] While recognizing that parties may not generally contract out of human rights statutes, Justice Cory noted that the mandatory retirement provision at issue was arrived at through the collective bargaining process. In his view, this could provide evidence of the reasonableness of a practice which appeared on its face to be discriminatory: at page 1131.

[93] With this in mind, Justice Cory examined whether the objectives of promoting tenure, academic renewal, planning and resource management, and retirement with dignity justified the placing of age limits on the substantive rights to equal treatment: at page 1128. The evidence regarding the role of mandatory retirement in this context was very similar to that which was before the Court in *McKinney*, and the majority concluded that the mandatory retirement policy was reasonable and justifiable.

[94] Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin [as she then was] dissented, finding the university's mandatory retirement policy to be neither reasonable nor justifiable. Given that parties generally cannot contract out of human rights legislation, the dissenting judges were of the view that the fact that the mandatory retirement requirement

juge Cory (s'exprimant au nom d'une majorité des juges, comprenant les juges La Forest, Gonthier et Iacobucci) a analysé la différence qui existe entre les droits conférés par une loi relative aux droits de la personne et ceux que confère la Charte. Il a fait remarquer qu'une loi sur les droits de la personne vise à réglementer la conduite d'acteurs privés, tandis que la Charte a pour but de réglementer les actions de l'État : aux pages 1121 et 1122.

[91] En conséquence, le juge Cory a conclu que même si la décision rendue dans l'arrêt *McKinney* donnait quelques lignes directrices, elle ne déterminait pas l'issue de l'affaire de M^{me} Dickason, car il n'était pas obligatoire de faire preuve de retenue à l'égard des choix de politique de l'Université en tant qu'institution privée : aux pages 1123 et 1124.

[92] Tout en reconnaissant que les parties ne peuvent généralement pas renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne, le juge Cory a fait remarquer que la disposition en matière de retraite obligatoire qui était en litige était le résultat du processus de négociation collective. À son avis, cela pouvait fournir une preuve du caractère raisonnable d'une pratique qui semblait à première vue discriminatoire : à la page 1131.

[93] Gardant cela à l'esprit, le juge Cory a examiné si les objectifs de la promotion de la permanence, du renouvellement du corps professoral, de la planification et de la gestion des ressources ainsi que de la mise à la retraite dans la dignité justifiaient l'imposition de limites fondées sur l'âge aux droits fondamentaux à un traitement égal : à la page 1128. La preuve concernant le rôle de la retraite obligatoire dans ce contexte était fort semblable à celle qui avait été soumise à la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*, et la majorité a conclu que la politique de retraite obligatoire était raisonnable et justifiable.

[94] Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin [maintenant juge en chef] ont exprimé leur dissidence, concluant que la politique de retraite obligatoire de l'Université n'était ni raisonnable ni justifiable. Les juges dissidentes ont exprimé l'avis que, étant donné que les parties ne peuvent généralement pas renoncer par contrat à l'appli-

was found in a collective agreement was not evidence of the reasonableness of the discriminatory practice in Dr. Dickason's case. While accepting that this could be a factor to consider in exceptional circumstances, the collective agreement would nevertheless have to be carefully scrutinized in order to ensure that it was truly freely negotiated, and did not discriminate unfairly against a minority of the union membership: at pages 1170–1171.

[95] Justice Sopinka concurred with Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin, holding that Dr. Dickason's appeal should be allowed on the basis that the board of inquiry had found only a weak connection between the University's objective and its mandatory retirement policy. The Board had also found that there were other, more reasonable ways for the University to achieve its objectives, and that no valid reason for disturbing these factual findings had been demonstrated.

(vii) *New Brunswick v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*

[96] As will be discussed below, there have been calls in recent years for the Supreme Court of Canada to revisit the issue of mandatory retirement. This was explicitly recognized by the Court itself in *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604.

[97] The Supreme Court left the door open for a reconsideration of mandatory retirement in the appropriate case: at paragraph 4. However, the facts of the *Potash* case did not present the proper opportunity for such a reconsideration, as no constitutional challenge had been made to the relevant provision of the New Brunswick *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11.

cation d'une loi sur les droits de la personne, le fait que l'exigence de la retraite obligatoire figurait dans une convention collective n'était pas une preuve du caractère raisonnable de la pratique discriminatoire dans le cas de M^{me} Dickason. Tout en reconnaissant qu'il pouvait s'agir là d'un facteur à prendre en considération dans des circonstances exceptionnelles, il convenait néanmoins d'examiner avec soin la convention collective afin de s'assurer qu'elle avait été véritablement négociée de manière libre et qu'elle n'était pas injustement discriminatoire envers une minorité des membres du syndicat : aux pages 1170 et 1171.

[95] Souscrivant aux propos des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, le juge Sopinka a décrété qu'il fallait faire droit à l'appel de M^{me} Dickason au motif que le commissaire-enquêteur n'avait trouvé qu'un lien ténu entre l'objectif de l'Université et sa politique de retraite obligatoire. Le commissaire-enquêteur avait aussi conclu qu'il y avait, pour l'Université, d'autres moyens plus raisonnables d'atteindre ses objectifs, et qu'on n'avait fait la preuve d'aucune raison valable de modifier ces conclusions de fait.

vii) *Nouveau-Brunswick c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*

[96] Comme nous le verrons plus loin, la Cour suprême du Canada a été appelée à plusieurs reprises ces dernières années à revenir sur la question de la retraite obligatoire. La Cour suprême l'a elle-même reconnu explicitement dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604.

[97] La Cour suprême n'a pas écarté la possibilité de procéder à un réexamen de la retraite obligatoire, si besoin était : au paragraphe 4. Cependant, les faits dont il était question dans l'arrêt *Potash* n'offraient pas une occasion appropriée de le faire, car aucune contestation constitutionnelle n'avait été formulée contre la disposition pertinente de la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, du Nouveau-Brunswick.

B. Why the Supreme Court's Decision in *McKinney* Does Not Determine the Result of this Case

[98] Air Canada and ACPA argue that the Supreme Court's decision in *McKinney* was binding on the Tribunal, and, as such, should have dictated a finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was saved by section 1 of the Charter. According to Air Canada and ACPA, there are no factual or evidentiary differences in this case that are sufficiently material as to justify a different conclusion on the section 1 issue.

[99] The applicants contend that the only real change that had taken place between the time of the Supreme Court's decision in *McKinney* and the hearing before the Tribunal in this case was that mandatory retirement had been abolished in Ontario, a development that occurred *after* the termination of Messrs. Vilven and Kelly's employment with Air Canada. This single development did not, in the applicants' view, permit the Tribunal to refuse to follow *McKinney*.

[100] Our legal system operates on the principle of *stare decisis*. That is, in the interest of providing certainty to the law, decisions of appellate courts are binding on trial courts and should ordinarily be followed in cases involving similar facts.

[101] While recognizing that Supreme Court of Canada decisions are unquestionably binding on both the Tribunal and on this Court, there are four reasons why the Supreme Court's decisions in *McKinney* and its companion cases should not dictate the result of this case. These are:

1. The significant differences between the legislative provisions in issue;
2. The clear indication in *McKinney* that the Supreme Court did not intend that the decision be the final word on the subject of mandatory retirement for all time;

B. Les raisons pour lesquelles la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney* ne dicte pas le résultat de la présente affaire

[98] Air Canada et l'APAC soutiennent que la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans l'arrêt *McKinney* liait le Tribunal et que, cela étant, il aurait fallu conclure que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP était sauvegardé par l'article premier de la Charte. Selon ces deux parties, il n'existe en l'espèce aucune différence de fait ou de preuve qui soit suffisamment importante pour justifier une conclusion différente à propos de la question relative à l'article premier.

[99] Les demandresses soutiennent que le seul véritable changement qui est survenu entre le moment où la Cour suprême a rendu sa décision dans l'arrêt *McKinney* et le moment où le Tribunal a tenu l'audience sur l'affaire en l'espèce est que la retraite obligatoire a été abolie en Ontario, un fait qui a eu lieu *après* la cessation de l'emploi de MM. Vilven et Kelly auprès d'Air Canada. Ce simple fait, de l'avis des demandresses, n'autorise pas le Tribunal à refuser de suivre l'arrêt *McKinney*.

[100] Notre système juridique est soumis au principe de la *stare decisis*. C'est-à-dire que, par souci d'assurer la certitude du droit, les décisions que rendent les tribunaux d'appel lient les tribunaux de première instance et il faut habituellement qu'elles soient suivies dans les affaires qui mettent en cause des faits semblables.

[101] Tout en reconnaissant que les décisions de la Cour suprême du Canada lient sans conteste aussi bien le Tribunal que la présente Cour, il y a quatre raisons pour lesquelles les décisions que la Cour suprême a rendues dans l'arrêt *McKinney* et les arrêts connexes ne devraient pas dicter le résultat de la présente affaire :

1. les différences marquantes entre les dispositions légales en litige;
2. l'indication claire, dans l'arrêt *McKinney*, que la Cour suprême n'envisageait pas que la décision tranche de manière définitive la question de la retraite obligatoire à tout jamais;

3. The differences in the evidentiary records that were before the Supreme Court and the Tribunal; and

4. The developments in public policy that have occurred since *McKinney* was decided.

[102] Each of these reasons will be discussed in turn.

(i) *The Differences Between the Legislative Provisions*

[103] While there are similarities between paragraph 15(1)(c) of the CHRA and the provisions of the Ontario and British Columbia human rights legislation that were at issue in *McKinney* and *Harrison*, there are also significant differences in the legislation.

[104] The Ontario *Human Rights Code* provision under consideration in *McKinney* contained a general prohibition against age discrimination in employment. “Age” was defined in paragraphe 9(a) of the Code as being “an age that is eighteen years or more and less than sixty-five years”. As a result, those over the age of 65 did not enjoy the protection of the Code.

[105] The provision of the British Columbia *Human Rights Act* at issue in *Harrison* defined “age” [in section 1] as being “an age of 45 years or more and less than 65 years”, with a similar result.

[106] There are undoubtedly similarities between these provisions and paragraph 15(1)(c) of the CHRA, which provides that:

Exceptions **15.** (1) It is not a discriminatory practice if

...

(c) an individual’s employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in

3. les différences dans les dossiers de preuve qui ont été soumis à la Cour suprême et au Tribunal;

4. l’évolution des politiques d’intérêt public qui a eu lieu depuis que l’affaire *McKinney* a été tranchée.

[102] J’analyserai chacune de ces raisons à tour de rôle.

i) *Les différences entre les dispositions législatives*

[103] Bien qu’il y ait des similitudes entre l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP et les dispositions des lois sur les droits de la personne de l’Ontario et de la Colombie-Britannique qui étaient en litige dans les arrêts *McKinney* et *Harrison*, il existe aussi dans ces lois des différences marquantes.

[104] La disposition du *Human Rights Code* de l’Ontario dont il était question dans l’arrêt *McKinney* contenait une interdiction générale contre la discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi. Le mot « âge » était défini à l’alinéa 9a) du Code, comme suit : [TRADUCTION] « s’entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans ». De ce fait, les personnes âgées de plus de 65 ans ne bénéficiaient pas de la protection du Code.

[105] Dans l’arrêt *Harrison*, la disposition de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique définissait le mot « âge » [à l’article 1] comme suit : [TRADUCTION] « 45 ans ou plus et moins de 65 ans », et le résultat était semblable.

[106] Il y a sans aucun doute des similitudes entre ces dispositions et l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP, dont le texte est le suivant :

Exceptions **15.** (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :

[...]

c) le fait de mettre fin à l’emploi d’une personne en appliquant la règle de l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi [...]

positions similar to the position of that individual ...

[107] None of these legislative provisions mandate retirement at a specified age. All are permissive provisions which limit the protection offered by relevant legislation in the employment context.

[108] ACPA and Air Canada submit that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is more readily defensible, as it is narrower than section 9 of the Ontario *Human Rights Code*. As Justice Wilson observed in her dissenting judgment in *McKinney*, section 9 of the Code permits all forms of workplace age discrimination against those over 65, and not just their mandatory retirement: at paragraph 350. In contrast, the exception created by paragraph 15(1)(c) of the CHRA relates only to the issue of mandatory retirement.

[109] I agree that in this respect, paragraph 15(1)(c) of the CHRA is narrower than section 9 of the Ontario *Human Rights Code*. However, there are other significant differences between paragraph 15(1)(c) of the CHRA, and the provisions of the Ontario and British Columbia human rights legislation that were in issue in *McKinney* and *Harrison* that have a bearing on whether paragraph 15(1)(c) is saved by section 1 of the Charter.

[110] First of all, the legislative history and objectives of each provision is different. Justice La Forest discussed the legislative history and objectives of section 9 of the Ontario *Human Rights Code* in *McKinney*. While noting that concern had been expressed by legislators for not affording protection in the employment sector to those over 65, in the end, “other considerations predominated”. These included the potential for delayed retirement and delayed benefits, as well as the effect on hiring and personnel practices, and the impact on youth unemployment: at pages 300–301.

[107] Aucune de ces dispositions législatives n’oblige à prendre sa retraite à un âge précisé. Il s’agit, dans tous les cas, de dispositions permissives qui limitent la protection qu’offrent les lois applicables dans le contexte de l’emploi.

[108] L’APAC et Air Canada soutiennent que l’alinéa 15(1)c) de la LCDP est plus aisément défendable, car sa portée est plus étroite que celle de l’article 9 du *Human Rights Code* de l’Ontario. Comme l’a fait remarquer la juge Wilson dans les motifs dissidents qu’elle a rendus dans l’arrêt *McKinney*, l’article 9 du Code autorise toutes les formes de discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi contre les personnes âgées de plus de 65 ans, et non pas seulement leur mise à la retraite obligatoire : au paragraphe 350. Par contraste, l’exception que crée l’alinéa 15(1)c) de la LCDP n’est liée qu’à la question de la retraite obligatoire.

[109] Je suis d’accord qu’à cet égard, l’alinéa 15(1)c) de la LCDP est d’une portée plus étroite que l’article 9 du *Human Rights Code* de l’Ontario. Il y a toutefois d’autres différences marquantes entre l’alinéa 15(1)c) de la LCDP et les dispositions des lois sur les droits de la personne de l’Ontario et de la Colombie-Britannique qui étaient en litige dans les arrêts *McKinney* et *Harrison* et qui ont une incidence sur la question de savoir si l’alinéa 15(1)c) est sauvegardé par l’article premier de la Charte.

[110] Tout d’abord, l’historique législatif et les objectifs de chaque disposition sont différents. Le juge La Forest a traité de l’historique législatif et des objectifs de l’article 9 du *Human Rights Code* de l’Ontario dans l’arrêt *McKinney*. Tout en signalant que les législateurs avaient fait état de leur préoccupation à l’égard du fait qu’aucune protection dans le secteur de l’emploi n’était offerte aux personnes âgées de plus de 65 ans, en bout de ligne « d’autres considérations ont prévalu », dont le fait que l’on reporte le moment de prendre sa retraite et qu’on ne profite de ses avantages que plus tard, de même que l’effet sur les pratiques en matière d’embauche et de personnel ainsi que sur le chômage chez les jeunes : aux pages 300 et 301.

[111] In contrast, when the CHRA was before Parliament, Minister of Justice Ron Basford and Assistant Deputy Minister Barry Strayer testified that the intent of paragraph 15(1)(c) was to leave the issue of a mandatory retirement age in the private sector to be negotiated between employers and employees: see *Vilven* No. 1, at paragraphs 159–161 and 243–247.

[112] Moreover, in both the Ontario and British Columbia human rights legislation, the provincial Legislatures specifically identified the age at which the protection afforded by the law should cease being available to employees. Parliament did not make such a policy choice in enacting paragraph 15(1)(c). Rather, it elected to delegate the choice of age at which employees will cease to enjoy the protection of the CHRA to employers employing a particular class of workers.

[113] That is, it is employers who will decide what the “normal age of retirement” will be for various types of positions. This decision may be arrived at through the collective bargaining process, or may result from the unilateral imposition of employer retirement policies. In practice, paragraph 15(1)(c) of the CHRA applies primarily to private sector employers, as the federal government abolished mandatory retirement for its employees in the 1980s.

[114] There is another difference between the legislation at issue in this case and that at issue in *McKinney*. In *McKinney*, the Supreme Court identified 65 as the “normal age of retirement” in Canadian society: at page 306. Thus the legislative provisions at issue in both *McKinney* and *Harrison* conformed to this societal norm. In contrast, paragraph 15(1)(c) of the CHRA permits the imposition of retirement on employees at an age below 65, so long as it accords with the “normal age of retirement” for a particular type of position.

[115] The younger the mandatory age of retirement, the greater the adverse effects will be for those who have

[111] Par contraste, quand la LCDP a été soumise au Parlement, le ministre de la Justice Ron Basford et le sous-ministre adjoint Barry Strayer ont déclaré que l'intention de l'alinéa 15(1)c) était de laisser aux employeurs et aux employés le soin de négocier la question de l'âge de la retraite obligatoire dans le secteur privé : voir *Vilven* n° 1, aux paragraphes 159 à 161 et 243 à 247.

[112] De plus, dans les lois sur les droits de la personne de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, les assemblées législatives provinciales ont expressément indiqué l'âge auquel la protection qu'accordaient ces lois cesserait d'être offerte aux employés. Le Parlement n'a pas fait un tel choix de principe au moment d'adopter l'alinéa 15(1)c). Il a plutôt décidé de déléguer le choix de l'âge auquel les employés cesseraient de bénéficier de la protection de la LCDP aux employeurs d'une catégorie particulière de travailleurs.

[113] C'est donc dire qu'il revient aux employeurs de décider quel sera « l'âge normal de la retraite » pour divers types d'emplois. Cette décision peut être prise dans le cadre du processus de négociation collective, mais elle peut aussi résulter de l'imposition unilatérale des politiques de retraite d'un employeur. Dans la pratique, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP s'applique principalement aux employeurs du secteur privé, car le gouvernement fédéral a aboli la retraite obligatoire pour ses employés dans les années 1980.

[114] Il existe une autre différence entre la loi qui est en litige en l'espèce et celle qui était en litige dans l'arrêt *McKinney*. Dans ce dernier, la Cour suprême a indiqué que 65 ans était « l'âge normal de la retraite » dans la société canadienne : à la page 306. C'est donc dire que les dispositions législatives qui étaient en litige dans l'arrêt *McKinney* ainsi que dans l'arrêt *Harrison* étaient conformes à cette norme sociale. Par contraste, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP permet d'imposer la retraite aux employés à un âge inférieur à 65 ans, tant que cela concorde avec « l'âge de la retraite en vigueur » pour un type particulier d'emploi.

[115] Plus l'âge de la retraite obligatoire est bas, plus il y aura d'effets défavorables pour les travailleurs qui ont

been unable to accumulate sufficient financial resources or pensionable earnings prior to being compelled to retire. The labour economists testifying before the Tribunal agreed that this group will be disproportionately made up of women and immigrants.

[116] Further, as I observed in *Vilven* No. 1, paragraph 15(1)(c) of the CHRA is an unusual provision to find in human rights legislation, in that it allows for federally regulated employers to discriminate against their employees on the basis of age, as long as that discrimination is pervasive within a particular industry: at paragraph 1.

[117] The delegation of the choice of the permissible mandatory retirement age to private sector industry players has another consequence for federally regulated employees—one not felt by those working in either Ontario or British Columbia at the time that *McKinney* and *Harrison* were decided.

[118] That is, employees in both Ontario and British Columbia could readily have discovered the age at which they would cease to enjoy the protection of the relevant provincial human rights legislation. In contrast, paragraph 15(1)(c) of the CHRA does not clearly inform employees of their rights. The uncertainty and practical difficulties that the wording of paragraph 15(1)(c) creates are illustrated by the facts of this case.

[119] In order to understand his or her rights, a federally regulated employee would have to know which positions were “similar to the position of that individual”. This would require the employee to properly identify the appropriate comparator group. This is not an easy task, even for legally trained individuals familiar with human rights principles.

[120] Indeed, in this case, the Tribunal determined that the appropriate comparator group for the purposes of the paragraph 15(1)(c) analysis was “pilots who fly with regularly scheduled, international flights with ... major

été incapables d’accumuler des ressources pécuniaires ou des gains ouvrant droit à pension suffisants avant d’être contraints de prendre leur retraite. Les économistes du travail qui ont témoigné devant le Tribunal ont convenu que ce groupe se composera, de façon disproportionnée, de femmes et d’immigrants.

[116] De plus, comme je l’ai fait remarquer dans la décision *Vilven* n° 1, l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP est une disposition qu’il est inusité de trouver dans une loi relative aux droits de la personne, en ce sens qu’il permet aux employeurs assujettis à la réglementation fédérale d’agir de façon discriminatoire contre leurs employés du fait de leur âge, tant que cette discrimination est répandue au sein d’une industrie particulière : au paragraphe 1.

[117] Le fait de déléguer aux employeurs du secteur privé le choix de l’âge de la retraite obligatoire permissible a une autre conséquence pour les employés soumis à la réglementation fédérale — une conséquence que ne subissaient pas ceux qui travaillaient en Ontario ou en Colombie-Britannique à l’époque où les arrêts *McKinney* et *Harrison* ont été rendus.

[118] C’est-à-dire qu’en Ontario, comme en Colombie-Britannique, les employés auraient pu facilement découvrir l’âge auquel ils cesseraient de bénéficier de la protection de la loi provinciale applicable sur les droits de la personne. Par contraste, l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP n’informe pas clairement les employés de leurs droits, et les faits en l’espèce illustrent l’incertitude et les difficultés pratiques que crée le libellé de cette disposition.

[119] Pour connaître ses droits, il faudrait qu’un employé soumis à la réglementation fédérale sache quels emplois seraient semblables au « genre d’emploi » qu’il occupe. Cela l’obligerait à relever convenablement le groupe de comparaison approprié. Il ne s’agit pas là d’une tâche aisée, même pour des personnes ayant suivi une formation juridique et bien au fait des principes relatifs aux droits de la personne.

[120] En fait, en l’espèce, le Tribunal a décidé que le groupe de comparaison approprié, pour les besoins de l’analyse relative à l’alinéa 15(1)(c), était les « pilotes qui effectuent des vols internationaux réguliers pour une

international airlines”: see Tribunal decision No. 1, at paragraph 55.

[121] On judicial review, I concluded that the Tribunal had erred in principle in coming to this conclusion, with the result that its choice of comparator was unreasonable. I found that the proper comparator should be “pilots working for Canadian airlines who fly aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace”: *Vilven* No. 1, at paragraph 112.

[122] Even if the individual was able to properly identify the appropriate comparator group, and to identify which positions were similar to his or her own job, the employee would then have to assemble the necessary information as to the number of individuals occupying similar positions with other employers. The individual would also have to be able to find out what the retirement policies were governing these other employees. This would be necessary to determine whether there was a “normal age of retirement” for these types of positions, and what that age was.

[123] Numerical information as to the number of individuals employed in specific positions is often highly sensitive proprietary information that may not be readily accessible to employees of other companies. Indeed, there was evidence before the Tribunal in this case as to the difficulties that Messrs. Vilven and Kelly encountered in trying to gather this type of information from Air Canada’s competitors. By the time the case came before the Tribunal, the record in this regard was still not complete.

[124] There is a further consideration that distinguishes paragraph 15(1)(c) of the CHRA from the provisions of the Ontario and British Columbia human rights legislation at issue in *McKinney* and *Harrison*. That is, the upper age limit on the protection against age discrimination specified in the provincial legislation applied equally to all employees working in the province in question. In

importante entreprise de transport aérien international » : voir la décision n° 1 du Tribunal, au paragraphe 55.

[121] Dans le cadre du contrôle judiciaire, j’ai conclu que le Tribunal avait commis une erreur de principe en arrivant à cette conclusion, avec le résultat que le groupe de comparaison qu’il avait choisi était déraisonnable. J’ai considéré que le groupe de comparaison approprié serait « celui des pilotes au service de sociétés aériennes canadiennes et aux commandes d’aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l’espace aérien canadien et étranger » : *Vilven* n° 1, au paragraphe 112.

[122] Même si l’employé était capable de cibler comme il faut le groupe de comparaison approprié, et de déterminer quels emplois étaient semblables au sien, il aurait ensuite à réunir les renseignements nécessaires sur le nombre de personnes occupant des emplois semblables auprès d’autres employeurs. Il faudrait aussi que cet employé puisse découvrir à quelles politiques de retraite ces autres employés seraient soumis, ce qui serait nécessaire pour déterminer s’il existait un « âge de la retraite en vigueur » pour ces genres d’emploi, et de quel âge il s’agissait.

[123] Les renseignements numériques sur le nombre de personnes qui occupent des emplois précis sont souvent des renseignements exclusifs hautement confidentiels, auxquels les employés d’autres sociétés n’ont peut-être pas facilement accès. En fait, en l’espèce, une preuve a été soumise au Tribunal au sujet des difficultés que MM. Vilven et Kelly ont rencontrées en tentant de recueillir ce genre de renseignements auprès de concurrents d’Air Canada. À l’époque où le Tribunal a entendu l’affaire, le dossier à cet égard n’était toujours pas complet.

[124] Il y a un autre aspect qui distingue l’alinéa 15(1)c) de la LCDP des dispositions des lois sur les droits de la personne de l’Ontario et de la Colombie-Britannique qui étaient en litige dans les arrêts *McKinney* et *Harrison*. C’est-à-dire qu’en ce qui concerne la protection contre la discrimination fondée sur l’âge, l’âge limite supérieur spécifié dans la loi provinciale s’appliquait de manière

contrast, the age limit contemplated by paragraph 15(1)(c) of the CHRA may vary from industry to industry and from position to position.

[125] Moreover, unlike the provincial legislation at issue in *McKinney* and *Harrison*, paragraph 15(1)(c) of the CHRA permits a single dominant player within an industry to effectively set the normal age of retirement for the entire industry. Once again, this distinguishing feature is illustrated by the facts of this case.

[126] Other Canadian airlines do not require that their pilots retire at age 60. At the time that Messrs. Vilven and Kelly were forced to retire from Air Canada, several Canadian airlines allowed their pilots to fly until they were 65, and one had no mandatory retirement policy whatsoever: *Vilven* No. 1, at paragraph 173.

[127] However, Air Canada occupies a dominant position within the Canadian airline industry, employing the majority of pilots flying aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations through Canadian and foreign airspace. As a result, Air Canada (with ACPA) is able to set the industry norm, and can effectively determine the “normal age of retirement” for all Canadian pilots for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the Act: see *Vilven* No. 1, at paragraph 171.

[128] In other words, paragraph 15(1)(c) of the Act allows Air Canada and ACPA’s own discriminatory conduct to provide them with a defence to Messrs. Vilven and Kelly’s human rights complaints: see *Vilven* No. 1, at paragraph 313.

[129] None of these issues were considered by the Supreme Court in *McKinney* and *Harrison* in determining whether the legislation at issue in those cases was demonstrably justifiable under section 1 of the Charter. The differences between the provisions of the Ontario

égale à tous les employés travaillant dans la province en question. Par contraste, l’âge limite envisagé par l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP peut varier d’une industrie à une autre et d’un emploi à un autre.

[125] En outre, contrairement aux lois provinciales qui étaient en litige dans les arrêts *McKinney* et *Harrison*, l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP permet à un seul acteur dominant au sein d’une industrie de fixer à toutes fins pratiques l’âge normal de la retraite pour l’industrie tout entière. Là encore, cette caractéristique distinctive est illustrée par les faits de l’espèce.

[126] D’autres sociétés aériennes canadiennes n’exigent pas que leurs pilotes prennent leur retraite à l’âge de 60 ans. À l’époque où MM. Vilven et Kelly ont été forcés de prendre leur retraite d’Air Canada, plusieurs sociétés aériennes canadiennes permettaient à leurs pilotes de travailler jusqu’à l’âge de 65 ans, et l’une d’elles n’avait aucune politique de retraite obligatoire : *Vilven* n° 1, au paragraphe 173.

[127] Cependant, Air Canada occupe une position dominante au sein de l’industrie aérienne canadienne : elle emploie la majorité des pilotes aux commandes d’aéronefs de tailles et de types divers, transportant des passagers vers des destinations intérieures et étrangères, en traversant l’espace aérien canadien et étranger. De ce fait, Air Canada (de pair avec l’APAC) est en mesure de fixer la norme de l’industrie et elle peut fixer à toutes fins pratiques « l’âge de la retraite en vigueur » de tous les pilotes canadiens pour l’application de l’alinéa 15(1)(c) de la Loi : voir *Vilven* n° 1, au paragraphe 171.

[128] Autrement dit, l’alinéa 15(1)(c) de la Loi autorise la propre conduite discriminatoire d’Air Canada et de l’APAC et fournit aux deux un moyen de se défendre contre les plaintes de MM. Vilven et Kelly en rapport avec les droits de la personne : voir *Vilven* n° 1, au paragraphe 313.

[129] Aucune de ces questions n’a été examinée par la Cour suprême dans les arrêts *McKinney* et *Harrison* pour décider si, dans ces deux affaires, la justification des dispositions législatives en litige pouvait se justifier au regard de l’article premier de la Charte. Les différences

and British Columbia human rights legislation and paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* are sufficiently material as to justify the finding that the Supreme Court's decision in *McKinney* should not automatically dictate the result of a section 1 Charter analysis in this case.

(ii) *McKinney Did Not Purport to be the Final Word on the Subject of Mandatory Retirement*

[130] The second reason for concluding that *McKinney* does not dictate the result in this case is that the majority decision in *McKinney* did not purport to be the final word on the subject of mandatory retirement for all time.

[131] The constitution is a “living tree capable of growth and expansion within its natural limits.” The result of this is that constitutional rights are subject to changing judicial interpretations over time: see *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136, *per* Lord Sankey.

[132] However, as the Ontario Superior Court observed in *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321, while the Supreme Court of Canada has the power to revisit its earlier decisions, “[l]ower courts must only do so in very limited circumstances”: at paragraph 78.

[133] As to what those limited circumstances may be, the Court in *Bedford* quoted comments in *Wakeford v. Canada (Attorney General)*, 2001 CanLII 28318, 81 C.R.R. (2d) 342 (Ont. Sup. Ct.), *affd* 2001 CanLII 32775, 156 O.A.C. 385 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 2 S.C.R. ix. There, Justice Swinton stated that where a decision of the Supreme Court is squarely on point, “there must be some indication—either in the facts pleaded or in the decisions of the Supreme Court—that the prior decision may be open for reconsideration”: at paragraph 14.

entre les dispositions des lois sur les droits de la personne de l'Ontario et de la Colombie-Britannique et l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont suffisamment importantes pour qu'il soit justifié de conclure que la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *McKinney* ne devrait pas dicter automatiquement le résultat d'une analyse relative à l'article premier de la Charte dans le cas présent.

(ii) *L'arrêt McKinney ne visait pas à régler définitivement la question de la retraite obligatoire*

[130] La deuxième raison pour conclure que l'arrêt *McKinney* ne dicte pas le résultat en l'espèce est que, dans cet arrêt, la décision de la majorité ne visait pas à régler à tout jamais la question de la retraite obligatoire.

[131] La constitution est [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles ». Résultat, les droits constitutionnels peuvent faire l'objet d'interprétations judiciaires différentes au fil du temps : voir *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la page 136, lord Sankey.

[132] Cependant, comme l'a fait remarquer la Cour supérieure de l'Ontario dans l'arrêt *Bedford v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321, la Cour suprême du Canada est habilitée à revenir sur ses décisions antérieures, mais [TRADUCTION] « les tribunaux d'instance inférieure ne doivent le faire que dans des cas très restreints » : au paragraphe 78.

[133] Pour ce qui est de savoir quels sont ces cas restreints, la Cour supérieure de l'Ontario, dans l'arrêt *Bedford*, a cité des commentaires formulés dans l'arrêt *Wakeford v. Canada (Attorney General)*, 2001 CanLII 28318, 81 C.R.R. (2d) 342 (C.S. Ont.), *conf.* par 2001 CanLII 32775, 156 O.A.C. 385 (C.A. Ont.), autorisation d'interjeter appel auprès de la C.S.C. refusée, [2002] 2 R.C.S. ix. Dans cet arrêt, le juge Swinton a déclaré que lorsqu'une décision de la Cour suprême porte précisément sur la question en litige, [TRADUCTION] « il doit y avoir une indication quelconque — soit

[134] As was explained earlier, I am not persuaded that *McKinney* and the other Supreme Court mandatory retirement jurisprudence is “squarely on point”. In any event, the Supreme Court clearly indicated in *McKinney* that it did not intend that its judgment on the section 1 issue be the final word on the subject.

[135] Justice La Forest observed that “the ramifications of mandatory retirement on the organization of the workplace and its impact on society generally are not matters capable of precise measurement”. He went on to state that “the effect of its removal by judicial fiat is even less certain”. He noted that decisions made in relation to such matters “must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components”: all quotes from *McKinney*, at pages 304–305.

[136] In discussing the expert evidence provided by labour economists with respect to the potential consequences of abolishing mandatory retirement, Justice La Forest observed that mandatory retirement could not be looked at in isolation, and that, according to the experts, “the repercussions of abolishing mandatory retirement would be felt ‘in all dimensions of the personnel function: hiring, training, dismissals, monitoring and evaluation, and compensation’”: at page 307. Consequently, Justice La Forest stated that “it should not be altogether surprising that the Legislature opted for a cautious approach to the matter”: at page 309.

[137] However, in the very next paragraph, Justice La Forest went on to note that mandatory retirement had been abolished in a number of jurisdictions, albeit by legislative choice rather than judicial fiat, and that the

dans les faits plaidés, soit dans les décisions de la Cour suprême — que la décision antérieure peut donner lieu à un réexamen » : au paragraphe 14.

[134] Comme je l’ai expliqué plus tôt, je ne suis pas convaincue que l’arrêt *McKinney* et les autres arrêts jurisprudentiels de la Cour suprême en matière de retraite obligatoire « portent précisément sur la question en litige ». Quoiqu’il en soit, la Cour suprême a clairement indiqué dans l’arrêt *McKinney* qu’elle n’envisageait pas que son jugement sur la question relative à l’article premier règle définitivement le sujet.

[135] Le juge La Forest a fait remarquer que « les incidences de la retraite obligatoire sur l’organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d’être évaluées précisément ». Il a ensuite ajouté que « l’effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain ». Il a fait remarquer que les décisions prises en rapport avec de telles questions « découlent inévitablement de la combinaison d’hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l’expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d’autres éléments » : extraits tous tirés de l’arrêt *McKinney*, aux pages 304 et 305.

[136] En analysant les preuves d’expert d’économistes du travail au sujet des conséquences possibles de l’abolition de la retraite obligatoire, le juge La Forest a fait remarquer que l’on ne pouvait pas considérer la retraite obligatoire isolément et que, d’après les experts « les répercussions de l’abolition de la retraite obligatoire se feraient sentir [TRADUCTION] “dans tous les aspects du rôle du personnel: l’embauche, la formation, les renvois, la surveillance et l’évaluation, et la rémunération” » : à la page 307. Le juge La Forest a donc ajouté qu’« il ne serait pas du tout surprenant que le législateur ait choisi d’aborder la question avec prudence » : à la page 309.

[137] Cependant, dans le paragraphe suivant, le juge La Forest a ensuite signalé que la retraite obligatoire avait été abolie dans un certain nombre d’administrations, encore que ce fût par choix législatif plutôt que par

apprehended effects had not resulted. He observed that “we do not really know what the ramifications of these new schemes will be and the evidence is that it will be some 15 to 20 years before a reliable analysis can be made” (emphasis added): at page 310.

[138] Thus, Justice La Forest’s statement that he was “not prepared to say that the course adopted by the Legislature ... is not one that reasonably balances the competing social demands which our society must address” was specifically made in the social and historical context of the early 1990s: at page 314. He clearly left the issue open for revisitation in the future, when reliable evidence became available as to what actually happened when mandatory retirement was abolished.

[139] Where earlier Supreme Court decisions can and should be revisited, “such revisitations must commence at the trial court level”: *Leeson et al. v. University of Regina et al.*, 2007 SKQB 252, 301 Sask. R. 316, at paragraph 9.

[140] This case thus falls within the exceptional circumstances discussed in *Wakeford*. It was open to the Tribunal to revisit the issue of mandatory retirement as it related to paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, in light of more recent evidence.

[141] This then takes us to the third distinguishing feature of this case, which is the differences in the evidentiary records that were before the Supreme Court in *McKinney* and the Tribunal in this case.

(iii) *The Differences in the Evidentiary Records*

[142] Supreme Court jurisprudence may also be revisited where there are “new facts that may have called into question the basis for the Supreme Court decision”: see

ordonnance judiciaire, et que les effets appréhendés ne s’étaient pas matérialisés. Il a fait remarquer que « nous ne connaissons pas vraiment les incidences de ces nouveaux régimes et la preuve indique qu’il faudra attendre 15 à 20 ans avant de pouvoir en faire une analyse sérieuse » (non souligné dans l’original) : à la page 310.

[138] C’est donc dire que la déclaration du juge La Forest selon laquelle il n’était pas « prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur [...] n’établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s’attaquer notre société » a été expressément faite dans le contexte social et historique du début des années 1990 : à la page 314. Il a manifestement laissé la question ouverte en vue d’un réexamen ultérieur, quand on disposerait de preuves fiables sur ce qui s’était réellement passé après l’abolition de la retraite obligatoire.

[139] Lorsque des décisions antérieures de la Cour suprême peuvent être réexaminées et qu’elles doivent l’être, [TRADUCTION] « ces réexamens doivent nécessairement débiter en première instance » : *Leeson et al. v. University of Regina et al.*, 2007 SKQB 252, 301 Sask. R. 316, au paragraphe 9.

[140] La présente affaire se situe donc dans les cas exceptionnels dont il était question dans l’arrêt *Wakeford*. Il était loisible au Tribunal de réexaminer la question de la retraite obligatoire en rapport avec l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, dans le contexte de preuves plus récentes.

[141] Cela nous amène donc à la troisième caractéristique distinctive de l’espèce, soit les différences qu’il y a dans les dossiers de preuve qui ont été soumis à la Cour suprême dans l’affaire *McKinney* ainsi qu’au Tribunal dans le cas présent.

iii) *Les différences dans les dossiers de preuve*

[142] Il est possible aussi de revenir sur la jurisprudence de la Cour suprême quand il y a des [TRADUCTION] « faits nouveaux susceptibles de mettre en doute le fondement

Bedford, at paragraph 80.

[143] In *Leeson*, the Court considered when it is appropriate for a lower court to revisit the decisions of a higher court. It is noteworthy that this discussion took place in relation to a Charter challenge brought by university professors to a provision of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, limiting the protection against age discrimination provided by the Code to those under 65. This was essentially the issue that was before the Supreme Court of Canada in *McKinney*.

[144] The Court addressed the professors' argument that the social, political and economic assumptions underlying the *McKinney* decision were no longer valid. In this regard, the Court stated that "[w]hen such change is alleged, and there are at least some facts alleged which support such change, it is not appropriate to prevent the matter from proceeding on the basis of stare decisis": *Leeson*, at paragraph 9. The Court went on, however, to dismiss the professors' Charter challenge on other grounds.

[145] It has now been some 18 years since *McKinney* was decided, and approximately 24 years since the evidentiary record would have been assembled in that case. The Supreme Court did not know what the ramifications of abolishing mandatory retirement would be when it decided *McKinney*. As will be discussed further on in these reasons, there is now expert evidence available as to the impact that the abolition of mandatory retirement has actually had for traditional labour market structures, including deferred compensation and pension schemes, seniority and tenure systems, and so on.

[146] Consequently, I am satisfied that there are new facts available which call into question the factual underpinning of the Supreme Court's decision in *McKinney*.

de la décision de la Cour suprême » : voir l'arrêt *Bedford*, au paragraphe 80.

[143] Dans l'arrêt *Leeson*, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a examiné dans quelles situations il convient qu'un tribunal d'instance inférieure réexamine les décisions d'un tribunal d'instance supérieure. Il vaut la peine de signaler que cette analyse portait sur une contestation fondée sur la Charte, formulée par des professeurs d'université, contre une disposition du *Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1, limitant aux personnes de moins de 65 ans la protection offerte par le Code contre la discrimination fondée sur l'âge. Il s'agissait essentiellement de la question qui avait été soumise à la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McKinney*.

[144] La Cour du Banc de la Reine a traité de l'argument des professeurs selon lequel les hypothèses sociales, politiques et économiques qui sous-tendaient la décision rendue dans l'arrêt *McKinney* n'étaient plus valables. À cet égard, elle a déclaré que [TRADUCTION] « [q]uand on allègue un tel changement, et qu'il y a au moins quelques faits allégués à l'appui d'un tel changement, il n'y a pas lieu d'empêcher que l'affaire soit entendue pour cause de stare decisis » : *Leeson*, au paragraphe 9. Cependant, elle a ensuite rejeté pour d'autres motifs la contestation fondée sur la Charte des professeurs.

[145] Cela fait maintenant environ 18 ans que l'arrêt *McKinney* a été prononcé, et environ 24 ans que l'on a établi le dossier de preuve dans cette affaire. La Cour suprême, quand elle a prononcé cet arrêt, ignorait quelles seraient les incidences de l'abolition de la retraite obligatoire. Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, il existe aujourd'hui des preuves d'expert sur l'effet qu'a eu concrètement l'abolition de la retraite obligatoire pour les structures traditionnelles du marché du travail, dont les régimes de retraite et de rémunération différée, les systèmes d'ancienneté et de permanence, et ainsi de suite.

[146] Je suis donc persuadée qu'il existe des faits nouveaux qui mettent en doute le fondement factuel de la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *McKinney*.

(iv) *The New Developments in Public Policy*

[147] *Bedford* also stated that Supreme Court jurisprudence could be revisited where there were “new developments in public policy ... that may have called into question the basis for the Supreme Court decision”: at paragraph 80.

[148] There have been developments in both public policy and non-Charter human rights jurisprudence that further call into question the basis for the Supreme Court decisions in *McKinney* and related cases.

[149] Numerous studies have been carried out since *McKinney* with respect to the effects of abolishing mandatory retirement in Canada. Indeed, the author of the majority decision in *McKinney*—Justice La Forest himself—examined the issue in his role as Chair of the Canadian Human Rights Act Review Panel. This Panel recommended 10 years ago that there should no longer be blanket exemptions for mandatory retirement policies in the *Canadian Human Rights Act*: see the Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel, *Promoting Equality: A New Vision*, (Ottawa: Department of Justice, June 2000), at page 119.

[150] While recognizing that further study was required in order to develop alternatives to mandatory retirement, the Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel emphasized that such studies should keep equality issues in mind. Significantly, the Report says that “[e]mployers should not be able to justify forcing someone to retire simply because this has been the normal age for similar jobs” (emphasis added). According to the authors, “[t]his is a very arbitrary approach that incorporates the types of historical assumptions that human rights legislation is supposed to eliminate”: at page 121.

[151] The Report does accept that mandatory retirement may be justified in certain workplaces, citing the

(iv) *L'évolution des politiques d'intérêt public*

[147] Il a été déclaré aussi dans l'arrêt *Bedford* qu'il était possible de revenir sur la jurisprudence de la Cour suprême lorsqu'il y avait [TRADUCTION] « de nouveaux changements dans les politiques d'intérêt public [...] susceptibles de mettre en doute le fondement de la décision de la Cour suprême » : au paragraphe 80.

[148] Il est survenu des changements dans les politiques d'intérêt public et dans la jurisprudence en matière de droits de la personne dans un contexte non lié à la Charte qui remettent en question le fondement des décisions que la Cour suprême a rendues dans l'arrêt *McKinney* et les arrêts connexes.

[149] Depuis que l'arrêt *McKinney* a été rendu, de nombreuses études ont été menées sur les effets de l'abolition de la retraite obligatoire au Canada. En fait, l'auteur de la décision majoritaire rendue dans l'arrêt *McKinney* — le juge La Forest lui-même — a étudié la question en sa qualité de président du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ce Comité a recommandé, il y a 10 ans de cela, qu'il n'y ait plus d'exemptions générales pour les politiques de retraite obligatoire dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : voir le rapport de ce Comité intitulé *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision* (Ottawa : Ministère de la Justice, juin 2000), à la page 132.

[150] Tout en reconnaissant qu'il était nécessaire d'étudier davantage la situation en vue de mettre au point des solutions de rechange à la retraite obligatoire, le Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a souligné dans son rapport que ces études devraient garder à l'esprit les questions relatives à l'égalité. Fait important, le rapport indique que « [l]es employeurs ne devraient pas pouvoir justifier la mise à la retraite forcée sous prétexte qu'elle est normale dans les emplois similaires » (non souligné dans l'original). Selon les auteurs : « C'est un argument très arbitraire, qui s'inspire de postulats anciens que les lois sur les droits de la personne sont censées éliminer » : à la page 134.

[151] Les auteurs du rapport admettent toutefois que la retraite obligatoire peut se justifier dans certains lieux de

Canadian Forces as an example. However, it recommends that “[i]n the absence of blanket mandatory retirement defences in the Act, the government should require employers to justify their mandatory retirement policies with a *bona fide* occupational requirement”: at page 121.

[152] The Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel reflects the fact that societal attitudes towards age discrimination have evolved since *McKinney* was decided. As the Ontario Superior Court observed in *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16 (*Justices of the Peace*), “society’s understanding of age discrimination, prohibited by the *Charter*, has evolved to the extent that practices considered acceptable 20 years ago are now prohibited”: at paragraph 177.

[153] In addition, post-*McKinney* Supreme Court of Canada human rights jurisprudence in the non-*Charter* context has reinforced the need for employers to avoid generalized assumptions as to the capacity of individual employees.

[154] That is, in *Meiorin*, cited above, and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 (*Grismer*), the Supreme Court restated the test for discrimination, and imported the duty to accommodate into cases of direct discrimination under human rights codes.

[155] In so doing, the Court emphasized the need for individualized assessments, in order to avoid stereotyping based upon proscribed grounds. In this regard, the Court stated that employers “must accommodate factors relating to the unique capabilities and inherent worth and dignity of every individual, up to the point of undue hardship”: *Meiorin*, at paragraph 62.

travail, comme dans les Forces canadiennes. Cependant, ils recommandent que « [s]i la défense générale de la retraite obligatoire est supprimée dans la Loi, le gouvernement devrait obliger les employeurs à justifier que leur politique de retraite obligatoire constitue une exigence professionnelle justifiée » : à la page 134.

[152] Le rapport du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* reflète le fait que les attitudes sociales à l’égard de la discrimination fondée sur l’âge ont évolué depuis que l’arrêt *McKinney* a été rendu. Comme l’a fait remarquer la Cour supérieure de l’Ontario dans l’arrêt *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16 (*Justices of the Peace*) : [TRADUCTION] « la vision qu’a la société de la discrimination fondée sur l’âge, que la Charte interdit, a évolué au point où des pratiques considérées comme acceptables il y a 20 ans sont aujourd’hui frappées d’interdiction » : au paragraphe 177.

[153] De plus, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de droits de la personne, postérieurement à l’arrêt *McKinney* et dans un contexte non lié à la Charte, renforce le fait que les employeurs doivent éviter de formuler des hypothèses générales quant à la capacité d’employés particuliers.

[154] C’est-à-dire que dans l’arrêt *Meiorin*, précité, et dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (*Grismer*), la Cour suprême a réitéré le critère relatif à la discrimination, et elle a introduit l’obligation d’adopter des mesures d’accommodement dans des affaires de discrimination directe visées par des codes des droits de la personne.

[155] Ce faisant, la Cour a souligné qu’il était nécessaire de procéder à des évaluations individualisées, de façon à éviter d’appliquer des stéréotypes fondés sur des motifs prohibés. À ce sujet, elle a déclaré que les employeurs doivent « tenir compte de facteurs concernant les capacités uniques ainsi que la valeur et la dignité inhérente de chaque personne, dans la mesure où cela n’impose aucune contrainte excessive » : *Meiorin*, au paragraphe 62.

[156] These circumstances further support the view that the Supreme Court's decision in *McKinney* should not dictate the result of a section 1 Charter analysis in this case.

(v) *Other Post-McKinney Mandatory Retirement Jurisprudence*

[157] Before leaving this issue, I would note that my conclusion that the Supreme Court's decisions in *McKinney* and its companion cases do not require a finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is saved by section 1 of the Charter is reinforced by a review of several lower court post-*McKinney* decisions.

[158] These cases deal either with the constitutional validity of mandatory retirement policies or of legislation, and, in one case, deal specifically with the constitutional validity of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* itself. In each of these cases, superior or appellate courts in three different provinces have concluded that the contextual assumptions upon which the Supreme Court's decision in *McKinney* was founded are no longer valid.

(a) *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*

[159] The first of these decisions is the judgment of the British Columbia Court of Appeal in *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220. This case did not involve a Charter challenge to human rights legislation, but rather the review of an arbitrator's decision striking down an employer's mandatory retirement policy.

[156] Ces circonstances étayent davantage l'opinion selon laquelle, en l'espèce, la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *McKinney* ne devrait pas dicter le résultat d'une analyse fondée sur l'article premier de la Charte.

v) *Autres arrêts jurisprudentiels relatifs à la retraite obligatoire et postérieurs à l'arrêt McKinney*

[157] Avant de passer à une autre question, je signale qu'une revue de plusieurs décisions rendues par des tribunaux d'instances inférieures après l'arrêt *McKinney* conforte ma conclusion selon laquelle les décisions que la Cour suprême a rendues dans l'arrêt *McKinney* et les arrêts connexes n'obligent pas à conclure que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est sauvegardé par l'article premier de la Charte.

[158] Ces affaires ont trait à la validité constitutionnelle de politiques de retraite obligatoire ou de dispositions législatives et, dans l'une d'elles, de la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* lui-même. Dans chacune de ces affaires, des tribunaux d'instance supérieure ou d'appel, dans trois provinces différentes, ont conclu que les présomptions contextuelles sur lesquelles reposait la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney* n'étaient plus valables.

a) *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*

[159] La première de ces décisions est le jugement qu'a rendu la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220. Cette affaire n'avait pas trait à une contestation fondée sur la Charte au sujet de dispositions législatives en matière de droits de la personne, mais plutôt au contrôle d'une décision par laquelle un arbitre avait invalidé la politique de retraite obligatoire d'un employeur.

[160] In dismissing the employer's appeal, the Court held that the mandatory retirement policy was discriminatory, and that the employer had not met its burden of establishing that the policy was justified under section 1 of the Charter. In coming to this conclusion, the Court was not persuaded that *McKinney* and subsequent decisions had decided that "all mandatory retirement policies in the public sector are saved under s. 1 of the Charter simply because they do not contravene relevant provincial human rights legislation": *Greater Vancouver*, at paragraph 120.

[161] Of particular significance are the comments in *Greater Vancouver* with respect to the ongoing relevance of the *McKinney* decision. In this regard, the Court observed that *McKinney* was not intended to be a final determination of the mandatory retirement question, and that, as I have noted earlier, there were intimations in the reasons of the majority that the issue should be revisited in the future: at paragraph 28.

[162] The majority decision in *Greater Vancouver* goes on to observe that "[s]ince it is now 11 years since *McKinney* was decided, and since the issue of mandatory retirement is one of considerable importance and concern in our society, I respectfully suggest that the time for revisiting the issue is upon us": at paragraph 28.

[163] Under the heading "Time for Reconsideration", the majority in *Greater Vancouver* concludes with the following *cri de cœur* urging the Supreme Court of Canada to reconsider the issue of mandatory retirement [at paragraph 27]:

Eleven years have now passed since *McKinney* was decided. The demographics of the workplace have changed considerably, not only with respect to the university community, but also in the workplace at large. At least two other countries, Australia and New Zealand have abolished mandatory retirement. Recent studies have been done on the effect of abolishing mandatory

[160] En rejetant l'appel de l'employeur, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que la politique de retraite obligatoire était discriminatoire et que l'employeur ne s'était pas acquitté du fardeau d'établir que cette politique se justifiait au regard de l'article premier de la Charte. Pour arriver à cette conclusion, elle s'est dite non convaincue que l'arrêt *McKinney* et les arrêts suivants avaient réglé que [TRADUCTION] « les politiques de retraite obligatoire dans le secteur public sont toutes sauvegardées par l'article premier de la Charte du simple fait qu'elles ne contreviennent pas aux lois provinciales applicables en matière de droits de la personne » : *Greater Vancouver*, au paragraphe 120.

[161] Revêtent une importance particulière les commentaires formulés dans l'arrêt *Greater Vancouver* à propos de la pertinence actuelle de l'arrêt *McKinney*. À cet égard, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait remarquer que l'arrêt *McKinney* n'était pas destiné à trancher de façon définitive la question de la retraite obligatoire et que, comme je l'ai mentionné plus tôt, il était sous-entendu dans les motifs de la majorité qu'il y avait lieu de revoir la question dans l'avenir : au paragraphe 28.

[162] Dans l'arrêt *Greater Vancouver*, on peut lire ce qui suit dans la décision de la majorité : [TRADUCTION] « Comme cela fait maintenant 11 ans que l'arrêt *McKinney* a été tranché, et que la question de la retraite obligatoire présente une importance et un intérêt considérables au sein de notre société, je soutiens, avec égards, que le temps est venu pour nous de réexaminer la question » : au paragraphe 28.

[163] Sous la rubrique [TRADUCTION] « Un réexamen s'impose », la majorité, dans l'arrêt *Greater Vancouver*, conclut son analyse par le cri de cœur suivant, exhortant la Cour suprême du Canada à revoir la question de la retraite obligatoire [au paragraphe 27] :

[TRADUCTION] Onze années se sont maintenant écoulées depuis que l'arrêt *McKinney* a été rendu. Les caractéristiques démographiques du lieu de travail ont nettement changé, au sein non seulement du milieu universitaire, mais aussi du milieu de travail en général. Au moins deux autres pays, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, ont aboli la retraite obligatoire. Des études

retirement in Canada and elsewhere. (See, for example, *The Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel ...* and, Ontario Human Rights Commission, *Time for Action: Advancing Human Rights for Older Ontarians* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 28 June 2001).) The extent to which mandatory retirement policies impact on other equality rights, and on the mobility of the workforce, have become prominent social issues. The social and legislative facts now available may well cast doubt on the extent to which the courts should defer to legislative decisions made over a decade ago. The issue is certainly one of national importance.

(b) *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*

[164] Seven years later, the Ontario Superior Court was called upon to consider a constitutional challenge to legislation requiring that Justices of the Peace retire at age 70, rather than age 75, as is the case for judges: *Justices of the Peace*, above.

[165] To the extent that much of the decision focuses on mandatory retirement as it relates to judicial independence, the decision is not directly on point. That said, the Court goes through a detailed discussion of the “striking change” that had taken place in Ontario with respect to mandatory retirement since the time that *McKinney* was decided, in both legislation and public attitudes: see paragraphs 33–45. The Court observed that where mandatory retirement had once been generally accepted as a social norm, “it is now the exception, applicable to only a select few occupations for which it is viewed as necessary”: at paragraph 33.

[166] After reviewing various studies and legislative initiatives advocating the abolition of mandatory retirement in Ontario, the Court concluded its analysis by observing that since *McKinney* was decided, “there has

récentes ont été menées sur l'effet de l'abolition de la retraite obligatoire au Canada et à l'étranger. (Voir, par exemple, le Rapport du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [...] et le document de la Commission ontarienne des droits de la personne intitulé *Il est temps d'agir : Faire respecter les droits des personnes âgées en Ontario* (Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 28 juin 2001).) La mesure dans laquelle les politiques de retraite obligatoire se répercutent sur d'autres droits à l'égalité, de même que sur la mobilité de la main-d'œuvre, est devenue un enjeu social de première importance. Les faits sociaux et législatifs maintenant disponibles pourraient fort bien remettre en question la mesure dans laquelle les tribunaux devraient s'en remettre à des décisions législatives rendues il y a maintenant plus de 10 ans. L'enjeu est certes d'une importance nationale.

b) *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*

[164] Sept ans plus tard, la Cour supérieure de l'Ontario a été appelée à examiner une contestation constitutionnelle relative à des dispositions législatives exigeant que les juges de paix prennent leur retraite à l'âge de 70 ans, plutôt qu'à 75, comme c'est le cas pour les juges : *Justices of the Peace*, précité.

[165] Dans la mesure où une bonne part de la décision est axée sur la retraite obligatoire en rapport avec l'indépendance judiciaire, la décision n'est pas directement à propos. Cela dit, la Cour supérieure de l'Ontario y procède à une analyse détaillée du [TRADUCTION] « changement frappant » qui est survenu en Ontario au chapitre de la retraite obligatoire depuis l'époque où l'arrêt *McKinney* a été rendu, et ce, tant dans la législation que dans les attitudes du public : voir les paragraphes 33 à 45. La Cour supérieure a fait remarquer que la retraite obligatoire, admise naguère de façon générale comme une norme sociale, [TRADUCTION] « est aujourd'hui l'exception, applicable uniquement à quelques rares métiers pour lesquels cela est considéré comme nécessaire » : au paragraphe 33.

[166] Après avoir passé en revue diverses études et initiatives législatives prônant l'abolition de la retraite obligatoire en Ontario, la Cour a conclu son analyse en faisant remarquer que depuis l'époque où l'arrêt

been a sea change in the attitude to mandatory retirement in Ontario, led by the efforts of the [Ontario Human Rights] Commission.” This attitudinal change had culminated in legislative reform, with the Ontario Legislature having recognized that “mandatory retirement is a serious form of age discrimination”, leading to its abolition in both the public and private sectors in that province: at paragraph 45.

(c) *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816)*

[167] The most recent and most directly relevant cases are a pair of decisions rendered first by a labour arbitrator, and then by the Manitoba Court of Queen’s Bench, expressly dealing with the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the CHRA. Both decisions conclude that paragraph 15(1)(c) violates subsection 15(1) of the Charter and that it is not saved by section 1.

[168] *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, is the arbitral decision dealing with the mandatory retirement of a maintenance technician with CKY-TV at age 65 in accordance with a company policy. The employee’s union grieved the termination of his employment, also challenging the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

[169] In concluding that paragraph 15(1)(c) violated subsection 15(1) of the Charter and was not saved by section 1, Arbitrator Peltz found that the Supreme Court had proceeded on the basis of contextual assumptions in *McKinney*, which assumptions were no longer valid in light of the expert evidence before him.

[170] The arbitrator’s section 1 analysis turned on the issue of minimal impairment, with the arbitrator concluding that the evidence before him did not establish that “there is a reasonable basis for believing that the

McKinney a été tranché, [TRADUCTION] « il y a eu un changement de fond dans l’attitude à l’égard de la retraite obligatoire en Ontario, un changement mené par les efforts de la Commission [ontarienne des droits de la personne] ». Ce changement d’attitude s’est soldé par une réforme législative dans le cadre de laquelle l’Assemblée législative de la province a reconnu que [TRADUCTION] « la retraite obligatoire est une forme sérieuse de discrimination fondée sur l’âge », ce qui a mené à son abolition dans les secteurs tant public que privé au sein de la province : au paragraphe 45.

(c) *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816)*

[167] Les affaires les plus récentes et les plus pertinentes sont une paire de décisions qui ont été rendues en premier par un arbitre du travail et, ensuite, par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, et qui traitent expressément de la constitutionnalité de l’alinéa 15(1)c) de la LCDP. Les deux décisions concluent que cet alinéa viole le paragraphe 15(1) de la Charte et n’est pas sauvegardé par l’article premier.

[168] *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, est la décision arbitrale concernant la mise à la retraite obligatoire d’un technicien d’entretien au service de CKY-TV, à l’âge de 65 ans, conformément à une politique de l’entreprise. Le syndicat de l’employé a déposé un grief au sujet de la cessation de l’emploi de ce dernier, contestant également la constitutionnalité de l’alinéa 15(1)c) de la LCDP.

[169] En concluant que l’alinéa 15(1)c) violait le paragraphe 15(1) de la Charte et n’était pas sauvegardé par l’article premier, l’arbitre Peltz a conclu que la Cour suprême, dans l’arrêt *McKinney*, s’était fondée sur des hypothèses contextuelles qui, au vu de la preuve d’expert dont il était saisi, n’étaient plus valables.

[170] L’analyse de l’arbitre au sujet de l’article premier a reposé sur la question de l’atteinte minimale, et il a conclu que la preuve dont il disposait n’établissait pas qu’[TRADUCTION] « il existe un motif raisonnable de

employment regime of pensions, job security, good wages and reasonable benefits requires the maintenance of mandatory retirement at age 65 or a predominant age”: at paragraph 216.

[171] The arbitrator’s decision was subsequently confirmed by the Manitoba Court of Queen’s Bench: see *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 816*, 2009 MBQB 252, 246 Man. R. (2d) 100. The Court agreed with the arbitrator that the employer had not satisfied the minimal impairment component of the *Oakes* test, in light of the evidence in the record regarding current social and economic conditions.

[172] The Court observed that the operation of paragraph 15(1)(c) was not limited to situations where unions or employees had negotiated or agreed to mandatory retirement at any particular age. Rather, the exception to the prohibition on age discrimination created by paragraph 15(1)(c) went “far beyond limiting the discriminatory practice to those situations where contracts are truly negotiated”: at paragraph 32.

[173] Indeed, the Court found that paragraph 15(1)(c) “purports to permit an employer to terminate a person’s employment simply by establishing or proving a ‘normal age of retirement’ for workers in similar positions.” As a consequence, the Court was satisfied that the arbitrator’s conclusion on the issue of minimal impairment was correct: at paragraph 32.

(d) *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*

[174] Before leaving this issue, there is one other post-*McKinney* decision that bears comment. This is the decision of the Supreme Court in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854 (*Bell and Cooper*).

croire que le régime d’emploi des pensions, de la sécurité d’emploi, d’une bonne rémunération et de prestations raisonnables exige que l’on maintienne la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans ou à un âge prédominant » : au paragraphe 216.

[171] La décision de l’arbitre a par la suite été confirmée par la Cour du Banc de la Reine du Manitoba : *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 816*, 2009 MBQB 252, 246 Man. R. (2d) 100. La Cour du Banc de la Reine a souscrit à l’avis de l’arbitre, à savoir que l’employeur n’avait pas satisfait au volet de l’atteinte minimale du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, compte tenu de la preuve figurant dans le dossier au sujet de la conjoncture sociale et économique.

[172] La Cour du Banc de la Reine a fait remarquer que l’application de l’alinéa 15(1)(c) ne se limitait pas aux situations où les syndicats ou les employés avaient négocié ou accepté la retraite obligatoire à un âge particulier. Au contraire, l’exception à l’interdiction de la discrimination fondée sur l’âge que créait l’alinéa 15(1)(c) allait [TRADUCTION] « nettement plus loin que le fait de restreindre la pratique discriminatoire aux situations dans lesquelles les contrats sont véritablement négociés » : au paragraphe 32.

[173] En fait, la Cour du Banc de la Reine a conclu que l’alinéa 15(1)(c) [TRADUCTION] « vise à permettre à un employeur de mettre fin à l’emploi d’une personne simplement en établissant ou en prouvant “l’âge de la retraite en vigueur” pour les travailleurs occupant des emplois semblables ». Elle a donc été convaincue que la conclusion de l’arbitre à propos de l’atteinte minimale était correcte : au paragraphe 32.

d) *Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*

[174] Avant de passer à la question suivante, il y a une autre décision, rendue après l’arrêt *McKinney*, qui mérite d’être commentée : il s’agit de la décision que la Cour suprême a rendue dans l’affaire *Cooper c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854 (*Bell et Cooper*).

[175] *Bell and Cooper* is not technically a mandatory retirement decision, inasmuch as the issue before the Supreme Court was whether either the Canadian Human Rights Commission or the Tribunal had jurisdiction to consider the constitutional validity of a provision of the CHRA.

[176] What is noteworthy, however, is that the statutory provision at issue in *Bell and Cooper* was paragraph 15(1)(c) of the Act, and that the case arose in the context of human rights complaints brought by two former Canadian Airlines pilots. Messrs. Bell and Cooper alleged that they had been the victims of age discrimination when they were forced to retire from Canadian Airlines at the age of 60, in accordance with the provisions of their collective agreement.

[177] The human rights complaints were investigated by the Commission, and the investigator found that 60 was the normal age of retirement for airline pilots. However, before a decision could be made by the Commission with respect to the complaints, the Supreme Court released its decision in *McKinney*. The Commission subsequently advised the complainants that a Tribunal inquiry into their complaints was not warranted, and that the Commission was bound by *McKinney*.

[178] As noted earlier, the issue that ultimately came before the Supreme Court was a jurisdictional one. The majority of the Court found that neither the Commission nor the Tribunal had the jurisdiction to consider the constitutional validity of paragraph 15(1)(c) of the CHRA. Consequently, the majority did not address the significance of *McKinney* for Messrs. Bell and Cooper's human rights complaints.

[179] In their dissenting judgment, Justices McLachlin and L'Heureux-Dubé found that both the Commission and the Tribunal had the power to consider whether the Charter rendered the normal age of retirement defence invalid.

[180] More importantly for the purposes of this case, the dissenting judges rejected the airline's argument that

[175] Techniquement, *Bell et Cooper* n'est pas un arrêt portant sur la retraite obligatoire, dans la mesure où le point en litige soumis à la Cour suprême consistait à savoir si la Commission canadienne des droits de la personne ou le Tribunal avait compétence pour examiner la validité constitutionnelle d'une disposition de la LCDP.

[176] Il est toutefois notable que la disposition légale en litige dans l'arrêt *Bell et Cooper* était l'alinéa 15(1)c) de la Loi, et que ces deux affaires avaient pris naissance dans le contexte de plaintes relatives aux droits de la personne de deux anciens pilotes des Lignes aériennes Canadien International. MM. Bell et Cooper soutenaient avoir été victimes de discrimination fondée sur l'âge quand on les avait obligés à prendre leur retraite de la société aérienne à l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions de leur convention collective.

[177] La Commission a fait enquête sur les plaintes relatives aux droits de la personne, et l'enquêteur a conclu que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes de ligne. Cependant, avant que la Commission puisse se prononcer sur les plaintes, la Cour suprême a rendu sa décision dans l'arrêt *McKinney*. La Commission a par la suite informé les plaignants qu'il n'était pas justifié qu'un Tribunal fasse enquête sur leurs plaintes, et qu'elle était liée par l'arrêt *McKinney*.

[178] Comme il a été signalé plus tôt, c'est en fin de compte une question de compétence qui a été soumise à la Cour suprême. La majorité des juges de la Cour suprême a conclu que ni la Commission ni le Tribunal n'avaient compétence pour examiner la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. Elle n'a donc pas traité de l'importance de l'arrêt *McKinney* pour les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Bell et Cooper.

[179] Dans leur jugement dissident, les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé ont conclu que la Commission et le Tribunal étaient tous deux habilités à examiner si la Charte invalidait le moyen de défense fondé sur l'âge normal de la retraite.

[180] Détail plus important pour les besoins de la présente affaire, les juges dissidentes ont rejeté l'argument de la

McKinney provided a complete answer to Messrs. Bell and Cooper's human rights complaints. They noted that "[e]veryone agrees that the issue of whether a section of the *Canadian Human Rights Act* has been invalidated by s. 15 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is an important issue for the appellants and for Canadians generally": at paragraph 69.

[181] Justices McLachlin and L'Heureux-Dubé did not accept the airline's contention that because *McKinney* held that age 65 was the normal age of retirement for the university professors, it necessarily followed that a statute providing for retirement at the normal age for the occupation in question must also be saved under section 1.

[182] According to the dissenting judges, "this argument oversimplifies the process envisaged under s. 1 of the *Charter*." They stated that "[e]ven if one were to accept the doubtful submission that the conclusion that the infringement in *McKinney* was justified under s. 1 of the *Charter* solely on the ground that this was the normal age of retirement, one cannot conclude that that factor alone would suffice in all cases to justify an infringement of s. 15": at paragraph 106.

[183] Justices McLachlin and L'Heureux-Dubé held that section 1 "is about much more than what is usual or 'normal'." They were of the view that a usual practice "may be unjustifiable, having regard to the egregiousness of the infringement or the insubstantiality of the objective alleged to support it." As a result, each case had to be examined in light of its own circumstances: at paragraph 106.

[184] Consequently, the dissenting judges found that the Commission had erred in concluding that *McKinney* presented a complete answer to Messrs. Bell and Cooper's human rights complaints.

société aérienne selon lequel l'arrêt *McKinney* répondait entièrement aux plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Bell et Cooper. Elles ont fait remarquer que « [p]ersonne ne conteste qu'il est important pour les appelants et pour les Canadiens en général de savoir si l'art. 15 de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rendent nulle une disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* » : au paragraphe 69.

[181] Les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé n'ont pas retenu l'argument de la société aérienne selon lequel, étant donné que l'arrêt *McKinney* statuait que 65 ans était l'âge normal de la retraite pour les professeurs d'université, il s'ensuivait forcément qu'une loi prévoyant la retraite à l'âge normal pour le métier en question devait aussi être sauvegardée par l'article premier.

[182] Selon les juges dissidentes, « cet argument procède d'une simplification à outrance du processus que suppose l'article premier de la *Charte* ». Elles ont déclaré que : « Même en acceptant l'affirmation douteuse selon laquelle la conclusion voulant que la violation en cause dans le pourvoi *McKinney* ait été jugée justifiée au regard de l'article premier de la *Charte* pour le seul motif qu'il s'agissait de l'âge de la retraite en vigueur, on ne saurait conclure que ce seul facteur suffirait, dans tous les cas, à justifier une contravention à l'art. 15 » : au paragraphe 106.

[183] Les juges McLachlin et L'Heureux-Dubé ont conclu que l'article premier « fait intervenir beaucoup plus qu'un usage habituel ou "en vigueur" ». Elles ont exprimé l'opinion qu'un usage habituel peut être « injustifiable en raison de l'énormité de la violation ou du peu d'importance des objectifs qu'il est censé poursuivre ». De ce fait, chaque affaire devait être examinée en tenant compte des circonstances qui lui étaient propres : au paragraphe 106.

[184] Les juges dissidentes ont donc conclu que la Commission avait commis une erreur en concluant que l'arrêt *McKinney* répondait entièrement à la plainte relative aux droits de la personne de MM. Bell et Cooper.

[185] It is thus clear that for at least two judges of the Supreme Court, the decision in *McKinney* does not provide a complete answer to a challenge to the constitutional validity of paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

[185] Il est donc évident que, aux yeux d'au moins deux juges de la Cour suprême, la décision rendue dans l'arrêt *McKinney* ne répond pas de manière complète à une contestation concernant la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP.

C. Is Paragraph 15(1)(c) of the CHRA Justifiable Under Section 1 of the Charter?

C. L'alinéa 15(1)c) de la LCDP se justifie-t-il au regard de l'article premier de la Charte?

[186] Having thus determined that *McKinney* does not provide a complete answer to Messrs. Vilven and Kelly's Charter challenge, the question for this Court is whether the Tribunal's finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is not saved by section 1 of the Charter is correct.

[186] Ayant ainsi décidé que l'arrêt *McKinney* ne répond pas de manière complète à la contestation fondée sur la Charte de MM. Vilven et Kelly, la question à laquelle la Cour doit répondre consiste à savoir si la conclusion du Tribunal selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'est pas sauvegardé par l'article premier de la Charte est correcte.

(i) *The Section 1 Analytical Framework*

i) *Le cadre analytique de l'article premier*

[187] As was previously noted, the parties agree that the *Oakes* test should be applied by the Court in determining whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA is saved by section 1 of the Charter. In order to satisfy this test, Air Canada and ACPA must demonstrate that:

[187] Comme il a été mentionné plus tôt, les parties conviennent que la Cour devrait appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour décider si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est sauvegardé par l'article premier de la Charte. Pour satisfaire à ce critère, il faut qu'Air Canada et l'APAC démontrent que :

(1) the objective of the legislation is pressing and substantial; and that

1) l'objectif de la disposition législative doit être urgent et réel;

(2) the impairment of the right is proportional to the importance of the objective in that

2) l'atteinte au droit doit être proportionnelle à l'importance de l'objectif, en ce sens que:

(a) the means chosen are rationally connected to the legislative objective;

a) les moyens choisis doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif en question;

(b) the means chosen impairs the Charter right minimally or "as little as possible"; and

b) le moyen choisi doit être de nature à porter « le moins possible » atteinte au droit que garantit la Charte;

(c) there is a proportionality between any deleterious effects of the legislation and its salutary objective, so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgment of the right in question.

c) il doit y avoir proportionnalité entre les effets négatifs de la disposition légale et son objectif salutaire, de sorte que l'atteinte de l'objectif législatif ne doit pas céder le pas à l'atteinte au droit en question.

See *Oakes*, at pages 138–139. See also *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

[188] The starting point of a section 1 inquiry is to identify the objectives of the law, in order to determine whether these objectives are sufficiently important as to warrant the limitation of a constitutional right: see *Stoffman*, above, at page 520.

[189] In order to identify the objectives of the law, the Court must examine the nature of the social problem that the legislation addresses. The context of the impugned legislation “is also important in order to determine the type of proof which a court can demand of the legislator to justify its measures under section 1”: see *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at paragraph 88. As the Supreme Court observed in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, “where the legislation under consideration involves the balancing of competing interests and matters of social policy, the *Oakes* test should be applied flexibly, and not formally or mechanistically”: at paragraph 85.

[190] The Supreme Court also observed in *Eldridge* that the application of the *Oakes* test “requires close attention to the context in which the impugned legislation operates”: at paragraph 85.

[191] Relevant contextual factors may include the nature of the harm addressed, the vulnerability of the group protected, subjective fear and apprehension of harm, and the nature and importance of the infringed activity: see *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at paragraph 10. See also *Thomson Newspapers Co.*, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827.

Voir l’arrêt *Oakes*, aux pages 138 et 139. Voir aussi *R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

[188] Le point de départ d’une analyse fondée sur l’article premier consiste à déterminer les objectifs de la loi, de façon à pouvoir décider si ces objectifs sont suffisamment importants pour justifier qu’on limite un droit constitutionnel : voir l’arrêt *Stoffman*, précité, à la page 520.

[189] Pour déterminer quels sont les objectifs de la loi, la Cour doit examiner la nature du problème social auquel se rapporte la disposition légale. Le contexte de la disposition légale contestée est également important « pour déterminer le type de preuve que le tribunal peut demander au législateur d’apporter pour justifier ses mesures au regard de l’article premier » : voir *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au paragraphe 88. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, « dans les cas où l’examen du texte en cause exige que soient soupesés des intérêts opposés et des questions de politique sociale, le critère de l’arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, et non de manière formaliste ou mécanique » : au paragraphe 85.

[190] Dans l’arrêt *Eldridge*, la Cour suprême a aussi fait remarquer que l’application du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* « commande un examen attentif du contexte dans lequel s’inscrit le texte de loi attaqué » : au paragraphe 85.

[191] Les facteurs contextuels pertinents peuvent inclure la nature du préjudice visé, la vulnérabilité du groupe protégé, une crainte subjective et une appréhension du préjudice, de même que la nature et l’importance de l’activité protégée : voir *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, au paragraphe 10. Voir aussi *Thomson Newspapers Co.*, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827.

[192] Although this Charter challenge arises in the context of the forced retirement of two Air Canada pilots, I agree with the parties that my section 1 analysis should not be restricted to this context. Messrs. Vilven and Kelly were not denied the protection of the CHRA because they were airline pilots working for Air Canada, but because they had reached the “normal age of retirement” for similar positions, as contemplated by paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

[193] As the Supreme Court observed in *McKinney*, to limit a section 1 analysis to the specific factual context in which the challenge arises would be inconsistent with the *Oakes* test, which requires a consideration of whether the measures adopted have been carefully designed to achieve the objective in question. Paragraph 15(1)(c) of the CHRA is not restricted to the airline industry, and while evidence relating to the specific situation of Air Canada pilots may “serve as an example to demonstrate the reasonableness of the objectives, it must not be confused with those objectives”: *McKinney*, at page 299.

[194] With these principles in mind, I now turn to consider paragraph 15(1)(c) of the CHRA in light of the *Oakes* test.

(ii) *What are the Objectives of Paragraph 15(1)(c) of the CHRA?*

[195] The first element of the *Oakes* test requires the Court to identify the objectives of the legislative provision in question. I identified the objectives of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* in *Vilven* No. 1 in the following terms (at paragraphs 243–247):

The Tribunal described the purpose of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* as being “to strike a balance between the need for protection against age discrimination and the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment”: at paragraph 98.

[192] Même si la présente contestation fondée sur la Charte est soulevée dans le contexte de la mise à la retraite forcée de deux pilotes d’Air Canada, je conviens avec les parties que mon analyse fondée sur l’article premier ne devrait pas se limiter à ce contexte-là. Ce n’est pas parce qu’ils étaient des pilotes de ligne travaillant pour Air Canada que MM. Vilven et Kelly se sont vus privés de la protection de la LCDP, mais parce qu’ils avaient atteint l’« âge de la retraite en vigueur » pour des emplois semblables, comme l’envisage l’alinéa 15(1)c) de la LCDP.

[193] Ainsi que la Cour suprême l’a fait remarquer dans l’arrêt *McKinney*, le fait de restreindre une analyse fondée sur l’article premier au contexte factuel particulier dans lequel la contestation est soulevée serait incompatible avec le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*, lequel exige que l’on examine si les mesures adoptées ont été conçues avec soin en vue d’atteindre l’objectif en question. L’alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se limite pas à l’industrie aérienne, et même si la preuve relative à la situation précise de pilotes d’Air Canada peut « servir d’exemple pour démontrer le caractère raisonnable des objectifs, il ne faut pas la confondre avec ces objectifs » : *McKinney*, à la page 299.

[194] En gardant à l’esprit ces principes, j’examinerai maintenant l’alinéa 15(1)c) de la LCDP dans le contexte du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

ii) *Quels sont les objectifs de l’alinéa 15(1)c) de la LCDP?*

[195] Le premier élément du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* exige que la Cour détermine les objectifs de la disposition légale en question. Dans la décision *Vilven* n° 1, j’ai déterminé comme suit quels étaient les objectifs de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (aux paragraphes 243 à 247) :

Le Tribunal a décrit comme suit l’objet de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : « parvenir à un équilibre entre le besoin de protéger contre la discrimination fondée et sur l’âge et l’intérêt des intervenants du milieu du travail qui souhaitent négocier et organiser les modalités d’emploi à leur convenance » : au paragraphe 98.

The Tribunal's description of the purpose of the provision is accurate, as far as it goes. A more fulsome description of the purpose of the impugned legislation was provided by the arbitrator in the *CKY-TV* case, cited earlier. In this regard, the arbitrator observed [at paragraph 210] that the legislative objective underlying paragraph 15(1)(c) of the Act "was to protect a longstanding employment regime".

Referring to the comments of Minister Basford cited earlier in these reasons, the arbitrator noted that the Minister had made reference to the "many complex social and economic factors" involved in mandatory retirement", leading the arbitrator to conclude that "[t]he government's stated preference was to continue the traditional approach whereby the issue in the private sector was addressed between employers and employees": *CKY-TV*, at paragraph 210.

The arbitrator further held that the objective of paragraph 15(1)(c) of the Act was to allow for the continuation of a socially desirable employment regime, which included pensions, job security, wages and benefits. This was to be achieved by allowing mandatory retirement "if the age matched the predominant age for the position": *CKY-TV*, at paragraph 211.

It is clear from the statements made by Minister Basford and Assistant Deputy Minister Strayer at the time that the *Canadian Human Rights Act* was enacted that paragraph 15(1)(c) of the Act was intended to create an exception to the quasi-constitutional rights otherwise provided by the Act, so as to allow for the negotiation of mandatory retirement arrangements between employers and employees, particularly through the collective bargaining process.

[196] No appeal was taken from my decision in *Vilven* No. 1, and *ACPA* and *Air Canada* do not now take issue with my characterization of Parliament's objectives in enacting paragraph 15(1)(c) of the *CHRA*. Rather, their argument is that the Tribunal erred by failing to find that these objectives were pressing and substantial.

(iii) *Are The Objectives of Paragraph 15(1)(c) of the CHRA Pressing and Substantial?*

La description que fait le tribunal de l'objet de la disposition est exacte, quand on la considère isolément. Une description plus complète de l'objet de la disposition législative contestée a été donnée par l'arbitre dans l'affaire *CKY-TV* précitée. À cet égard, ce dernier a fait remarquer [au paragraphe 210] que l'objectif législatif qui sous-tend l'alinéa 15(1)c) de la Loi [TRADUCTION] « est de protéger un régime d'emploi de longue date ».

Faisant référence aux commentaires du ministre Basford cités précédemment dans les présents motifs, l'arbitre a fait remarquer que le ministre s'était reporté aux [TRADUCTION] « nombreux facteurs économiques et sociaux complexes » qui entrent en ligne de compte dans la retraite obligatoire », ce qui l'a amené à conclure que [TRADUCTION] « la préférence déclarée du gouvernement était de poursuivre l'approche traditionnelle, à savoir que la question, dans le secteur privé, était réglée entre les employeurs et les employés » : *CKY-TV*, au paragraphe 210.

L'arbitre a en outre déclaré que l'alinéa 15(1)c) de la Loi avait pour objet d'assurer la poursuite d'un régime d'emploi socialement souhaitable, qui comportait des pensions, une sécurité d'emploi, des salaires et des avantages sociaux. Cet objectif devrait être atteint en autorisant la retraite obligatoire [TRADUCTION] « si l'âge correspondait à l'âge prédominant pour le poste » : *CKY-TV*, au paragraphe 211.

Il ressort clairement des déclarations qu'ont faites le ministre Basford et le sous-ministre adjoint Strayer, à l'époque où la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été adoptée, que l'alinéa 15(1)c) de la Loi avait pour but de créer une exception aux droits quasi constitutionnels que prévoyaient par ailleurs la Loi, de façon à ce qu'il soit possible de négocier des ententes en matière de retraite obligatoire entre les employeurs et les employés, notamment dans le cadre du processus de négociation collective.

[196] La décision que j'ai rendue dans *Vilven* n° 1 n'a pas été portée en appel, et l'*APAC* et *Air Canada* ne contestent pas maintenant la manière dont j'ai décrit quels étaient les objectifs du législateur au moment d'adopter l'alinéa 15(1)c) de la *LCDP*. Ces deux parties font plutôt valoir que c'est le Tribunal qui a commis une erreur en omettant de conclure que ces objectifs étaient urgents et réels.

(iii) *Les objectifs de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP sont-ils urgents et réels?*

[197] The Tribunal found that Parliament's objectives in enacting paragraph 15(1)(c) of the CHRA were neither pressing nor substantial, as the alternatives to mandatory retirement used in other jurisdictions preserve the benefits of current labour market structures, such as deferred compensation and pension schemes, without discriminating on the basis of age. In light of this, the Tribunal asked how the goal of permitting freedom of contract could be sufficiently important as to justify overriding a constitutional right: Tribunal decision No. 2, at paragraph 45.

[198] The Tribunal further found that the link between mandatory retirement and the benefits traditionally associated with it was not as strong as was once believed: at paragraph 47. As these benefits could be achieved without mandatory retirement, the Tribunal held that it was "difficult to see how permitting it to be negotiated in the workplace is important enough to warrant the violation of equality rights that was identified by the Federal Court in the present case": at paragraph 49.

[199] Having regard to the aging of the workforce, and the fact that many individuals want or need to continue working, the Tribunal concluded that preventing, rather than permitting, age discrimination after the normal age of retirement has become a pressing and substantial need in society: at paragraph 48.

[200] In my view, the Tribunal erred by conflating elements of the proportionality analysis with its assessment of whether Parliament's objectives in enacting paragraph 15(1)(c) of the CHRA were pressing and substantial.

[201] I have previously found that the objective of paragraph 15(1)(c) was to permit the negotiation of mandatory retirement arrangements between employers and employees, particularly through the collective bargaining process, so as to allow for the preservation of socially desirable employment regimes which include matters such as pensions, job security, wages and benefits. Such an objective continues to be a pressing and substantial

[197] Le Tribunal a conclu que les objectifs pour lesquels le législateur a adopté l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'étaient ni urgents ni réels, car les solutions de rechange à la retraite obligatoire qui sont appliqués dans d'autres provinces préservent les avantages des structures actuelles du marché du travail, comme les régimes de retraite et de rémunération différée, sans discrimination fondée sur l'âge. Dans ce contexte, le Tribunal a demandé comment l'objectif visant à permettre la liberté contractuelle pouvait être assez important pour permettre de passer outre à un droit constitutionnel : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 45.

[198] Le Tribunal a de plus conclu que le lien existant entre la retraite obligatoire et les avantages qui lui étaient traditionnellement associés n'était pas aussi solide qu'on l'avait naguère cru : au paragraphe 47. Il a ajouté que, comme ces avantages pouvaient être obtenus sans la retraite obligatoire, il était « difficile de saisir comment le fait de permettre de la négocier en milieu de travail est si important qu'il justifie la violation des droits à l'égalité que la Cour fédérale a précisés dans la présente affaire » : au paragraphe 49.

[199] Le Tribunal a conclu que, comme que la main-d'œuvre vieillit, et que nombreux sont ceux qui éprouvent le besoin ou le désir de continuer à travailler, le fait de prévenir, plutôt que de permettre, la discrimination fondée sur l'âge après l'âge normal de la retraite est devenu un besoin urgent et réel dans la société : au paragraphe 48.

[200] À mon avis, le Tribunal a commis une erreur en confondant les éléments de l'analyse de la proportionnalité avec l'évaluation de la question de savoir si les objectifs que poursuivaient le législateur en adoptant l'alinéa 15(1)c) de la LCDP étaient urgents et réels.

[201] J'ai conclu plus tôt que l'alinéa 15(1)c) avait pour objectif de permettre de négocier des modalités de retraite obligatoire entre les employeurs et les employés, notamment dans le cadre du processus de négociation collective, de façon à permettre la préservation de régimes d'emploi socialement souhaitables, qui comportent des questions telles que les pensions, la sécurité d'emploi, la rémunération et les avantages. Un tel objectif continue

one in our society. Indeed, I note that this point was conceded by the union in *CKY-TV*.

[202] The means chosen by Parliament to achieve this objective was the enactment of the permissive provision in the CHRA that allows mandatory retirement where the retirement age matches the “normal age of retirement” for similar positions. Whether the means chosen to attain the objectives of paragraph 15(1)(c) can still be shown to be rationally connected to the preservation of socially desirable employment regimes in light of current social science evidence is another question altogether, one that properly forms part of the proportionality analysis.

[203] Similarly, the aging of the workforce and the fact that many individuals may want or need to continue working are matters that should properly form part of the minimal impairment analysis. These matters also factor into the assessment of whether there is proportionality between the deleterious effects of the legislation and its salutary objectives.

[204] Having concluded that Parliament’s objectives in enacting paragraph 15(1)(c) of the CHRA are still pressing and substantial, it remains to be determined whether the means employed by Parliament to achieve this objective are proportional, having regard to the remaining elements of the *Oakes* test.

(iv) *The Proportionality Component of the Oakes Test*

[205] Once the objectives of the legislation in issue have been identified and are determined to be pressing and substantial, the impugned law is then subjected to the proportionality test. This assesses whether the means chosen by Parliament to achieve its objectives are proportional or appropriate to the ends. Context infuses every aspect of this component of the *Oakes* test: *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining*

d’être urgent et réel au sein de notre société. En fait, je signale que le syndicat, dans l’arrêt *CKY-TV*, avait admis ce point.

[202] Le moyen que le législateur a choisi pour atteindre cet objectif a été d’adopter la disposition permissive de la LCDP qui permet la retraite obligatoire dans les cas où l’âge de la retraite correspond à l’« âge de la retraite en vigueur » pour des emplois semblables. La question de savoir s’il est encore possible de montrer que le moyen choisi pour atteindre les objectifs de l’alinéa 15(1)c) a un lien logique avec la préservation de régimes d’emploi socialement souhaitables à la lumière d’éléments de preuve récents relevant des sciences sociales est une tout autre question, qui fait à juste titre partie de l’analyse de la proportionnalité.

[203] Dans le même ordre d’idées, le vieillissement de la main-d’œuvre et le fait que de nombreuses personnes veulent continuer à travailler, ou aient besoin de le faire, devraient faire à juste titre partie de l’analyse de l’atteinte minimale. Ces questions entrent également en ligne de compte dans l’évaluation de la question de savoir s’il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de la loi et ses objectifs bénéfiques.

[204] Après avoir conclu que les objectifs pour lesquels le législateur a adopté l’alinéa 15(1)c) de la LCDP sont encore urgents et réels, il reste à décider si les moyens qu’il a employés pour atteindre cet objectif sont proportionnels, compte tenu des éléments restants du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes*.

iv) *L’élément de la proportionnalité du critère énoncé dans l’arrêt Oakes*

[205] Une fois que l’on a relevé les objectifs de la disposition légale en litige et décidé qu’ils sont urgents et réels, on soumet ensuite la loi contestée au critère de la proportionnalité. Cette mesure évalue si les moyens que le législateur a choisis pour atteindre ses objectifs sont proportionnels ou appropriés aux fins visées. Le contexte joue un rôle à chaque étape de ce volet du critère : *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining*

Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at paragraph 195.

[206] At this stage of the analysis, the objectives of the legislation are to be balanced against “the nature of the right it violates, the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society”: *Stoffman*, at page 520, *per* Justice Wilson dissenting, but not on this point.

[207] Put another way, the task for the Court at this stage of the inquiry is to determine whether impugned legislation is “carefully designed, or rationally connected, to the objective”. Legislation “must impair the right as little as possible”, and the effect of the legislation “must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights”: see *R. v. Edwards Books*, above, at page 768.

(v) *Rational Connection*

[208] The first question, then, is whether there is a rational connection between the legislative objective and the provision in the CHRA that permits mandatory retirement at the “normal age of retirement” for similar positions.

[209] As Chief Justice Dickson observed in *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, “as long as the challenged provision can be said to further in a general way an important government aim it cannot be seen as irrational” (emphasis added): at pages 925–926.

[210] Justice Wilson observed in her dissenting opinion in *Stoffman* that the rational connection element of the proportionality test is meant to “engage the Court in an examination of whether government is proceeding

Assn. c. Colombie-Britannique, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, au paragraphe 195.

[206] À ce stade-ci de l’analyse, il est nécessaire de mettre en équilibre les objectifs de la loi avec « la nature du droit, [...] l’étendue de sa violation et [...] la mesure dans laquelle la limite apportée favorise d’autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique » : *Stoffman*, à la page 520, la juge Wilson, s’exprimant en dissidence mais non sur ce point.

[207] En d’autres termes, à ce stade-ci de l’examen, il incombe à la Cour de décider si les dispositions légales contestées sont « soigneusement conçues pour atteindre l’objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif ». Les dispositions « doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question » et leurs effets « ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l’objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l’atteinte aux droits » : voir *R. c. Edwards Books*, précité, à la page 768.

v) *Le lien logique*

[208] La première question consiste donc à savoir s’il existe un lien logique entre l’objectif législatif visé et la disposition de la LCDP qui permet la retraite obligatoire à « l’âge de la retraite en vigueur » pour des emplois semblables.

[209] Comme l’a fait remarquer le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 : « pourvu que la disposition contestée puisse être considérée comme favorisant d’une manière générale la réalisation d’un objectif gouvernemental important, on ne peut la qualifier d’irrationnelle » (non souligné dans l’original) : aux pages 925 et 926.

[210] Dans l’opinion dissidente qu’elle a formulée dans l’arrêt *Stoffman*, la juge Wilson a fait remarquer que l’élément du lien logique du critère de la proportionnalité « consiste à inviter la Cour à déterminer si le gouvernement

logically in the pursuit of its aims.” She noted that “all the rational connection branch of s. 1 requires is a demonstration that there is some logical connection, however slight, between the objective and the means by which it is sought to be achieved” (emphasis added). She did, however, go on to note that “the quality and extent of the connection becomes crucial” in relation to the last two elements of the *Oakes* test: all quotes, at page 552.

[211] The Supreme Court has recently stated that the party invoking section 1 of the Charter must show that it is “reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so” (emphasis added): *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at paragraph 48.

[212] In this case, the Tribunal noted my observation in *Vilven* No. 1 that the “normal age of retirement” rule in paragraph 15(1)(c) allows a dominant player in an industry to set the mandatory retirement age for the entire industry. According to the Tribunal, the result is that employees in smaller companies, who have not negotiated mandatory retirement in exchange for wage and pension benefits, could still be subject to the mandatory retirement age set by the dominant industry player: at paragraphs 54–56.

[213] The Tribunal concluded that the “normal age of retirement” criterion was not rationally connected to the goal of allowing for negotiated mandatory retirement, as it permitted mandatory retirement to be imposed upon workers without negotiation, as long as the retirement age corresponded to the industry norm.

[214] Keeping in mind Chief Justice Dickson’s admonition in *Taylor* that a legislative provision cannot be seen to be irrational as long as it can be said to further an important government aim *in a general way*, I am satisfied that there is indeed a logical connection between

procède de façon logique dans la poursuite du but qu’il vise ». Elle a fait remarquer que « tout ce qu’exige la partie de l’article premier quant au lien rationnel, c’est la démonstration d’un lien logique quelconque, si petit soit-il, entre l’objectif poursuivi et les moyens employés pour le réaliser » (non souligné dans l’original). Elle a cependant signalé ensuite que « la vigueur et l’étendue du lien deviennent déterminant[e]s » en rapport avec les deux derniers éléments du critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* : tous les extraits sont tirés de la page 552.

[211] La Cour suprême a récemment déclaré que la partie qui invoque l’article premier de la Charte doit montrer qu’il « est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l’objectif, et non qu’elle y contribuera effectivement » (non souligné dans l’original) : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, au paragraphe 48.

[212] En l’espèce, le Tribunal a fait état de l’observation que j’ai faite dans la décision *Vilven* n° 1, à savoir que la règle de « l’âge de la retraite en vigueur », à l’alinéa 15(1)c), permet à un acteur dominant au sein d’une industrie de fixer l’âge de la retraite obligatoire pour l’industrie tout entière. Selon le Tribunal, il en résulte que, dans des entreprises de petite taille, les employés n’ayant pas négocié la retraite obligatoire en échange d’avantages sur le plan de la rémunération et de la retraite pourraient quand même être soumis à l’âge de la retraite obligatoire que fixe l’acteur dominant dans l’industrie : aux paragraphes 54 à 56.

[213] Le Tribunal a conclu que le critère de « l’âge normal de la retraite » n’avait pas de lien logique avec le but qui consiste à autoriser la retraite obligatoire négociée, car il permet d’imposer cette retraite aux travailleurs sans négociation, tant que l’âge de la retraite correspond à la norme de l’industrie.

[214] En gardant à l’esprit la mise en garde que le juge en chef Dickson a faite dans l’arrêt *Taylor*, à savoir qu’on ne peut considérer qu’une disposition légale est illogique tant que l’on peut dire qu’elle favorise un but important de l’État *de façon générale*, je suis convaincue qu’il y a bel

paragraph 15(1)(c) of the CHRA and the objectives that it seeks to accomplish. I note that my conclusion in this regard is consistent with the finding of the Manitoba Court of Queen's Bench in *CKY-TV*: at paragraph 27.

[215] Moreover, it is clear that in at least some work-places, mandatory retirement is negotiated through the collective bargaining process in exchange for wage, pension, and other benefits. To the extent that paragraph 15(1)(c) eliminates a legal barrier to mandatory retirement, it is rationally connected to the legislative objective of preserving socially desirable employment regimes that are beneficial to both employers and employees.

[216] As the Tribunal noted, there is a real question as to the extent to which mandatory retirement is a necessary and integral part of such labour market structures. However, the fact that mandatory retirement may not be essential to the preservation of socially desirable employment regimes does not mean that paragraph 15(1)(c) of the CHRA fails the rational connection test, as mandatory retirement is logically connected to the maintenance of such schemes: see *McKinney*, at pages 283–284.

[217] As was noted earlier, the connection between impugned legislation and its objectives need only be slight. The quality and extent of the connection are relevant, and indeed crucial considerations, but the place for such considerations to be taken into account is in relation to the second and third elements of the *Oakes* proportionality test, to which I now turn.

(vi) *Minimal Impairment*

[218] The next stage of the *Oakes* analysis requires the Court to examine whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA impairs the Charter rights of workers over the normal age of retirement for their type of position

et bien un lien logique entre l'alinéa 15(1)c) de la LCDP et les objectifs que cette disposition vise à atteindre. Je signale que ma conclusion à cet égard concorde avec celle qu'a tirée la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'arrêt *CKY-TV* : au paragraphe 27.

[215] De plus, il est évident que, dans certains lieux de travail au moins, la retraite obligatoire est négociée dans le cadre du processus de négociation collective en échange d'éléments liés à la rémunération, à la retraite et à d'autres avantages. Dans la mesure où l'alinéa 15(1)c) élimine un obstacle juridique à la retraite obligatoire, il est logiquement lié à l'objectif législatif que constitue le fait de préserver les régimes d'emploi socialement souhaitables qui sont avantageux à la fois pour les employeurs et les employés.

[216] Ainsi que l'a fait remarquer le Tribunal, la question de savoir dans quelle mesure la retraite obligatoire est un élément nécessaire et intégrant de ces structures du marché du travail suscite une question réelle. Cependant, le fait que la retraite obligatoire ne soit peut-être pas essentielle à la préservation de régimes d'emploi socialement souhaitables ne veut pas dire que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP échoue au critère du lien logique, car la retraite obligatoire a un lien logique avec le maintien de ces régimes : voir l'arrêt *McKinney*, aux pages 283 et 284.

[217] Comme il a été signalé plus tôt, il suffit que le lien entre la disposition législative contestée et les objectifs qu'elle vise soit ténu. La qualité et l'étendue du lien sont des éléments pertinents, et bel et bien cruciaux, mais l'endroit où il faut tenir compte de ces considérations est lié aux deuxième et troisième éléments du critère de la proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*, et dont je vais maintenant parler.

(vi) *L'atteinte minimale*

[218] L'étape suivante de l'analyse de l'arrêt *Oakes* exige que la Cour examine si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP porte atteinte « le moins possible » aux droits que la Charte garantit aux travailleurs dont l'âge est supérieur

minimally or “as little as possible”: *R. v. Edwards Books*, above, at page 768.

(a) The Applicable Legal Principles

[219] As the Supreme Court observed in *Health Services and Support*, the contextual factors relevant to a particular case affect the overall degree of deference to be afforded to the government in determining whether the legislative measures in issue are demonstrably justified: at paragraph 195. Greater deference should be shown to Parliament where the Court is examining a legislative provision that attempts to strike a balance between the claims of competing groups on the basis of conflicting social science evidence, as opposed to cases involving a contest between an individual and the State: see *Irwin Toy Ltd.*, above, at paragraph 79, and *RJR-MacDonald*, above, at paragraph 135.

[220] When dealing with such polycentric issues, “considerable flexibility must be accorded to the government to choose between various alternatives”: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at page 43. This is especially so when dealing with policy issues in the field of labour relations, which are generally best left to the political process: *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209, at paragraph 257.

[221] As the Supreme Court observed in *McKinney*, the question under the relaxed minimal impairment test articulated in *Irwin Toy* is “whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the government’s pressing and substantial objectives” (emphasis in original): at page 286.

à l’âge normal de la retraite pour le type d’emploi qu’ils occupent : *R. c. Edwards Books*, précité, à la page 768.

a) Les principes juridiques applicables

[219] Comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *Health Services and Support*, les facteurs contextuels qui se rapportent à une affaire particulière ont une incidence sur le degré général de retenue qu’il convient d’accorder à l’État au moment de décider si la justification des mesures législatives en litige peut se démontrer : au paragraphe 195. Il convient de faire preuve d’un degré de retenue supérieur envers le législateur lorsque la Cour examine une disposition législative qui s’efforce de trouver un juste équilibre entre les revendications de groupes concurrents qui se fondent sur des éléments de preuve relevant des sciences sociales qui s’avèrent contradictoires, par opposition aux affaires qui opposent un individu et l’État : voir l’arrêt *Irwin Toy Ltd.*, précité, au paragraphe 79, et l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au paragraphe 135.

[220] Lorsqu’on a affaire à de telles questions polycentriques, « il faut reconnaître au gouvernement une très grande souplesse dans les choix qu’il exerce » : *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la page 43. Cela est particulièrement le cas lorsqu’on a affaire à des questions de principe qui relèvent du domaine des relations du travail, qu’il est généralement préférable de laisser au soin du processus politique : *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 257.

[221] Comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *McKinney*, la question qui se pose en vertu du critère assoupli de l’atteinte minimale qui est exposé dans l’arrêt *Irwin Toy* est « de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu’il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement » (non souligné dans l’original) : à la page 286.

[222] This does not “absolve the judiciary of its constitutional obligation to scrutinize legislative action to ensure reasonable compliance with constitutional standards”. It does, however, require that the reviewing court utilize greater circumspection in such cases: *McKinney*, at page 305.

[223] The question of minimal impairment, once decided, is not necessarily cast in stone for all time. Rather, it must be assessed in the context of the current social and historical context: see *McKinney*, at page 314.

[224] As the British Columbia Court of Appeal observed in *Greater Vancouver*, the Legislature may have had limited facts at its disposal, such that no legislative deference will be appropriate. Alternatively, the Court may be presented with arguments that were not considered by the Legislature in making its policy choices: at paragraph 84.

[225] Thus the question for this Court is whether, in light of the evidence before it, the Tribunal was correct in finding that Air Canada and ACPA had failed to demonstrate that the government continued to have a reasonable basis for concluding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA interferes as little as possible with the equality rights of workers over the normal age of retirement, having regard to the government’s pressing and substantial objectives: see the arbitrator’s decision in *CKY-TV*, at paragraph 216, and the Manitoba Court of Queen’s Bench decision, at paragraph 31.

(b) The Tribunal’s Findings With Respect to the Minimal Impairment Issue

[226] The Tribunal found that paragraph 15(1)(c) did not minimally impair older workers’ equality rights as far less intrusive options could be, and are used, rather than simply allowing for mandatory retirement. These other legislative options include *bona fide* occupational

[222] Cela ne dégage pas « le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d’examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu’elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles ». Cela exige cependant que la cour de révision fasse preuve de plus de circonspection dans de tels cas : *McKinney*, à la page 305.

[223] La question de l’atteinte minimale, une fois qu’elle a été tranchée, n’est pas forcément coulée dans le béton à tout jamais. Elle doit plutôt être évaluée dans le contexte social et historique du moment : voir l’arrêt *McKinney*, à la page 314.

[224] Ainsi que l’a fait remarquer la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Greater Vancouver*, l’Assemblée législative disposait peut-être de faits restreints, de sorte qu’aucune retenue législative ne s’imposait. Subsidiairement, il est possible que l’on présente à la Cour des arguments dont l’Assemblée législative n’a pas tenu compte au moment de faire ses choix de principe : au paragraphe 84.

[225] La question à laquelle doit répondre la présente Cour consiste donc à savoir si, au vu des éléments de preuve qui lui ont été présentés, le Tribunal a eu raison de conclure qu’Air Canada et l’APAC n’étaient pas parvenus à démontrer que l’État continuait d’avoir un motif raisonnable pour conclure que l’alinéa 15(1)c) de la LCDP porte atteinte le moins possible aux droits à l’égalité des travailleurs par rapport à l’âge de la retraite en vigueur, compte tenu des objectifs urgents et réels de l’État : voir la décision de l’arbitre dans *CKY-TV*, au paragraphe 216, ainsi que la décision de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, au paragraphe 31.

(b) Les conclusions du Tribunal au sujet de la question de l’atteinte minimale

[226] Le Tribunal a conclu que l’alinéa 15(1)c) ne portait pas atteinte le moins possible aux droits à l’égalité des travailleurs âgés car, plutôt que de simplement permettre la retraite obligatoire, il y avait des options moins intrusives que l’on pouvait utiliser, et elles le

requirement and *bona fide* retirement or pension plan justifications. According to the Tribunal, the use of these types of less intrusive measures have not caused the collapse of employee pension and benefit schemes in the jurisdictions where they were in effect. The Tribunal did, however, find that a more carefully tailored provision might satisfy the minimal impairment component of the *Oakes* test: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 57–64.

(c) Air Canada and ACPA's Arguments with Respect to Minimal Impairment

[227] Air Canada and ACPA submit that the Tribunal erred by requiring that the government select the least intrusive possible option, rather than one that fell within a range of reasonable options. They say that the Supreme Court had already determined in *McKinney* and *Harrison* that limiting the availability of mandatory retirement to cases where age could be shown to be a *bona fide* occupational requirement could not satisfy the objectives of similar provisions in Ontario and British Columbia human rights legislation.

[228] The applicants further submit that the fact that other jurisdictions may have adopted different approaches to the issue of mandatory retirement simply shows that some provincial legislatures have struck a different balance in relation to a complex set of competing values: citing *McKinney*, at page 314.

[229] The task of the Tribunal was not, the applicants say, to step into the shoes of Parliament, and reweigh the pros and cons of mandatory retirement in light of the available social science evidence. Rather, the question for the Tribunal was whether the government had a reasonable basis for concluding that the impugned legislation impaired the relevant right as little as possible, having regard to the government's pressing and substantial objectives: citing *McKinney*, at page 309, and

sont. Ces autres options légales incluent des exigences professionnelles justifiées ou des régimes de retraite ou de pension existants. Selon le Tribunal, l'utilisation de ces types de mesures moins intrusives n'a pas provoqué l'effondrement des régimes de pension et de prestations des employés dans les provinces où ils étaient en vigueur. Il a toutefois conclu qu'une disposition élaborée avec plus de prudence pourrait satisfaire à l'élément de l'atteinte minimale du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 57 à 64.

(c) Les arguments d'Air Canada et de l'APAC au sujet de l'atteinte minimale

[227] Air Canada et l'APAC soutiennent que le Tribunal a commis une erreur en exigeant que l'État choisisse l'option la moins intrusive possible, plutôt que celle qui se situait dans un éventail d'options raisonnables. La Cour suprême, disent-elles, a déjà tranché dans les arrêts *McKinney* et *Harrison* que le fait de limiter la disponibilité de la retraite obligatoire aux cas où on pouvait montrer que l'âge était une exigence professionnelle justifiée ne pourrait satisfaire aux objectifs de dispositions semblables dans les lois sur les droits de la personne de l'Ontario et de la Colombie-Britannique.

[228] Les demanderesse soutiennent de plus que le fait que d'autres administrations ont peut-être adopté des approches différentes à l'égard de la retraite obligatoire illustre simplement que certaines assemblées législatives provinciales ont trouvé un équilibre différent en rapport avec une série complexe de valeurs concurrentes : citant l'arrêt *McKinney*, à la page 314.

[229] Au dire des demanderesse, la tâche du Tribunal n'était pas de se substituer au législateur et de réévaluer les avantages et les désavantages de la retraite obligatoire à la lumière des preuves disponibles dans le domaine des sciences sociales. La question qu'il devait trancher consistait plutôt à savoir si l'État avait un motif raisonnable de conclure que la disposition législative contestée portait atteinte le moins possible au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels de

Irwin Toy, at page 994.

[230] The applicants contend that the Tribunal also erred by failing to give due consideration to the existence of the collective agreement freely negotiated between Air Canada and ACPA. They point out that the Supreme Court recognized in *Dickason* that collective agreements authorizing mandatory retirement can represent carefully constructed, fairly negotiated bargains between employer and employees, which can be indicative of the reasonableness of the practice.

[231] Air Canada and ACPA point out that in *Health Services and Support*, the Supreme Court affirmed that values such as human dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy are all complemented and promoted by collective bargaining: at paragraph 81.

[232] The applicants contend that the Tribunal disregarded the benefits conferred by the collective agreement and the fact that the agreement reflected Charter values, including dignity of the individual. The Tribunal also failed to properly consider the fact that the collective agreement provided evidence of the reasonableness of the mandatory retirement policy.

[233] Instead, the applicants say that the Tribunal approached its minimal impairment analysis as if it had a free hand in directing what Parliament's choices should have been. In so doing, the Tribunal disregarded the admonition of the Supreme Court in *McKinney* that decision makers should not lightly use the Charter to second-guess legislative decisions as to how quickly it should proceed in moving forward toward the ideal of equality: citing *McKinney*, at page 318.

(d) The Expert Evidence

l'État : citant l'arrêt *McKinney*, à la page 309, et *Irwin Toy*, à la page 994.

[230] Les demanderesse soutiennent que le Tribunal a également commis une erreur en omettant de tenir dûment compte de l'existence de la convention collective librement négociée entre Air Canada et l'APAC. Elles soulignent que la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *Dickason* que les conventions collectives autorisant la retraite obligatoire peuvent représenter une monnaie d'échange élaborée avec soin et équitablement négocié entre l'employeur et les employés, ce qui peut être un signe du caractère raisonnable de la pratique.

[231] Air Canada et l'APAC font remarquer que, dans l'arrêt *Health Services and Support*, la Cour suprême a confirmé que des valeurs telles que la dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie sont toutes complétées et promues par la négociation collective : au paragraphe 81.

[232] Les demanderesse soutiennent que le Tribunal a fait abstraction des avantages que confère la convention collective ainsi que du fait que cette dernière reflétait les valeurs de la Charte, dont la dignité de l'individu. Le Tribunal a également omis d'examiner convenablement le fait que la convention collective fournissait une preuve du caractère raisonnable de la politique de retraite obligatoire.

[233] Les demanderesse disent que le Tribunal a plutôt abordé son analyse de l'atteinte minimale comme s'il lui était loisible de prescrire quels auraient dû être les choix du législateur. Ce faisant, le Tribunal a fait abstraction de la mise en garde que la Cour suprême a formulée dans l'arrêt *McKinney*, à savoir que les décideurs ne devraient pas se servir à la légère de la Charte pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité : citant l'arrêt *McKinney*, à la page 318.

d) Les preuves d'expert

[234] As the Supreme Court observed in *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, the evidence led in support of a section 1 justification will be very important to the outcome where the Court is dealing with matters that require close attention to context: at paragraph 55.

[235] I will therefore start my analysis by examining the evidence that was before the Tribunal in relation to the minimal impairment issue. This primarily took the form of expert evidence from labour economists led by Air Canada and the Commission with respect to the justification for mandatory retirement. Neither side contested the expertise of the opposing witness in labour economics, specifically the economic theory underlying mandatory retirement. ACPA and Messrs. Vilven and Kelly chose not to lead any expert evidence on this issue.

[236] Air Canada's expert was Dr. H. Lorne Carmichael, a professor of economics at Queen's University. Dr. Carmichael holds a PhD in Economics from Stanford University, and chairs the undergraduate studies program at Queen's. Dr. Carmichael has written extensively on labour market institutions, and has also edited several leading economics journals.

[237] The Commission's expert was Dr. Jonathan Kesselman. Dr. Kesselman is a professor in the Public Policy Program at Simon Fraser University, and holds a Canada Research Chair in Public Finance. He has worked and published in the field for many years, and has also edited several leading journals in the field of public policy and taxation.

[238] In order to put the evidence of the experts into context, it is helpful to start by recalling some of the key findings in the majority decision in *McKinney* with respect to the issue of minimal impairment.

[234] Comme l'a fait remarquer la Cour suprême dans l'arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, la preuve déposée à l'appui d'une justification fondée sur l'article premier sera fort importante pour l'issue, dans les cas où la Cour traite de questions qui obligent à porter une attention étroite au contexte : au paragraphe 55.

[235] Je vais donc débiter mon analyse par un examen de la preuve qui a été soumise au Tribunal en rapport avec la question de l'atteinte minimale. Il s'agissait principalement d'une preuve d'expert de la part d'économistes du travail, produite par Air Canada et la Commission au sujet de la justification de la retraite obligatoire. Aucune des deux parties n'a contesté l'expertise du témoin de la partie adverse en matière d'économie du travail, et plus précisément de la théorie économique sous-tendant la retraite obligatoire. L'APAC et MM. Vilven et Kelly ont décidé de ne présenter aucune preuve d'expert sur la question.

[236] L'expert d'Air Canada était M. H. Lorne Carmichael, professeur d'économie à l'Université Queen's. Ce dernier détient un doctorat en économie de l'Université Stanford et, à l'Université Queen's, il préside le programme d'études de premier cycle. M. Carmichael a abondamment écrit sur les institutions du marché du travail, et il a aussi dirigé plusieurs revues économiques importantes.

[237] L'expert de la Commission était M. Jonathan Kesselman. Celui-ci est professeur au sein du programme de politiques publiques de l'Université Simon Fraser, et il est titulaire d'une chaire de recherche du Canada en finances publiques. Il a travaillé et publié dans le domaine durant de nombreuses années, et lui aussi a dirigé plusieurs revues importantes dans le domaine des politiques publiques et de la fiscalité.

[238] Pour situer la preuve des experts dans son contexte, il est utile de commencer par rappeler certaines des conclusions clés de la décision majoritaire rendue dans l'arrêt *McKinney* au sujet de la question de l'atteinte minimale.

[239] Justice La Forest observed that by 1990, roughly 50 percent of the Canadian workforce held positions that were subject to mandatory retirement, and that approximately two-thirds of collective agreements provided for mandatory retirement at the age of 65: at page 294. Sixty-five had become the “normal” age of retirement in Canada, and had become “part of the very fabric of the organization of the labour market in this country”: at pages 294–295. Mandatory retirement had profound implications for the structuring of pension plans, for fairness and security of tenure in the workplace, and for work opportunities for others.

[240] Justice La Forest acknowledged that age had not been historically recognized as an unacceptable ground of discrimination, although he recognized that there had been “a profound alteration in society’s view of age discrimination in recent years and, in consequence, of mandatory retirement”: at page 295.

[241] In finding that the Legislature had a reasonable basis for concluding that paragraph 9(a) of the Code impaired older workers’ right to equality as little as possible, Justice La Forest characterized the issue of mandatory retirement as “a complex socio-economic problem that involves the basic and interconnected rules of the workplace throughout the whole of our society”: at page 302. Mandatory retirement is part of “a complex, interrelated, lifetime contractual arrangement involving something like deferred compensation”, particularly in union-organized workplaces, where “seniority serves as something of a functional equivalent to tenure”: at page 307.

[242] Justice La Forest observed that the ramifications that abolishing mandatory retirement would have for the organization of the workplace, and for society in general, were things that could not readily be measured: at page 304. He anticipated, however, that evidence as to the actual impact of the abolition of mandatory retirement would be available in 15–20 years, in light of the fact that by 1990, mandatory retirement had been abolished

[239] Le juge La Forest a fait remarquer qu’en 1990, environ 50 p. 100 de la main-d’œuvre canadienne occupait des emplois qui étaient soumis à la retraite obligatoire, et qu’environ les deux tiers des conventions collectives prévoyaient la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans : à la page 294. Soixante-cinq ans était devenu l’âge « normal » de la retraite au Canada et une « partie de l’organisation même du marché du travail dans notre pays » : aux pages 294 et 295. La retraite obligatoire avait de profondes répercussions pour la structuration des régimes de pension, pour l’équité et la sécurité d’emploi au sein du lieu de travail, ainsi que pour les occasions d’emploi offertes à d’autres.

[240] Le juge La Forest a reconnu que l’âge n’avait pas été historiquement reconnu comme un motif inacceptable de discrimination, mais il a toutefois admis que « l’opinion de la société quant à la discrimination fondée sur l’âge et, partant, quant à la retraite obligatoire, a profondément changé au cours des dernières années » : à la page 295.

[241] En concluant que le législateur avait un motif raisonnable de conclure que l’alinéa 9a) du Code portait atteinte le moins possible au droit à l’égalité des travailleurs âgés, le juge La Forest a qualifié la question de la retraite obligatoire de « problème socio-économique complexe qui fait intervenir les règles fondamentales et intimement liées du milieu du travail à l’intérieur de toute notre société » : à la page 302. La retraite obligatoire fait partie « d’ententes contractuelles complexes intimement liés et applicables pendant la vie active et comporte quelque chose comme des prestations de rémunération différée », particulièrement dans les lieux de travail syndiqués où « l’ancienneté joue en quelque sorte le rôle équivalent de la permanence » : à la page 307.

[242] Le juge La Forest a fait remarquer que les incidences qu’auraient l’abolition de la retraite obligatoire pour l’organisation du lieu de travail, ainsi que pour la société en général, étaient des éléments que l’on ne pouvait pas mesurer facilement : à la page 304. Il prévoyait toutefois que l’on disposerait de preuves sur les faits réels de l’abolition de la retraite obligatoire dans une période de 15 à 20 ans, compte tenu du fait qu’en

in several provinces: at pages 309–310.

[243] The evidence of the labour economists in this case was given with the benefit of two decades of experience as to the impact that the abolition of mandatory retirement in Canada has actually had for organization of the workplace, including its impact on matters such as deferred compensation and seniority, pension and benefit schemes. This evidence seriously calls into question the assumption underlying the majority decision in *McKinney* that mandatory retirement is inextricably linked to the preservation of these beneficial employment regimes.

[244] According to Dr. Kesselman, the real world experience in the jurisdictions where mandatory retirement has been abolished for some time has shown that the abolition of mandatory retirement has not, in fact, led to the end of such beneficial workplace arrangements. None of the adverse consequences that have traditionally been expected to flow from the abolition of mandatory retirement have actually materialized in jurisdictions such as Manitoba and Quebec, where mandatory retirement was abolished many years ago.

[245] Dr. Kesselman explained that one of the principal justifications for mandatory retirement has traditionally been that it allows for older employees to benefit from deferred compensation. Deferred compensation is the practice of paying workers less than their productivity would warrant in the earlier years of their employment, and more than their productivity would justify in the employees' later years. As part of such arrangements, most deferred compensation systems (including Air Canada's) provide pensions and other post-retirement benefits, the value of which increases with years of service.

[246] Deferred compensation systems benefit both employers and employees. Employees' earnings rise over time. This promotes loyalty, as workers will want to stay with their employer for a long time in the expectation

1990 la retraite obligatoire avait été abolie dans plusieurs provinces : aux pages 309 et 310.

[243] En l'espèce, la preuve des économistes du travail a été fournie avec l'avantage de deux décennies d'expérience au sujet de l'effet que l'abolition de la retraite obligatoire au Canada avait réellement eu pour l'organisation du lieu de travail, y compris pour des questions telles que la rémunération différée et l'ancienneté, ainsi que les régimes de pension et de prestations. Cette preuve remet sérieusement en question l'hypothèse qui sous-tend la décision de la majorité dans l'arrêt *McKinney*, à savoir que la retraite obligatoire est inextricablement liée à la préservation de ces régimes d'emploi avantageux.

[244] Selon M. Kesselman, l'expérience réellement vécue dans les provinces où la retraite obligatoire a été abolie depuis un certain temps montre que, en fait, cette abolition n'a pas sonné le glas de ces modalités de travail avantageuses. Aucune des conséquences négatives que l'on s'attendait habituellement à voir découler de l'abolition de la retraite obligatoire ne s'est concrétisée dans des provinces telles que le Manitoba et le Québec, où la retraite obligatoire a été abolie il y a de nombreuses années de cela.

[245] M. Kesselman a expliqué que l'une des principales justifications de la retraite obligatoire a traditionnellement été que celle-ci permet aux employés âgés de bénéficier d'une rémunération différée. Cette dernière est la pratique qui consiste à payer aux travailleurs moins que ce que leur productivité justifierait lors des premières années de leur emploi, et plus que ce que leur productivité justifierait dans les années ultérieures. Dans le cadre de ces modalités, la plupart des systèmes de rémunération différée — et celui d'Air Canada en fait partie — procurent des pensions et d'autres avantages postérieurs à la retraite, dont la valeur augmente en fonction des années de service.

[246] Les systèmes de rémunération différée avantagent à la fois les employeurs et les employés. Les gains des employés augmentent au fil du temps, ce qui encourage la fidélité, car les travailleurs voudront rester auprès de leur

of rich salary and pension benefits down the road. This in turn encourages employers to invest in employee training, in the knowledge that employees will be around long enough to allow the employers to reap the rewards of their investment.

[247] Another traditional justification for mandatory retirement is that the existence of a fixed mandatory retirement age allows employers to plan for employee turn over, and frees up positions for younger workers. It avoids the need for close and potentially demeaning performance monitoring for employees whose productivity may have declined with age. It also imposes a cap on the number of years in which an older employee's pay can exceed his or her productivity, thereby encouraging more efficient agreements.

[248] Dr. Kesselman says that there are three flaws in the traditional justification for mandatory retirement.

[249] The first flaw is that it assumes that agreements allowing for mandatory retirement are consensual arrangements between contracting parties. Dr. Kesselman says that in actual fact, most mandatory retirement provisions have their source in collective agreements rather than individual employment contracts. This allows the will of the majority to trump the equality rights of individual employees who may need or want to continue working after the mandatory age of retirement.

[250] Dr. Kesselman's thesis is borne out by the facts of this case. That is, 25 percent of Air Canada pilots supported the abolition of mandatory retirement in the referendum carried out by ACPA shortly before the Tribunal hearing. Nevertheless, the mandatory retirement provision was retained in the Air Canada/ACPA collective agreement in accordance with the wishes of the majority.

[251] Dr. Kesselman confirmed Justice L'Heureux-Dubé's observation in *McKinney* that the group of

employeur pendant longtemps dans l'espoir de toucher en bout de ligne un salaire et des prestations de retraite avantageux. Cela, par ricochet, encourage les employeurs à investir dans la formation des employés, sachant que ces derniers seront présents suffisamment longtemps pour que les employeurs puissent récolter les fruits de leur investissement.

[247] Une autre justification classique de la retraite obligatoire est que l'existence d'un âge fixe pour la retraite obligatoire permet aux employeurs de planifier le roulement des employés et libère des emplois pour les travailleurs plus jeunes. Cela évite d'avoir à surveiller de près et de manière peut-être avilissante le rendement des employés dont la productivité a peut-être diminué avec l'âge. Cela impose aussi un plafond au nombre d'années durant lesquelles la rémunération d'un employé âgé peut excéder sa productivité, ce qui favorise donc la conclusion d'ententes plus efficaces.

[248] Selon M. Kesselman, il existe trois lacunes dans la justification traditionnelle de la retraite obligatoire.

[249] La première de ces lacunes est que la justification tient pour acquis que les ententes permettant la retraite obligatoire sont des ententes consensuelles entre parties contractantes. M. Kesselman explique qu'en fait, la plupart des dispositions en matière de retraite obligatoire ont leur origine dans des conventions collectives plutôt que dans des contrats de travail individuels. Cela permet à la volonté de la majorité d'écarter les droits à l'égalité des employés qui peuvent avoir besoin de continuer de travailler après l'âge obligatoire de la retraite ou qui veulent le faire.

[250] Les faits de l'espèce corroborent la thèse de M. Kesselman. C'est-à-dire que 25 p. 100 des pilotes d'Air Canada ont soutenu l'abolition de la retraite obligatoire dans le référendum que l'APAC a tenu peu de temps avant l'audience du Tribunal. Néanmoins, la disposition relative à la retraite obligatoire a été conservée dans la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC, conformément aux souhaits de la majorité.

[251] M. Kesselman a confirmé l'observation faite par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *McKinney*, à

employees who will want and need to continue working will be disproportionately made up of women who may have entered the workforce late, or who may have taken time away from the paid workforce because of family responsibilities. Recent immigrants will also be disproportionately negatively affected by mandatory retirement policies because of their late entry into the Canadian workforce. Both groups may be unable to accumulate the necessary pensionable earnings as to allow them to retire with the financial security available to others.

[252] Dr. Kesselman points out that people who want or need to continue working will also face difficulties obtaining alternate employment after their forced retirement because of societal attitudes towards older workers, and because it may be uneconomical for new employers to provide them with the necessary training. These negative financial consequences may be all the more severe for women, because of their longer life expectancy.

[253] According to Dr. Kesselman, the second flaw in the traditional justification for mandatory retirement relates to the benefits that it purportedly confers on both employers and employees.

[254] Mandatory retirement is said to benefit younger workers because it frees up jobs. However, Dr. Kesselman points out that Canada is currently facing a shortage of skilled workers. As a consequence, the economy would actually benefit from experienced older workers being encouraged to continue working.

[255] Moreover, Dr. Kesselman says that experience has shown that the number of workers who would actually continue working is relatively small. Unconstrained by mandatory retirement policies, two-thirds of employees still choose to retire before age 65, with the average age of retirement being 61. Empirical research suggests that

savoir que le groupe d'employés qui voudra continuer de travailler et aura besoin de le faire se composera de façon disproportionnée de femmes peut-être entrées tard sur le marché du travail, ou ayant peut-être quitté un certain temps le secteur de la main-d'œuvre rémunérée en raison de leurs responsabilités familiales. Les nouveaux immigrants seront eux aussi touchés de façon disproportionnée par les politiques de retraite obligatoire à cause de leur entrée tardive au sein de la population active canadienne. Il est peut-être impossible à ces deux groupes d'accumuler les gains ouvrants droits à pension qui sont nécessaires pour leur permettre de prendre leur retraite en bénéficiant de la sécurité financière dont disposent les autres.

[252] M. Kesselman fait remarquer que les personnes qui veulent continuer de travailler ou qui ont besoin de le faire auront également de la difficulté à obtenir un autre emploi après leur retraite forcée à cause des attitudes sociales vis-à-vis des travailleurs âgés, et aussi parce qu'il est peut-être peu économique pour les nouveaux employeurs de leur dispenser la formation requise. Ces conséquences financières négatives sont peut-être pires pour les femmes, à cause de leur espérance de vie supérieure.

[253] Selon M. Kesselman, la deuxième lacune que l'on relève dans la justification traditionnelle de la retraite obligatoire est liée aux avantages que celle-ci confère censément aux employeurs et aux employés.

[254] La retraite obligatoire, dit-on, profite aux travailleurs plus jeunes, car elle permet de libérer des emplois. Cependant, M. Kesselman fait remarquer que le Canada fait actuellement face à une pénurie de travailleurs qualifiés. C'est donc dire que l'économie profiterait en réalité du fait que l'on encourage les travailleurs âgés d'expérience à continuer de travailler.

[255] De plus, M. Kesselman dit qu'il ressort de l'expérience acquise que le nombre de travailleurs qui continueraient en fait de travailler est relativement faible. En l'absence de la contrainte des politiques de retraite obligatoire, les deux tiers des employés optent quand même de prendre leur retraite avant l'âge de 65

there would be little effect on job creation for younger workers if mandatory retirement were abolished.

[256] As for the benefit of avoiding potentially demeaning performance monitoring for those employees whose productivity may have declined with age, Dr. Kesselman observes that there is no evidence that ability or productivity abruptly declines at a specific age. He points out, somewhat ironically, that the mean age of the judges deciding *McKinney* was 65 years of age, and that several of the judges were over that age.

[257] Experience and reliability can compensate for declining abilities, says Dr. Kesselman. Moreover, employees whose abilities are in fact declining will be the ones most likely to choose voluntary retirement.

[258] Dr. Kesselman also points out that employers already need to have reliable performance monitoring systems in place, and that such systems are all the more necessary for workers who have many years in the workforce ahead of them. More importantly, he notes that there is no evidence that costly new performance monitoring systems have in fact been implemented in jurisdictions that have abolished mandatory retirement.

[259] Dr. Kesselman says that mandatory retirement is not essential to the maintenance of deferred compensation schemes, given the evidence indicating that few workers would actually choose to continue working. If 3 to 10 percent of employees over 65 were to continue working for an additional three years, the average length of a career would only rise by one to four months—hardly enough to upset deferred compensation schemes.

[260] Dr. Kesselman also questions the premise that deferred compensation provides a useful incentive for employers to invest in training their employees at the

ans, et l'âge moyen est de 61 ans. Selon des recherches empiriques, si l'on abolissait la retraite obligatoire, cela aurait peu d'effet sur la création d'emploi pour les travailleurs plus jeunes.

[256] Quant à l'avantage d'éviter la surveillance potentiellement avilissante du rendement de ces employés, dont la productivité peut avoir diminué avec l'âge, M. Kesselman fait remarquer qu'il n'y a aucune preuve que l'aptitude ou la productivité chute subitement à un âge particulier. Il fait remarquer, de façon quelque peu ironique, que l'âge moyen des juges qui ont rendu la décision dans l'arrêt *McKinney* était de 65 ans, et que plusieurs d'entre eux étaient plus âgés que cela.

[257] L'expérience et la fiabilité peuvent compenser la diminution des aptitudes, dit M. Kesselman. En outre, les employés dont les aptitudes diminuent seront ceux qui opéreront tout probablement pour une retraite volontaire.

[258] M. Kesselman fait remarquer aussi que les employeurs ont déjà besoin d'avoir en place des systèmes de surveillance du rendement fiables, et que ces systèmes sont d'autant plus nécessaires pour les travailleurs qui ont devant eux de nombreuses années de présence au sein de la population active. Plus important encore, il signale qu'il n'existe aucune preuve que l'on ait mis en œuvre des systèmes de surveillance du rendement nouveaux et coûteux dans les provinces qui ont aboli la retraite obligatoire.

[259] M. Kesselman déclare que la retraite obligatoire n'est pas essentielle au maintien des régimes de rémunération différée, vu la preuve que peu de travailleurs opteraient en fait pour continuer de travailler. Si de 3 à 10 p. 100 des employés âgés de plus de 65 ans devaient continuer de travailler pendant une période additionnelle de trois ans, la longueur moyenne d'une carrière n'augmenterait que de un à quatre mois — ce qui n'est guère suffisant pour bouleverser des régimes de rémunération différée.

[260] M. Kesselman met également en doute la prémisse voulant que la rémunération différée constitue pour les employeurs une incitation utile à investir dans

beginning of their careers, allowing employers to benefit from that investment over the career of the individual. He notes that the more rapid obsolescence of skills in today's workplace means that employee training has become an ongoing process.

[261] The third flaw in the traditional economic analysis of mandatory retirement identified by Dr. Kesselman is that it fails to consider the cost that compulsory mandatory retirement imposes on the rest of society.

[262] Older employees forced to leave their employment pay less in income and other taxes. Some begin drawing public pension benefits earlier than they might otherwise have done, and fewer benefits get clawed-back through the tax system. The decrease in tax revenues and increase in public pension claims will impose a bigger drain on systems already under strain as the population ages. In this regard, Dr. Kesselman notes that while only 7.6 percent of the Canadian population was over 65 in the mid-1960s, they made up 12 percent of the population by 2004 and are projected to make up 23 percent of the population by 2030.

[263] Other costs to the public purse include increased demands on the health care system by employees who have lost their private, work-related supplemental insurance coverage, and by individuals whose loss of employment results in them qualifying for means-based benefits. Dr. Kesselman also points to research indicating that physical and mental inactivity can contribute to a variety of health problems, imposing a further strain on the public purse.

[264] Dr. Kesselman says that to the extent that mandatory retirement decreases tax revenues and increases public expenditures, it will put upward pressure on income tax rates for Canadians. These pressures will

la formation de leurs employés au début de leur carrière, ce qui permettrait aux employeurs de profiter de cet investissement pendant toute la carrière des employés. Il signale qu'à cause de l'obsolescence plus rapide des compétences au sein du lieu de travail actuel, la formation des employés est devenue un processus constant.

[261] La troisième lacune que M. Kesselman relève dans l'analyse économique traditionnelle de la retraite obligatoire est qu'elle omet de prendre en considération le coût qu'impose la retraite obligatoire au reste de la société.

[262] Les employés âgés contraints à quitter leur emploi paient moins en impôts et en autres taxes. Certains commencent à toucher des prestations de pension de l'État plus tôt qu'ils ne l'auraient peut-être fait en d'autres circonstances, et l'on récupère moins de prestations par l'intermédiaire du système fiscal. La diminution des recettes fiscales et l'augmentation des demandes de pensions de l'État imposeraient une saignée plus importante à des systèmes déjà soumis à des contraintes à mesure que la population vieillit. À cet égard, M. Kesselman signale qu'au milieu des années 1960, seuls 7,6 p. 100 de la population canadienne étaient âgés de plus de 65 ans, mais ce groupe représentait 12 p. 100 de la population en 2004 et il constituera, selon les projections, 23 p. 100 de la population d'ici 2030.

[263] D'autres coûts pour le trésor public comprennent l'intensification des demandes exercées sur le système des soins de santé par les employés ayant perdu leur couverture d'assurance supplémentaire privée liée à leur travail, ainsi que par les personnes qui, à cause de la perte de leur emploi, sont admissibles à des prestations fondées sur les ressources. M. Kesselman fait également état de recherches indiquant que l'inactivité physique et mentale peut contribuer à l'apparition de divers problèmes de santé, ce qui impose des tensions additionnelles au trésor public.

[264] Selon M. Kesselman, dans la mesure où la retraite obligatoire diminue les recettes fiscales et augmente les dépenses publiques, cela exercera des pressions à la hausse sur les taux d'imposition du revenu des Canadiens.

increasingly be felt as baby boomers leave the workforce. The aging of the workforce combined with increasing life expectancies means that mandatory retirement will have a much greater adverse impact on the economy in the future than it has in the past.

[265] Dr. Kesselman identifies several ways in which compensation, pension and employee benefit plans can be modified so as to allow for the continued employment of older workers. These include eliminating long-term disability insurance for employees over the age of 65 and reducing coverage for employer-paid life insurance.

[266] Dr. Kesselman says that “the case for allowing [compulsory mandatory retirement] to continue is based on economic analysis that presumes markets always produce desirable results”: Jonathan R. Kesselman, “Mandatory Retirement and Older Workers: Encouraging Longer Working Lives” (2004), 200 *C.D. Howe Institute Commentary* 1, at page 18. This presumption, he says, was accepted by the Supreme Court of Canada in *McKinney*, which found age discrimination in the form of mandatory retirement to be justifiable on the grounds of its asserted economic benefits.

[267] However, Dr. Kesselman observes that market forces once perpetuated discrimination on the basis of sex and race in hiring and compensation practices. Indeed, it was not so long ago that married women in Canada were forced out of the workplace by market pressures in order to free up positions for men. As Dr. Kesselman points out, it is no different to say that older workers should be compelled to leave the workforce to create positions for younger workers.

[268] The burden is, of course, on Air Canada and ACPA to demonstrate that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is a reasonable limit in a free and democratic society, and that the government continues to have a reasonable basis

Ces pressions se feront de plus en plus sentir à mesure que les baby-boomers quitteront le marché du travail. Le vieillissement de la population active, conjugué à l’augmentation de l’espérance de vie, signifie que la retraite obligatoire aura sur l’économie un impact négatif nettement supérieur dans l’avenir que dans le passé.

[265] M. Kesselman mentionne plusieurs façons possibles de modifier les régimes de rémunération, de retraite et de prestations aux employés de façon à permettre aux travailleurs âgés de continuer à travailler. Cela inclut l’élimination de l’assurance-invalidité de longue durée pour les travailleurs âgés de plus de 65 ans et la réduction de la couverture liée à l’assurance-vie payée par l’employeur.

[266] Selon M. Kesselman, [TRADUCTION] « les arguments en faveur de permettre [que la retraite obligatoire] se poursuive reposent sur une analyse économique qui présume que les marchés produisent toujours des résultats souhaitables » : Jonathan R. Kesselman, « Mandatory Retirement And Older Workers: Encouraging Longer Working Lives » (2004), 200 *C.D. Howe Institute Commentary* 1, à la page 18. Cette présomption, dit-il, a été retenue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *McKinney*, qui a conclu que la discrimination fondée sur l’âge, sous la forme de la retraite obligatoire, pouvait se justifier du fait de ses avantages économiques proclamés.

[267] Cependant, M. Kesselman fait remarquer que les forces du marché perpétuaient naguère la discrimination fondée sur le sexe et la race dans les pratiques d’embauche et de rémunération. En fait, il n’y a pas si longtemps que cela, les femmes mariées au Canada étaient contraintes par les pressions du marché à quitter le marché du travail en vue de libérer des emplois pour les hommes. Comme le fait remarquer M. Kesselman, il n’est pas différent de dire que les travailleurs âgés devraient être forcés à quitter le marché du travail en vue de créer des emplois pour les travailleurs plus jeunes.

[268] Il incombe, bien sûr, à Air Canada et l’APAC de faire la preuve que l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique, et que l’État continue d’avoir un motif

for believing that it impairs the Charter rights of workers over the normal age of retirement for their type of position “minimally” or “as little as possible”. With this in mind, it is necessary to examine what Dr. Carmichael had to say about the economic theory justifying the continued perpetuation of mandatory retirement for federally regulated employees.

[269] Dr. Carmichael describes mandatory retirement as an institution that has evolved in labour markets where employees—often represented by strong unions—have been free to negotiate their own employment conditions with employers. These negotiations result in arrangements that are beneficial to both sides, particularly when viewed over the entire life cycle of individual careers.

[270] The benefits that Dr. Carmichael says flow from labour market structures that include mandatory retirement are many of the same advantages identified by the Supreme Court of Canada in *McKinney*. As these have already been discussed at some length earlier in these reasons, I will review Dr. Carmichael’s evidence on this point somewhat briefly.

[271] Dr. Carmichael says that mandatory retirement is an integral part of the overall package of benefits and obligations that comprise the employment relationship. This package includes seniority and deferred compensation systems, whereby employees are able to earn higher wages, receive better employment security and opportunities and better pensions over time. Mandatory retirement opens up job opportunities for younger workers, facilitates planning by both employers and employees, allows for less stringent monitoring of older workers, and allows employees to leave the workforce with dignity. According to Dr. Carmichael, mandatory retirement is the *quid pro quo* for these benefits, and that the interdependence of mandatory retirement and deferred compensation schemes “is evident from the data”.

raisonnable de croire que cette disposition porte atteinte « de façon minimale » ou « le moins possible » aux droits des travailleurs au sujet de l’âge de la retraite en vigueur pour le type d’emploi qu’ils occupent. Cela étant, il est nécessaire d’examiner ce que M. Carmichael avait à dire au sujet de la théorie économique justifiant la perpétuation de la retraite obligatoire pour les employés soumis à la réglementation fédérale.

[269] M. Carmichael décrit la retraite obligatoire comme une institution qui a évolué dans des marchés du travail où les employés — souvent représentés par des syndicats forts — ont eu le loisir de négocier leurs propres conditions d’emploi avec les employeurs. Ces négociations donnent lieu à des modalités qui sont avantageuses pour les deux parties, surtout lorsqu’on les considère pendant toute la durée de carrières individuelles.

[270] Les avantages qui découlent, selon M. Carmichael, des structures du marché du travail qui comprennent la retraite obligatoire sont un grand nombre des mêmes que la Cour suprême du Canada a relevés dans l’arrêt *McKinney*. Comme il en a déjà été question plus tôt dans les présents motifs de manière assez détaillée, je passerai en revue de manière assez brève la preuve de M. Carmichael sur ce point.

[271] Selon M. Carmichael, la retraite obligatoire fait partie intégrante de l’ensemble général des prestations et des obligations qui forment la relation d’emploi. Cet ensemble inclut des systèmes d’ancienneté et de rémunération différée dans le cadre desquels les employés sont en mesure de gagner une rémunération supérieure et de bénéficier d’une meilleure sécurité d’emploi et de meilleures occasions, ainsi que de meilleures pensions au fil du temps. La retraite obligatoire libère des occasions d’emploi pour les travailleurs plus jeunes, facilite les plans des employeurs et des employés, permet de surveiller de façon moins étroite les travailleurs âgés et permet aux employés de quitter la population active avec dignité. Selon M. Carmichael, la retraite obligatoire est la contrepartie de ces avantages et l’interdépendance des régimes de retraite obligatoire et de rémunération différée [TRADUCTION] « ressort clairement des données ».

[272] Insofar as the aging of the population is concerned, Dr. Carmichael says that older workers do not necessarily have to leave the workforce after being forced to retire from their jobs. Workers may find alternate employment, and may even be able to continue working for their former employer under renegotiated conditions that better reflect the workers' current productivity.

[273] While recognizing that mandatory retirement can have an adverse differential impact on women and immigrants, Dr. Carmichael says that good public policy requires that the effects of an institution be evaluated for all of the groups affected, and that some balance be maintained.

[274] The groups that would benefit most from the abolition of mandatory retirement are older workers who have already benefited from the seniority system. According to Dr. Carmichael, this group is predominately made up of men from the baby boom generation, many of whom do not need the money. Those who would lose out would be younger men and women, as well as those who entered the workforce later in life. According to Dr. Carmichael, there are better ways to address the plight of this latter group, such as financial support and the recognition of foreign credentials for immigrants.

[275] Dr. Carmichael agrees with Dr. Kesselman that abolishing mandatory retirement will not have a major impact on the average age of retirement in the economy as a whole, as most individuals will choose to retire at the same age as would otherwise have been imposed upon them. It could, however, have a more significant impact in relation to airline pilots, given their high rate of pay and significant level of job satisfaction.

[276] Dr. Carmichael also agrees with Dr. Kesselman that the costs associated with the elimination of mandatory retirement would be "relatively small": transcript, at page 1524.

[272] En ce qui concerne le vieillissement de la population, M. Carmichael dit que les travailleurs âgés ne sont pas nécessairement obligés de quitter le marché du travail après avoir été forcés de prendre leur retraite. Ils peuvent trouver un autre emploi, et sont peut-être même capables de continuer à travailler pour leur ancien employeur dans le cadre de conditions renégociées qui reflètent mieux la productivité des travailleurs à ce moment-là.

[273] Tout en reconnaissant que la retraite obligatoire peut avoir un effet particulier négatif sur les femmes et les immigrants, M. Carmichael dit qu'une bonne politique d'intérêt public exige que l'on évalue les effets d'une institution pour tous les groupes touchés, et que l'on préserve un certain équilibre.

[274] Les groupes qui profiteraient le plus de l'abolition de la retraite obligatoire sont les travailleurs âgés qui ont déjà bénéficié du système d'ancienneté. Selon M. Carmichael, ce groupe se compose principalement d'hommes issus de la génération du baby-boom, dont un grand nombre n'a pas besoin du revenu supplémentaire. Les perdants seraient les hommes plus jeunes et les femmes, ainsi que les personnes entrées sur le marché du travail plus tard dans la vie. Selon M. Carmichael, il y a de meilleures façons d'atténuer les difficultés de ce dernier groupe, comme des mesures de soutien financier et, pour les immigrants, la reconnaissance de titres de compétence étrangers.

[275] M. Carmichael convient avec M. Kesselman que l'abolition de la retraite obligatoire n'aura pas d'effet marqué sur l'âge moyen de la retraite dans l'économie dans son ensemble, car plusieurs personnes décideront de prendre leur retraite au même âge que celui qu'on leur aurait par ailleurs imposé. Cela pourrait avoir, cependant, un effet plus marqué en rapport avec les pilotes de ligne, compte tenu de leur taux de rémunération supérieur et de leur degré élevé de satisfaction au travail.

[276] M. Carmichael convient aussi avec M. Kesselman que les coûts associés à l'élimination de la retraite obligatoire seraient [TRADUCTION] « relativement faibles » : notes sténographiques, à la page 1524.

[277] It was evident from the cross-examination of Dr. Carmichael that the philosophical underpinning of his opinion is his belief that mandatory retirement is something that is “freely negotiated” by knowledgeable individuals. Indeed, Dr. Carmichael stated that he “would always support something that had been freely negotiated”: transcript, at page 1537.

[278] Dr. Carmichael conceded that an agreement between two groups could cause hardship to third parties, and that society may legitimately refuse to enforce such agreements. However, he says that no third parties are hurt when an employer and a union negotiate a collective agreement that involves mandatory retirement. Workers enter into arrangements that positively affect their own future compensation and job security, and their welfare has to be judged over the entire life cycle of their careers: Carmichael report, at pages 8–10.

[279] However, as was noted earlier, Dr. Carmichael acknowledged that mandatory retirement can indeed have an adverse differential impact on women and immigrants, whose interests may be “lost in the mix”: transcript, at page 1573. He believes that may be the strongest argument advanced against mandatory retirement. At the same time, he states that “it is not clear that it discriminates against women as a group”: Carmichael report, at pages 1 and 13.

[280] With this understanding of the expert evidence, I turn now to the application of the minimal impairment test.

(e) The Application of the Minimal Impairment Test

[281] I recognize at the outset that significant deference is to be shown to Parliament where the Court is examining a legislative provision that attempts to strike a balance between the claims of competing groups on the basis of potentially conflicting social science evidence.

[277] Il ressort clairement du contre-interrogatoire de M. Carmichael que le fondement philosophique de son opinion est sa croyance que la retraite obligatoire est [TRADUCTION] « librement négociée » par des personnes bien informées. En fait, il a déclaré qu’il [TRADUCTION] « soutiendrait toujours une chose qui a été librement négociée » : notes sténographiques, à la page 1537.

[278] M. Carmichael a admis qu’une entente conclue entre deux groupes pouvait causer des difficultés à des tierces parties, et que la société peut légitimement refuser d’appliquer de telles ententes. Cependant, dit-il, aucune tierce partie n’est lésée lorsqu’un employeur et un syndicat négocient une convention collective qui comporte la retraite obligatoire. Les travailleurs concluent des ententes qui ont une incidence positive sur leurs propres rémunération et sécurité d’emploi futures, et leur bien-être doit être évalué par rapport à la durée entière de leur carrière : rapport Carmichael, aux pages 8 à 10.

[279] Cependant, comme il a été mentionné plus tôt, M. Carmichael a reconnu que la retraite obligatoire peut effectivement avoir un effet négatif particulier sur les femmes et les immigrants, dont les intérêts peuvent [TRADUCTION] « disparaître dans le tout » : notes sténographiques, à la page 1573. Il croit qu’il peut s’agir là de l’argument le plus sérieux que l’on puisse invoquer contre la retraite obligatoire. Parallèlement, il ajoute qu’[TRADUCTION] « il n’est pas clair qu’elle exerce de la discrimination contre les femmes en tant que groupe » : rapport Carmichael, aux pages 1 et 13.

[280] Ayant ainsi examiné les preuves d’expert, je passe maintenant à l’application du critère de l’atteinte minimale.

e) L’application du critère de l’atteinte minimale

[281] Je suis consciente au départ qu’il convient de faire preuve d’un degré élevé de retenue à l’endroit du législateur quand la Cour examine une disposition légale qui tente de trouver un juste équilibre entre les revendications de groupes concurrents en se fondant

That said, as was noted earlier, this deference does not absolve the Court of its constitutional obligation to scrutinize legislative action to ensure reasonable compliance with Charter standards.

[282] As the Supreme Court observed in *RJR-MacDonald*, “[d]eference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable”: at paragraph 136.

[283] While Chief Justice McLachlin recognized the role of Parliament to choose the appropriate response to social problems, she nevertheless went on in *RJR-MacDonald* to observe that it was the role of the courts to determine whether Parliament’s choice fell within the limiting framework of the Constitution. In this regard she cautioned that “[t]o carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded”: at paragraph 136.

[284] The question, then, is whether the government continues to have a reasonable basis for concluding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA minimally impairs the rights of workers over the normal age of retirement for their positions.

[285] ACPA and Air Canada argue that this is indeed the case, particularly in light of the fact that since *McKinney* was decided, the Supreme Court has itself recognized the importance of collective bargaining and its role as a Charter value.

[286] While acknowledging the importance of collective bargaining as a Charter value, it must also be

sur des preuves potentiellement contradictoires dans le domaine des sciences sociales. Cela dit, comme il a été mentionné plus tôt, cette retenue ne soustrait pas la Cour à son obligation constitutionnelle d’examiner en détail des mesures législatives afin de garantir que l’on se conforme de manière raisonnable aux normes de la Charte.

[282] Comme la Cour suprême l’a fait remarquer dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, « [l]e respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables » : au paragraphe 136.

[283] Même si la juge en chef McLachlin a reconnu le rôle qu’a le législateur de choisir la réponse qui convient à des problèmes sociaux, elle a néanmoins ajouté, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, qu’il incombe aux tribunaux de décider si le choix du législateur s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. À cet égard, elle a formulé la mise en garde suivante : « Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l’intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s’ils portaient le respect jusqu’au point d’accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile » : au paragraphe 136.

[284] La question qui se pose, alors, est celle de savoir si l’État continue d’avoir un motif raisonnable de conclure que l’alinéa 15(1)c) de la LCDP porte atteinte de façon minimale aux droits des travailleurs à l’égard de l’âge de la retraite en vigueur pour les emplois qu’ils occupent.

[285] L’APAC et Air Canada soutiennent que c’est effectivement le cas, compte tenu surtout du fait que, depuis que l’arrêt *McKinney* a été rendu, la Cour suprême a elle-même reconnu l’importance de la négociation collective et de son rôle en tant que valeur consacrée par la Charte.

[286] Tout en reconnaissant l’importance que revêt la négociation collective en tant que valeur consacrée par

recognized that paragraph 15(1)(c) of the CHRA does not permit mandatory retirement at a specific age to be imposed *only* in cases where it has been freely negotiated, either as a term in an individual's employment contract, or through the collective bargaining process. Indeed, as long as the age selected by an employer conforms to the "normal age of retirement" for a particular class of positions, paragraph 15(1)(c) permits employers to unilaterally impose mandatory retirement on unwilling employees.

[287] It is true mandatory retirement is often a feature of unionized workplaces, and can be negotiated through the collective bargaining process in exchange for benefits such as good pensions and employment security. However, it must also be recognized that a significant number of federally regulated employers (such as the entire banking industry) are not unionized.

[288] Moreover, even in cases such as this one, where the mandatory retirement provision in the Air Canada/ACPA collective agreement was freely negotiated between an employer and a strong union, it can nevertheless be imposed on the one-quarter of ACPA members who voted against the preservation of mandatory retirement. This was referred to by Dr. Carmichael as the "tyranny of the majority" argument.

[289] Dr. Carmichael says that this "is a strange argument, given that all of our valued democratic institutions are based on the idea that collective decisions should be guided by the wishes of the majority": Carmichael report, at page 12.

[290] While this is unquestionably true in many contexts, it is nevertheless a basic principle of Canadian law that the fundamental human rights of individuals cannot be compromised simply because a majority may not believe them to be worthy of recognition.

la Charte, il faut aussi être conscient que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne permet pas que la retraite obligatoire à un âge particulier soit imposée *uniquement* dans les cas où elle a été librement négociée, à titre de clause dans le contrat d'emploi d'une personne, ou par l'entremise du processus de négociation collective. En fait, tant que l'âge choisi par un employeur est conforme à « l'âge de la retraite en vigueur » pour une catégorie particulière d'emplois, l'alinéa 15(1)c) permet aux employeurs d'imposer unilatéralement la retraite obligatoire aux employés qui s'y opposent.

[287] Il est vrai que la retraite obligatoire est souvent une caractéristique des lieux de travail syndiqués, et qu'elle peut être négociée dans le cadre du processus de négociation collective en échange de divers avantages, comme de bonnes pensions et la sécurité d'emploi. Cependant, il faut aussi reconnaître qu'un nombre élevé d'employeurs soumis à la réglementation fédérale (comme le secteur bancaire tout entier) ne sont pas syndiqués.

[288] En outre, même dans des affaires comme la présente, où la disposition en matière de retraite obligatoire présente dans la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC a été librement négociée entre l'employeur et un syndicat solide, elle peut néanmoins être imposée au quart des membres de l'APAC qui ont voté contre la préservation de la retraite obligatoire. C'est, comme l'a dit M. Carmichael, l'argument de la [TRADUCTION] « tyrannie de la majorité ».

[289] Selon M. Carmichael, il s'agit là d'un [TRADUCTION] « argument curieux, car la totalité des institutions démocratiques que nous chérissons repose sur l'idée que les décisions collectives devraient être guidées par les souhaits de la majorité » : rapport Carmichael, à la page 12.

[290] Bien que ce soit indubitablement vrai dans de nombreux contextes, il est néanmoins un principe essentiel du droit canadien que les droits de la personne fondamentaux des individus ne peuvent pas être compromis juste parce qu'une majorité ne croit peut-être pas qu'ils sont dignes d'être reconnus.

[291] If it were otherwise, there would be no obligation on an employer to accommodate an employee whose religious beliefs precluded work on Saturdays, if the majority of the individual's co-workers were unwilling to accept any modifications to their own work schedules so as to allow for the accommodation of the individual: see *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489.

[292] Nor would there be any obligation on the government to provide sign language interpretation for deaf patients dealing with health care providers, if the majority of taxpayers did not believe that such services should be paid out of the public purse: see *Eldridge*, above.

[293] As the British Columbia Court of Appeal observed in *Greater Vancouver*, the problem with according too much deference to the demands of organized labour in examining a section 1 justification for a breach of section 15 equality rights is that collective bargaining may “focus on majority rule, rather than on the protection of minority rights”: at paragraph 83.

[294] The Court went on in *Greater Vancouver* to note that not every provision of a collective agreement will necessarily protect minority rights. The Court observed that “little credence” would be given to legislative or labour preferences “if the groups subjected to discriminatory treatment were women or ethnic minorities.” Why, then, the Court asks, “should the courts give credence to these views where the group discriminated against is the elderly and where the sole basis of discrimination is that they are elderly?”: at paragraph 83.

[295] As Justice Cory observed in *Dickason*, a collective agreement can provide evidence of the

[291] S'il en était autrement, un employeur ne serait pas obligé de prendre des mesures d'accommodement à l'égard d'un employé dont les convictions religieuses l'empêchent de travailler le samedi si la majorité de ses collègues de travail n'étaient pas disposés à accepter que l'on modifie leurs propres horaires de travail pour pouvoir répondre au besoin de cet employé : voir l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Commission des droits de la personne)*, [1990] 2 R.C.S. 489.

[292] L'État ne serait pas non plus tenu de fournir des services d'interprétation gestuelle aux malades sourds faisant affaire avec des fournisseurs de soins de santé si la majorité des contribuables ne croyait pas que de tels services devaient être payés à partir du trésor public : voir l'arrêt *Eldridge*, précité.

[293] Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Greater Vancouver*, le problème que pose le fait de faire preuve d'une retenue excessive à l'égard des demandes du milieu syndical lors de l'examen d'une justification, fondée sur l'article premier, d'une atteinte aux droits à l'égalité que confère l'article 15 est que la négociation collective peut [TRADUCTION] « mettre l'accent sur la règle de la majorité, plutôt que sur la protection des droits de la minorité » : au paragraphe 83.

[294] Dans l'arrêt *Greater Vancouver*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a signalé ensuite que ce ne sont pas toutes les clauses d'une convention collective qui protégeront forcément les droits de la minorité. Elle a fait remarquer que l'on accorderait [TRADUCTION] « peu de foi » à des préférences législatives ou syndicales [TRADUCTION] « si les groupes soumis à un traitement discriminatoire étaient les femmes ou les minorités ethniques ». Pourquoi donc, a demandé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « les tribunaux devraient-ils donner foi à ces points de vue lorsque le groupe victime de discrimination est les personnes âgées et que le seul motif de discrimination est le fait que ces personnes sont âgées? » : au paragraphe 83.

[295] Comme l'a déclaré le juge Cory dans l'arrêt *Dickason*, une convention collective peut fournir une

reasonableness of a practice which appears on its face to be discriminatory. He went on to qualify this statement, however, by noting that not only would it have to be shown that the agreement was indeed freely negotiated, but also that it did not discriminate unfairly against individuals on the basis of a proscribed ground: at page 1131.

[296] Moreover, as Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin noted in *Bell and Cooper*, the involvement of unions in determining what will be a “normal age of retirement” does not automatically guarantee that it is justifiable. They observed that “there may be many reasons why a union does not take up a particular cause. The concern may be of interest only to a minority of its members, or the union may have other more important issues on the bargaining table”: at paragraph 107.

[297] In this case, Dr. Carmichael and Dr. Kesselman agree that mandatory retirement provisions in collective agreements such as that between Air Canada and ACPA have an adverse differential impact on both women and immigrants. Dr. Carmichael suggests that rather than limiting the freedom of employers and employees to negotiate mandatory retirement, programs could be designed to compensate these groups for the financial disadvantages resulting from forced retirement. However, as the Tribunal observed, not only is it questionable whether financial aid would provide a sufficient degree of income security, more importantly, Dr. Carmichael's suggestion “does not address, and indeed may even exacerbate the loss of dignity and pride that flows from being unemployed”: Tribunal decision No. 2, at paragraph 69.

[298] By the time the Tribunal heard Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints, mandatory retirement had been abolished in the Province of Ontario, and several other provinces only allowed for compulsory retirement at a specified age in cases where employers could demonstrate that it was based on *bona fide*

preuve du caractère raisonnable d'une pratique qui, à première vue, paraît discriminatoire. Il a ensuite nuancé cette déclaration, toutefois, en signalant que non seulement faudrait-il montrer que la convention a bel et bien été librement négociée, mais aussi qu'elle n'est pas injustement discriminatoire à l'encontre de personnes pour un motif prohibé : à la page 1131.

[296] Par ailleurs, comme l'ont fait remarquer les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans l'arrêt *Bell et Cooper*, le fait que les syndicats prennent part à la détermination de ce que sera « l'âge de la retraite en vigueur » ne garantit pas automatiquement que ce dernier est justifiable. Elles ont fait remarquer que « de nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi un syndicat ne défend pas une cause particulière. Il se peut qu'elle n'intéresse qu'un nombre minime de membres ou que le syndicat ait d'autres points plus importants à discuter à la table de négociation » : au paragraphe 107.

[297] En l'espèce, MM. Carmichael et Kesselman conviennent que les dispositions en matière de retraite obligatoire qui figurent dans des conventions collectives comme celle qu'Air Canada et l'APAC ont conclue ont un effet de différenciation négatif sur les femmes et sur les immigrants. Selon M. Carmichael, au lieu de restreindre la liberté qu'ont les employeurs et les employés de négocier la retraite obligatoire, il serait possible de concevoir des programmes qui compenseraient auprès de ces groupes les désavantages financiers découlant de la retraite forcée. Cependant, comme l'a fait remarquer le Tribunal, non seulement est-il douteux qu'une aide financière puisse assurer un degré suffisant de sécurité de revenu mais, par-dessus tout, comme le laisse entendre M. Carmichael, « un tel soutien ne remédie pas à la perte de dignité et de fierté découlant du fait d'être sans emploi, mais pourrait même exacerber le problème » : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 69.

[298] À l'époque où le Tribunal a entendu les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly, la retraite obligatoire avait été abolie en Ontario, et plusieurs autres provinces ne permettaient la retraite obligatoire qu'à un âge précis dans les cas où les employeurs pouvaient établir que cette mesure était fondée

retirement or pension plans, or *bona fide* occupational requirements. As a consequence, mandatory retirement is no longer as integral to the organization of the Canadian labour market as it was in 1990, when *McKinney* was decided.

[299] Air Canada and ACPA argue that the fact that mandatory retirement had been abolished in Ontario should not have been considered by the Tribunal, as it occurred in 2006—*after* the termination of Messrs. Vilven and Kelly’s employment with Air Canada. According to the applicants, the question of whether or not paragraph 15(1)(c) of the CHRA is a reasonable limit in a free and democratic society should have been assessed as of 2003 and 2005.

[300] The ongoing constitutional validity of legislation is surely a matter best determined on the basis of up-to-date evidence. As the Supreme Court observed in *Irwin Toy Ltd.*, above, once the legislative objective has been characterized, “the government surely can and should draw upon the best evidence currently available” [emphasis added] to prove that this original objective remains pressing and substantial: at page 984. One can infer from this that this “best evidence” standard could be used in the minimal impairment and proportionality stages of the *Oakes* test as well: see Matthew Taylor and Mahmud Jamal, *The Charter of Rights in Litigation: Direction from the Supreme Court of Canada*, loose-leaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001), paragraph 6:12, page 6-78.

[301] This view is borne out when one examines the way in which social science evidence has been treated by the Supreme Court in section 1 cases. For example, the professor in *Dickason* was forced to retire on June 30, 1985. However, the Supreme Court considered journal articles from 1986 and 1988 in its decision. Similarly, the professors in *McKinney* were forced to retire in 1985 and 1986, but the Court considered several journal articles from 1987 to 1989 in assessing the constitutionality of the legislation.

sur des régimes de pension ou de retraite existants ou sur une exigence professionnelle justifiée. De ce fait, la retraite obligatoire ne fait plus partie intégrante de l’organisation du marché du travail canadien comme c’était le cas en 1990, année où l’arrêt *McKinney* a été rendu.

[299] Air Canada et l’APAC soutiennent que le Tribunal n’aurait pas dû tenir compte de l’abolition de la retraite obligatoire en Ontario car celle-ci a eu lieu en 2006 — *après* la cessation de l’emploi de MM. Vilven et Kelly auprès d’Air Canada. Selon les demanderesse, il aurait fallu évaluer la question de savoir si l’alinéa 15(1)c) de la LCDP est une limite raisonnable dans le cadre d’une société libre et démocratique par rapport à 2003 et à 2005.

[300] La validité constitutionnelle constante d’une loi est assurément une question qu’il est préférable de juger en se fondant sur des preuves récentes. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd.*, précité, une fois que l’on a caractérisé l’objectif législatif, « le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l’analyse » [non souligné dans l’original] pour prouver que cet objectif initial demeure réel et important : à la page 984. On peut en déduire que cette norme des « meilleurs éléments de preuve » peut être aussi appliquée dans le cadre des volets de l’atteinte minimale et de la proportionnalité que comporte le critère énoncé dans l’arrêt *Oakes* : voir Matthew Taylor et Mahmud Jamal, *The Charter of Rights in Litigation : Direction from the Supreme Court of Canada*, feuilles mobiles (Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2001), paragraphe 6:12, page 6-78.

[301] Cette opinion se confirme quand on considère la façon dont la Cour suprême a traité les preuves relatives aux sciences sociales dans les affaires liées à l’article premier. Par exemple, dans l’arrêt *Dickason*, la professeure a été contrainte de prendre sa retraite le 30 juin 1985. Cependant, la Cour suprême a tenu compte dans sa décision de divers articles parus en 1986 et en 1988. Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *McKinney*, les professeurs avaient été forcés de prendre leur retraite en 1985 et en 1986, mais la Cour suprême a

[302] Moreover, the Supreme Court held in *McKinney* that the issue of minimal impairment must be assessed in the *current social and historical context*: at page 314.

[303] Even if I am wrong in this regard, and the Tribunal should not have considered the after-the-fact abolition of mandatory retirement in Ontario, the evidence adduced by Air Canada and ACPA simply did not establish that the negative consequences for employment regimes apprehended by the Supreme Court in its mandatory retirement jurisprudence have materialized in the other Canadian jurisdictions where mandatory retirement has long been abolished.

[304] Dr. Kesselman says that experience in the years since *McKinney* has shown that the abolition of mandatory retirement has not had any demonstrable negative impact on beneficial workplace arrangements such as deferred compensation and pension schemes, seniority systems and the like. This leads him to conclude that mandatory retirement is not in fact integral to the preservation of these labour market structures in the way that it was understood to be at the time that *McKinney* was decided.

[305] Dr. Carmichael takes issue with this conclusion, arguing that “it is evident from the data” that mandatory retirement is indeed integrally connected to beneficial employment regimes. The data that he cites to support his view is found in a 1981 American study entitled *Mandatory Retirement Study: The Effects of Raising the Age Limit for Mandatory Retirement in the Age Discrimination in Employment Act*. Part 1: Final Report (Washington: Urban Institute, 1981), and in a Canadian study by Gunderson and Pesando entitled “The Case for Allowing Mandatory Retirement” (1988), 14 *Can. Pub. Pol’y* 32, at pages 32–39.

pris en considération plusieurs articles datant de 1987 à 1989 pour évaluer la constitutionnalité de la loi.

[302] Par ailleurs, la Cour suprême a décrété dans l’arrêt *McKinney* qu’il fallait évaluer la question de l’atteinte minimale dans le *contexte social et historique* actuel : à la page 314.

[303] Même si j’ai tort à cet égard, et si le Tribunal n’aurait pas dû prendre en considération l’abolition après coup de la retraite obligatoire en Ontario, les preuves qu’Air Canada et l’APAC ont produites n’établissent tout simplement pas que les conséquences qu’appréhendait la Cour suprême pour les régimes d’emploi dans sa jurisprudence en matière de retraite obligatoire se sont matérialisées dans les autres provinces canadiennes où la retraite obligatoire a depuis longtemps été abolie.

[304] M. Kesselman dit qu’il ressort de l’expérience acquise au cours des années qui ont suivi l’arrêt *McKinney* que l’abolition de la retraite obligatoire n’a pas eu d’incidence négative démontrable sur les modalités de travail avantageuses telles que les régimes de rémunération différée et de retraite, les systèmes d’ancienneté et d’autres éléments du genre. Cela l’amène à conclure qu’en réalité, de nos jours, la retraite obligatoire ne fait pas partie intégrante de la préservation de ces structures du marché du travail, comme on l’entendait à l’époque où l’arrêt *McKinney* a été tranché.

[305] M. Carmichael s’inscrit en faux contre cette conclusion, et il fait valoir qu’[TRADUCTION] « il ressort clairement des données » que la retraite obligatoire est bel et bien liée intégralement à des régimes d’emploi avantageux. Les données qu’il cite à l’appui de son opinion sont fondées sur une étude menée aux États-Unis en 1981 et intitulée *Mandatory Retirement Study: The Effects of Raising the Age Limit for Mandatory Retirement in the Age Discrimination in Employment Act*. Part 1: Final Report (Washington : Urban Institute, 1981), ainsi que sur une étude canadienne menée par Gunderson et Pesando et intitulée « The Case for Allowing Mandatory Retirement » (1988), 14 *Anan. de pol.* 32, aux pages 32 à 39.

[306] Although I have not been provided with the actual studies relied upon by Dr. Carmichael, the studies do not appear to have been based upon long-term, real-life experience. I say this because, according to Dr. Carmichael's own report, the American study was carried out *before* mandatory retirement was abolished in the United States. The Canadian study was published in 1988—before the decision of the Supreme Court of Canada in *McKinney*, and before reliable evidence was available as to the actual, non-speculative and non-theoretical consequences of the abolition of mandatory retirement in Canada.

[307] Indeed, in *McKinney*, the Supreme Court relied heavily on work by Gunderson and Pesando in coming to the conclusion that the permissive legislative provision at issue in that case was saved by section 1 of the Charter. However, as was discussed earlier in these reasons, the Court was clearly troubled by the fact that reliable evidence regarding the actual impact that the abolition of mandatory retirement had in fact had for deferred compensation and other beneficial employment regimes was not yet available.

[308] Dr. Kesselman's evidence thus calls into question a major underlying premise of Dr. Carmichael's evidence—namely that mandatory retirement is an integral part of traditional labour market structures that include seniority systems, deferred compensation and pension schemes and the like, and is essential to the preservation of these arrangements for the benefit of employees and employers alike.

[309] We now have long-term, real-life experience in Canadian jurisdictions where mandatory retirement has been abolished. This experience goes back more than 25 years in the cases of Manitoba and Quebec. Thus the actual impact of the abolition of mandatory retirement in these jurisdictions could be evaluated, and evidence adduced as to the consequences that the abolition of mandatory retirement has actually had for matters such as seniority systems, deferred compensation and pension schemes.

[306] On ne m'a pas fourni les études proprement dites sur lesquelles M. Carmichael s'est fondé, mais elles ne semblent pas reposer sur une expérience réelle et de longue durée. Si je dis cela c'est que, selon le propre rapport de M. Carmichael, l'étude américaine a été menée *avant* l'abolition de la retraite obligatoire aux États-Unis. L'étude canadienne a pour sa part été publiée en 1988 — avant que la Cour suprême du Canada rende sa décision dans l'arrêt *McKinney*, et avant que l'on dispose de preuves fiables quant aux conséquences réelles, non conjecturales et non théoriques de l'abolition de la retraite obligatoire au Canada.

[307] En fait, dans l'arrêt *McKinney*, la Cour suprême s'est fondée dans une large mesure sur des travaux de Gunderson et Pesando pour conclure que la disposition législative permissive qui était en litige dans cette affaire était sauvegardée par l'article premier de la Charte. Cependant, comme il a été analysé plus tôt dans les présents motifs, la Cour suprême était manifestement troublée par le fait que l'on ne disposait pas encore de preuves fiables à propos de l'incidence réelle de l'abolition de la retraite obligatoire sur les régimes de rémunération différée et d'autres régimes d'emploi avantageux.

[308] La preuve de M. Kesselman remet donc en question une prémisse sous-jacente importante de la preuve de M. Carmichael, à savoir que la retraite obligatoire fait partie intégrante de structures traditionnelles du marché du travail qui incluent les systèmes d'ancienneté, les régimes de rémunération différée et de retraite, etc., et qu'elle est essentielle à la préservation de ces modalités, à l'avantage des employés et des employeurs.

[309] Nous disposons aujourd'hui d'une expérience réelle et de longue durée au sein des provinces canadiennes où la retraite obligatoire a été abolie, une expérience qui remonte à plus de 25 ans dans le cas du Manitoba et du Québec. C'est donc dire qu'il serait possible d'évaluer l'incidence réelle de l'abolition de la retraite obligatoire dans ces provinces, ainsi que de produire des preuves au sujet des conséquences que cette abolition a eues concrètement pour des aspects tels que les systèmes d'ancienneté, la rémunération différée et les régimes de retraite.

[310] Dr. Carmichael did not identify any significant negative consequences that have actually come to pass in those jurisdictions where mandatory retirement has been prohibited for some time. Indeed, he appeared to concede in cross-examination that mandatory retirement is *not* essential to the maintenance of mutually advantageous labour market structures: see transcript, at page 1556.

[311] The onus is on ACPA and Air Canada to demonstrate that Parliament continues to have a reasonable basis for believing that paragraph 15(1)(c) minimally impairs the rights of those affected by it. One would have thought that if there was current empirical evidence available to demonstrate the negative effects that the abolition of mandatory retirement has in fact had for beneficial workplace arrangements, it would have been put before the Tribunal by the applicants in order to show that mandatory retirement is indeed integral to the preservation of these labour market structures. It was not.

[312] It was also evident from Dr. Carmichael's testimony that his opinion was based upon his belief that older workers have already enjoyed their share of the benefits associated with employment arrangements involving seniority and deferred compensation systems. In his view, the concern should be for younger workers. He testified that "I don't think the baby-boomers need any more benefits, they have done extremely well. I think we should be more concerned about the people who follow behind them and how they are going to do": transcript, at page 1542.

[313] I would first note that there has been no suggestion that "younger workers" constitute a historically disadvantaged group who are being targeted by the legislation. Moreover, the Supreme Court held in *McKinney* that the plight of younger workers was a matter that should not be accorded a central role in the debate on mandatory retirement: at page 304.

[314] Justice La Forest observed that if a free and democratic society's values include respect for the

[310] M. Carmichael n'a pas relevé de conséquences négatives marquées qui soient réellement survenues dans les provinces où la retraite obligatoire est interdite depuis un certain temps. En fait, il a semblé admettre en contre-interrogatoire que la retraite obligatoire n'est *pas* essentielle au maintien de structures du marché du travail mutuellement avantageuses : voir les notes sténographiques, à la page 1556.

[311] Il incombe à l'APAC et à Air Canada de faire la preuve que le législateur continue d'avoir un motif raisonnable de croire que l'alinéa 15(1)c) porte atteinte le moins possible aux droits des personnes qu'il touche. On pourrait penser que si l'on disposait effectivement de preuves empiriques récentes pour démontrer les effets négatifs de l'abolition de la retraite obligatoire pour les modalités de travail avantageuses, les demanderesse les auraient soumises au Tribunal afin de montrer que la retraite obligatoire fait bel et bien partie intégrante de la préservation de ces structures du marché du travail. Cela n'a pas été le cas.

[312] Il est clairement ressorti aussi du témoignage de M. Carmichael qu'il fondait son opinion sur sa croyance que les travailleurs âgés ont déjà profité de leur part des avantages associés aux modalités d'emploi comprenant des systèmes d'ancienneté et de rémunération différée. À son avis, on devrait se soucier des travailleurs plus jeunes. Comme il l'a déclaré : [TRADUCTION] « je ne pense pas que les baby-boomers ont besoin de plus d'avantages, ils se sont fort bien débrouillés. Je crois que nous devrions nous soucier davantage des travailleurs qui les suivent et du sort qu'ils connaîtront » : notes sténographiques, à la page 1542.

[313] Je signale tout d'abord que nul n'a laissé entendre que les « travailleurs plus jeunes » sont un groupe historiquement défavorisé que cible la loi. En outre, dans l'arrêt *McKinney*, la Cour suprême a statué que le sort des travailleurs plus jeunes était une question qu'il ne fallait pas considérer comme jouant un rôle capital dans le débat sur la retraite obligatoire : à la page 304.

[314] Le juge La Forest a fait remarquer que si les valeurs d'une société libre et démocratique comprennent

inherent dignity of the individual and a commitment to social justice and equality, then forcing older workers to retire in order to free up positions for younger workers would itself be discriminatory. This is because “it assumes that the continued employment of some individuals is less important to those individuals, and of less value to society at large, than is the employment of other individuals, solely on the basis of age”: *McKinney*, at page 303.

[315] Furthermore, Dr. Carmichael himself conceded that the abolition of mandatory retirement would not significantly change the age at which most individuals would choose to retire, and that it would have little impact on the average age of retirement in the economy as a whole. As a result, the number of employment opportunities for younger workers would not be greatly affected by the abolition of mandatory retirement.

[316] I do accept Dr. Carmichael’s point that a higher than average percentage of Air Canada pilots may wish to continue working, given their high rate of pay and significant level of job satisfaction. I also recognize that there are some unique features of Air Canada pilot positions—particularly with respect to the steepness of the wage curve and the extent to which the positions are in demand.

[317] However, what is at issue here is not a Charter challenge to the mandatory retirement provisions of the Air Canada pension plan and the Air Canada/ACPA collective agreement, but rather a challenge to the permissive provision of the CHRA that allows for the promulgation of such arrangements. Indeed, Air Canada and ACPA agree that the Court’s section 1 analysis should not be limited to the specific context of Air Canada pilots.

[318] Air Canada and ACPA argue that the fact that most people would not change their behaviour and

le respect de la dignité inhérente de l’être humain et la promotion de la justice et de l’égalité sociales, le fait de contraindre les travailleurs âgés à prendre leur retraite en vue de libérer des emplois pour les travailleurs plus jeunes serait en soi discriminatoire. En effet, cela « suppose que la prolongation de l’emploi de certains individus est moins importante pour ceux-ci et de moins grande valeur pour la société en général que l’emploi d’autres individus pour la seule raison de l’âge » : *McKinney*, à la page 303.

[315] Par ailleurs, M. Carmichael a lui-même admis que l’abolition de la retraite obligatoire ne changerait pas beaucoup l’âge auquel la plupart des personnes décideraient de prendre leur retraite, et que cela aurait peu d’effet sur l’âge moyen de la retraite au sein de l’économie dans son ensemble. De ce fait, l’abolition de la retraite obligatoire n’aurait pas une grande incidence sur le nombre des occasions d’emploi dont bénéficieraient les travailleurs plus jeunes.

[316] Je souscris toutefois à l’argument de M. Carmichael selon lequel un pourcentage supérieur à la moyenne de pilotes d’Air Canada pourraient vouloir continuer de travailler, compte tenu de leur taux de rémunération supérieur et du degré élevé de satisfaction au travail. Je reconnais également qu’à Air Canada, les emplois de pilote comportent un certain nombre de caractéristiques uniques — notamment au chapitre de la variation abrupte de la courbe des salaires et de la mesure dans laquelle les emplois sont en demande.

[317] Cependant, la question qui est en litige en l’espèce n’est pas une contestation fondée sur la Charte à l’égard des dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite d’Air Canada et de la convention collective conclue entre ce transporteur et l’APAC, mais plutôt une contestation concernant la disposition de la LCDP qui permet de promulguer de telles modalités. En fait, Air Canada et l’APAC conviennent que l’analyse fondée sur l’article premier que fait la Cour ne devrait pas se limiter au contexte particulier des pilotes d’Air Canada.

[318] Air Canada et l’APAC soutiennent que le fait que la plupart des travailleurs ne changeraient pas de

choose to retire at an older age if mandatory retirement was no longer permitted means that only a few people are actually negatively affected by paragraph 15(1)(c) of the CHRA. With respect, in examining the issue of minimal impairment, it is the quality of the impact on the Charter rights of older workers that is in issue, and not the number of older workers who would otherwise have wished to continue working.

[319] Dr. Carmichael also testified before the arbitrator in *CKY-TV*. The arbitrator described his evidence in that case as providing “a coherent defense of mandatory retirement”. The arbitrator noted that “the employment life cycle and the regime of pensions, security and favourable compensation were seen for many years as an integrated whole”, and that mandatory retirement assisted employers in managing salary expenses and planning their financial obligations: at paragraph 217. This was the view espoused by the Supreme Court at the time that *McKinney* was decided.

[320] However, as the arbitrator observed, Dr. Carmichael’s position is sound, “but only on the premise that mandatory retirement is necessary to the realization of all the foregoing”: at paragraph 217. As was explained earlier in these reasons, the evidence in this case does not establish that mandatory retirement is in fact an integral and necessary part of traditional labour market structures, as was previously believed. Nor does it demonstrate that employment regimes that include seniority, pension, deferred compensation and the like have been negatively affected in the Canadian jurisdictions in which mandatory retirement has been prohibited for many years.

[321] In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877 [cited above], the Supreme Court stated that the minimal impairment test is intended to determine whether there is an efficiency between the infringing measure and the justified purpose. The question at this stage of the analysis is whether the impugned provision infringes the relevant Charter rights to the minimum extent possible, while still fulfilling the justified purpose: at paragraph 124.

comportement et choisiraient de prendre leur retraite à un âge plus avancé si la retraite obligatoire n’était plus permise signifie qu’en fait, peu de personnes sont négativement touchées par l’alinéa 15(1)c) de la LCDP. Ceci dit étant dit avec égards, quand on examine la question de l’atteinte minimale, c’est la qualité de l’effet des droits conférés par la Charte aux travailleurs âgés qui est en litige, et non le nombre des travailleurs âgés qui auraient par ailleurs souhaité continuer de travailler.

[319] M. Carmichael a témoigné également devant l’arbitre dans l’arrêt *CKY-TV*. L’arbitre a déclaré que son témoignage dans cette affaire était [TRADUCTION] « une défense cohérente pour la retraite obligatoire ». Il a ajouté que [TRADUCTION] « le cycle de vie de l’emploi et le régime de pension, de sécurité et de rémunération favorable ont été considérés comme un tout intégré » et que la retraite obligatoire aidait les employeurs à gérer leurs dépenses salariales et à planifier leurs obligations financières : au paragraphe 217. Telle était l’opinion que la Cour suprême avait adoptée à l’époque où l’arrêt *McKinney* a été rendu.

[320] Cependant, comme l’arbitre l’a déclaré, la position de M. Carmichael est valable, [TRADUCTION] « mais uniquement selon la prémisse que la retraite obligatoire est nécessaire à la concrétisation de tout ce qui précède » : au paragraphe 217. Comme il a été expliqué plus tôt dans les présents motifs, les preuves produites en l’espèce n’établissent pas que la retraite obligatoire constitue en fait un élément intégrant et nécessaire des structures traditionnelles du marché du travail, comme on le croyait plus tôt. Elles ne démontrent pas non plus que les régimes d’emploi qui comprennent l’ancienneté, la retraite, la rémunération différée, etc. ont été négativement touchés dans les provinces canadiennes où la retraite obligatoire est interdite depuis de nombreuses années.

[321] Dans l’arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 [cité ci-dessus], la Cour suprême a statué que le critère de l’atteinte minimale vise à statuer sur l’efficacité de la mesure attentatoire et de l’objectif justifié. La question, à ce stade de l’analyse, consiste à savoir si la disposition contestée porte le moins possible atteinte aux droits pertinents garantis par la Charte, tout en permettant de réaliser l’objectif justifié : au paragraphe 124.

[322] If permitting the negotiation of mandatory retirement is not necessary in order to maintain the longstanding and beneficial employment regimes described by Dr. Carmichael and discussed by the Supreme Court in *McKinney*, there is little efficiency between the infringing measure and the justified purpose, and the legislation does not fulfill that purpose. Thus it cannot be said that older workers' Charter rights are minimally impaired by the legislation.

(f) Conclusion on the Minimal Impairment Issue

[323] While accepting that the government is entitled to a significant degree of deference in legislating in this area, the evidence before the Tribunal did not demonstrate that the government continues to have reasonable basis for concluding that allowing parties to negotiate mandatory retirement arrangements is necessary for the achievement of the objectives of paragraph 15(1)(c) of the CHRA, to the extent that these objectives relate to the preservation of mutually beneficial labour market structures.

[324] Consequently, I find that the Tribunal was correct in finding that ACPA and Air Canada have not established that older workers' Charter rights are minimally impaired by paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*. Parliament's objectives can be attained without impairing the Charter rights of workers over the normal age of retirement to the extent permitted by paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

[325] Before leaving this issue, I would note that I do accept that there could potentially be specific employment situations where mandatory retirement could be demonstrably necessary for the maintenance of a particular negotiated package of rights and benefits. As the arbitrator observed in *CKY-TV*, "[a] more carefully tailored version of section 15(1)(c), which limited the exception to those kinds of circumstances, might pass the section 1 test": at paragraph 218. That is, however, an issue for another day.

[322] S'il n'est pas nécessaire de permettre la négociation de la retraite obligatoire pour préserver les régimes d'emploi de longue durée et avantageux qu'a décrits M. Carmichael et que la Cour suprême a analysés dans l'arrêt *McKinney*, l'efficacité de la mesure attentatoire et de l'objectif justifié est minime, et la loi ne permet pas de réaliser cet objectif. On ne peut donc pas dire que la loi porte le moins possible atteinte aux droits que la Charte garantit aux travailleurs âgés.

f) La conclusion relative à la question de l'atteinte minimale

[323] Tout en admettant que l'État a droit à un degré considérable de déférence pour ce qui est de légiférer dans ce domaine, les preuves soumises au Tribunal ne montrent pas que l'État continue d'avoir un motif raisonnable de conclure qu'il est nécessaire de permettre aux parties de négocier des modalités de retraite obligatoire pour réaliser les objectifs de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, dans la mesure où ces objectifs sont liés à la préservation de structures du marché du travail mutuellement avantageuses.

[324] Par conséquent, je suis d'avis que le Tribunal a eu raison de conclure que l'APAC et Air Canada n'ont pas établi que l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte atteinte le moins possible aux droits que garantit la Charte aux travailleurs âgés. Il est possible de réaliser les objectifs du législateur sans porter atteinte aux droits que garantit la Charte aux travailleurs au-delà de l'âge de la retraite en vigueur, dans la mesure où l'autorise l'alinéa 15(1)c) de la LCDP.

[325] Avant de clore cette question, je signale que je reconnais bel et bien qu'il pourrait y avoir des situations d'emploi précises dans lesquelles il serait possible de démontrer que la retraite obligatoire est nécessaire au maintien d'un ensemble négocié et particulier de droits et d'avantages. Comme l'arbitre l'a fait remarquer dans l'arrêt *CKY-TV* : [TRADUCTION] « Une version élaborée avec plus de soin de l'alinéa 15(1)c), qui limiterait l'exception à ce genre de situations, pourrait satisfaire au critère de l'article premier » : au paragraphe 218. Mais

[326] In light of my conclusion with respect to the minimal impairment issue, it is not necessary to examine the Tribunal's finding with respect to the proportionality between the effects of paragraph 15(1)(c) of the CHRA and the objectives of the legislation. I will do so, however, in case a reviewing court takes a different view of the minimal impairment issue.

(vii) *Proportionality Between the Effects of the Legislation and its Objectives*

[327] In *R. v. Edwards Books & Art Ltd.*, the Supreme Court described this final element of the proportionality component of the *Oakes* test as requiring the Court to determine whether the effects of the legislation “so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights”: at page 768.

[328] There was criticism of this formulation, which was viewed by some as simply duplicating what had already been accomplished through the first two elements of the proportionality analysis. More recent Supreme Court jurisprudence has reformulated this component of the *Oakes* test so as “to give it a distinct scope and function”: see *Thomson Newspapers Co.*, at paragraphs 123–124.

[329] The Supreme Court observed in *Thomson Newspapers Co.* that the focus of the first two steps of the *Oakes* proportionality analysis “is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed.” In contrast, this last stage of the proportionality analysis allows the Court to “assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*”: at paragraph 125.

il s'agit peut-être là d'une question que l'on étudiera un autre jour.

[326] Compte tenu de ma conclusion au sujet de la question de l'atteinte minimale, il n'est pas nécessaire d'examiner la conclusion du Tribunal à propos de la proportionnalité entre les effets de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP et les objectifs de la loi. Je vais tout de même le faire, cependant, au cas où un tribunal de contrôle adopterait un avis différent sur la question de l'atteinte minimale.

vii) *La proportionnalité entre les effets de la loi et ses objectifs*

[327] Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, la Cour suprême a décrit ce dernier élément du volet de la proportionnalité du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* : il oblige la Cour à décider si les effets de la loi « empi[ètent] sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, [est] néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits » : à la page 768.

[328] Cette formule, considérée par certains comme reproduisant simplement ce que l'on avait déjà accompli dans le cadre des deux premiers éléments de l'analyse de la proportionnalité, a été critiquée. La jurisprudence plus récente de la Cour suprême a reformulé cet élément du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* « pour lui conférer un champ d'application et un rôle distincts » : voir *Thomson Newspapers Co.*, aux paragraphes 123 et 124.

[329] La Cour suprême a fait remarquer dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co.* que les deux premières étapes de l'analyse de la proportionnalité faite dans l'arrêt *Oakes* « ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés ». Par contraste, cette dernière étape de l'analyse de la proportionnalité donne à la Cour « l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte* » : au paragraphe 125.

[330] This analysis involves many of the same considerations that were discussed in connection with the issue of minimal impairment, albeit through the lens described in *Thomson Newspapers Co.*: see *McKinney*, at page 316.

[331] The Tribunal found that allowing the negotiation of mandatory retirement in the workplace provides “a powerful bargaining chip” for unions and employees. It allows them to negotiate “a number of important benefits including deferred compensation, the equitable distribution of benefits and job advancement opportunities.” According to the Tribunal, mandatory retirement also “allows employers to plan for the flow of labour into a workplace, to manage wage bills and to plan their financial obligations”: Tribunal decision No. 2, at paragraph 66.

[332] At the same time, the Tribunal found that depriving individuals over the normal age of retirement of the protection of the CHRA produced significant deleterious effects that outweighed the benefits generated by paragraph 15(1)(c) of the CHRA: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 65–70.

[333] The Tribunal noted that Dr. Kesselman and Dr. Carmichael agreed that mandatory retirement had a particularly negative impact on people who needed to work past the normal age of retirement—a group predominantly made up of women and immigrants. These individuals face considerable hardship when they are forced to retire, as they have not had the time to accumulate significant pension benefits. They may also face significant difficulties finding alternate employment that fully utilizes their skills and experience. This results in “a heavy personal and financial blow to the individual”: see Tribunal decision No. 2, at paragraph 68.

[334] The Tribunal rejected Dr. Carmichael’s claim that it would be better to create programs to compensate these individuals for the financial disadvantages that

[330] La présente analyse comporte un grand nombre des mêmes aspects que ceux dont il a été question en rapport avec l’atteinte minimale, mais sous l’angle décrit dans l’arrêt *Thomson Newspapers Co.* : voir *McKinney*, à la page 316.

[331] Le Tribunal a conclu que le fait de permettre de négocier la retraite obligatoire dans le milieu de travail présente « une importante monnaie d’échange » pour les syndicats et les employés. Cela leur permet de négocier « un certain nombre d’avantages importants, y compris la rémunération différée, la répartition équitable des bénéfices et les occasions d’avancement professionnel ». Selon le Tribunal, la retraite obligatoire, également, « permet aux employeurs de prévoir l’ampleur du roulement du personnel dans le milieu de travail, de gérer la masse salariale et de planifier leurs obligations financières » : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 66.

[332] En même temps, le Tribunal a conclu que le fait de priver de la protection de la LCDP des travailleurs au-delà de l’âge de la retraite en vigueur avait d’importants effets négatifs qui l’emportaient sur les avantages générés par l’alinéa 15(1)c) de la LCDP : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 65 à 70.

[333] Le Tribunal a fait remarquer que MM. Kesselman et Carmichael convenaient que la retraite obligatoire avait un effet particulièrement négatif sur les personnes qui avaient besoin de travailler au-delà de l’âge de la retraite en vigueur — un groupe composé principalement de femmes et d’immigrants. Ces personnes sont confrontées à des difficultés considérables lorsqu’elles sont obligées de prendre leur retraite, car elles n’ont pas eu le temps d’accumuler des prestations de retraite importantes. Il est possible aussi qu’elles aient des difficultés considérables à trouver un autre emploi qui permette d’utiliser pleinement leurs compétences et leur expérience. Résultat, « [l]es gens touchés s’en ressentent fortement, tant sur le plan personnel que financier » : voir la décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 68.

[334] Le Tribunal a rejeté la prétention de M. Carmichael selon laquelle il serait préférable de créer des programmes en vue d’indemniser ces personnes des désavantages

result from mandatory retirement, rather than eliminating the freedom to negotiate mandatory retirement. As was noted earlier, the Tribunal questioned whether financial aid would provide a sufficient degree of income security. Moreover, Dr. Carmichael's proposal did not address and could even exacerbate the loss of dignity and pride that flows from being unemployed: Tribunal decision No. 2, at paragraph 69.

[335] Paragraph 15(1)(c) of the CHRA has the effect of depriving individuals of legal redress for the harm suffered when they are forced to retire at the "normal age of retirement". In the Tribunal's view, the negative effects of depriving individuals of the protection of a quasi-constitutional statute outweighed the positive benefits associated with paragraph 15(1)(c) of the Act: Tribunal decision No. 2, at paragraph 70.

[336] The Tribunal concluded its Charter analysis by observing that "perhaps one of the most disturbing aspects of this provision was the one first noted by the Court in *Vilven* [No. 1]: it allows employers to discriminate against their employees on the basis of age so long as that discrimination is pervasive in the industry": at paragraph 70.

[337] The Tribunal was correct in its assessment of the proportionality issue.

[338] The focus of the analysis at this stage of the inquiry is on whether the salutary benefits of the impugned legislation outweigh its deleterious effects. The Tribunal described the benefits of paragraph 15(1)(c) of the CHRA for both employers and employees. Some of these benefits are enjoyed by employees throughout the life cycle of their employment.

[339] It has not, however, been established that such beneficial employment regimes require that parties be free to negotiate employment terms that include mandatory retirement in order for such regimes to continue. Indeed,

financiers découlant de la retraite obligatoire, plutôt que de supprimer la liberté de négocier la retraite obligatoire. Comme il a été mentionné plus tôt, le Tribunal a exprimé l'avis qu'il était douteux qu'une aide financière puisse assurer un niveau suffisant de sécurité du revenu. De plus, la proposition de M. Carmichael ne remédiait pas à la perte de dignité et de fierté qui découle du fait d'être sans emploi, et pouvait même exacerber le problème : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 69.

[335] L'alinéa 15(1)c) de la LCDP a pour effet de priver des individus d'un recours juridique pour le préjudice subi lorsqu'ils sont forcés de prendre leur retraite à « l'âge de la retraite en vigueur ». De l'avis du Tribunal, les effets négatifs du fait de priver des individus de la protection d'une loi de nature quasi constitutionnelle étaient plus grands que les effets positifs associés à l'alinéa 15(1)c) de la Loi : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 70.

[336] Le Tribunal a conclu son analyse fondée sur la Charte en faisant remarquer ce qui suit : « un des aspects sans doute les plus dérangeants de la disposition est celui que la Cour fédérale a été la première à souligner, dans la décision *Vilven* [n° 1] : elle permet aux employeurs d'agir de manière discriminatoire à l'égard de leurs employés sur le fondement de l'âge, tant et aussi longtemps que cette discrimination est généralisée dans l'industrie » : au paragraphe 70.

[337] Le Tribunal a évalué de façon correcte la question de la proportionnalité.

[338] À ce stade-ci de l'examen, l'analyse porte principalement sur la question de savoir si les avantages bénéfiques de la disposition législative contestée l'emportent sur ses effets préjudiciables. Le Tribunal a décrit quels étaient les avantages de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, tant pour les employeurs que pour les employés. Ces derniers bénéficient de certains de ces avantages pendant toute la durée de leur emploi.

[339] Il n'a cependant pas été établi que ces régimes d'emploi avantageux exigent qu'il soit loisible aux parties de négocier des clauses relatives à l'emploi qui incluent la retraite obligatoire afin que ces régimes

the evidence before the Tribunal clearly demonstrated that the benefits of such regimes have continued in jurisdictions where mandatory retirement has been eliminated.

[340] In the absence of evidence that any of the benefits associated with traditional labour market structures have been lost in provinces that have abolished mandatory retirement, how can it be said that the benefits associated with permitting mandatory retirement outweigh its deleterious effects?

[341] It is also important to have regard to the nature of the interest affected, in assessing whether the salutary benefits of paragraph 15(1)(c) outweigh its deleterious effects. For individuals over the normal age of retirement, the interest at stake is the ability of the individual to continue working in the career of his or her choice. As I said in *Vilven* No. 1, “[t]he importance of this interest cannot be overstated”, as “Canadian jurisprudence is replete with references to the crucial role that employment plays in the dignity and self-worth of the individual”: at paragraph 293.

[342] For example, in *Reference re Public Sector Employee Relations Act (Alta)*, [1987] 1 S.C.R. 313, the Supreme Court of Canada stated that “[w]ork is one of the most fundamental aspects in a person’s life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society”: at page 368.

[343] Indeed, the majority in *McKinney* observed that “[i]n a work-oriented society, work is inextricably tied to the individual’s self-identity and self-worth”: at page 300. With this in mind, Justice La Forest went on to draw a link between mandatory retirement and the loss of an individual’s self-worth, identity and emotional well-being, stating that “[m]andatory retirement takes this away, on the basis of a personal characteristic attributed to an individual solely because of his association with a group”: *McKinney*, at page 278.

puissent se poursuivre. En fait, les preuves soumises au Tribunal ont clairement montré que les avantages de ces régimes se sont poursuivis dans les provinces où la retraite obligatoire a été éliminée.

[340] En l’absence de preuve que l’un des avantages associés aux structures traditionnelles du marché du travail a disparu dans les provinces qui ont aboli la retraite obligatoire, comment peut-on dire que les avantages associés au fait de permettre la retraite obligatoire l’emportent sur ses effets préjudiciables?

[341] Il est important aussi de tenir compte de la nature de l’intérêt touché au moment d’évaluer si les avantages de l’alinéa 15(1)c) l’emportent sur ses effets préjudiciables. Pour les personnes dont l’âge est supérieur à l’âge de la retraite en vigueur, l’intérêt en jeu est la capacité de ces personnes de continuer à travailler dans la carrière de leur choix. Comme je l’ai déclaré dans la décision *Vilven* n° 1, « [o]n ne saurait trop insister sur l’importance de ce droit », car « la jurisprudence canadienne regorge de références faites au rôle crucial que joue l’emploi dans la dignité et l’estime de soi de la personne » : au paragraphe 293.

[342] Par exemple, dans *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, la Cour suprême du Canada a déclaré que « [l]e travail est l’un des aspects les plus fondamentaux de la vie d’une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société » : à la page 368.

[343] En fait, dans l’arrêt *McKinney*, la majorité a fait remarquer que « [d]ans une société axée sur le travail, ce dernier est inextricablement lié à l’identité et à la valorisation personnelles » : à la page 300. Gardant cela à l’esprit, le juge La Forest a ensuite fait un lien entre la retraite obligatoire et la perte de la valorisation, de l’identité et du bien-être sur le plan émotionnel de la personne, disant que « [l]a retraite obligatoire supprime tous ces avantages, et ce, en raison d’une caractéristique personnelle attribuée à un seul individu en raison de son association avec un groupe » : *McKinney*, à la page 278.

[344] There are other deleterious effects associated with paragraph 15(1)(c) of the CHRA. Unlike the situation facing the Supreme Court in *McKinney* and *Harrison*, Parliament has not itself chosen what the appropriate age of retirement should be for federally regulated employees. Instead, it has left it to private parties to decide what the “normal age of retirement” should be for specific types of positions. As was explained earlier, this can create uncertainty as to the scope of employees’ rights under the CHRA, as it may be very difficult for an individual to ascertain exactly what the normal age of retirement is for his or her particular type of position.

[345] There is no doubt that collective bargaining is itself a Charter value, and that this is a consideration that must be weighed in the mix. However, while a mandatory age of retirement may be freely negotiated in some cases through the collective bargaining process in exchange for other employment benefits, paragraph 15(1)(c) of the CHRA does not require that this be so.

[346] Moreover, paragraph 15(1)(c) does not just permit the unilateral imposition of mandatory retirement by employers on unwilling employees, it also allows for the dominant player in an industry to set the industry norm. In other words, paragraph 15(1)(c) allows a single private sector employer to determine the extent of the quasi-constitutional rights of an entire class of federally regulated employees.

[347] Air Canada and ACPA argue that a company’s role as a dominant industry player is not cast in stone for all time, and that the “normal age of retirement” may change as companies come and go. While this may be true, it also undermines one of the claimed salutary effects of paragraph 15(1)(c) of the CHRA—namely the certainty that a fixed retirement age provides to employers, allowing them to plan for the flow of labour, and to manage wages and other financial obligations.

[344] Il y a d’autres effets préjudiciables qui sont associés à l’alinéa 15(1)c) de la LCDP. Contrairement à la situation dont la Cour suprême a été saisie dans les arrêts *McKinney* et *Harrison*, le législateur n’a pas choisi lui-même quel devait être l’âge approprié de la retraite pour les employés soumis à la réglementation fédérale. Il a plutôt laissé aux parties privées le soin de décider quel devrait être « l’âge de la retraite en vigueur » pour des types d’emploi particuliers. Comme il a été expliqué plus tôt, cela crée une certaine incertitude quant à la portée des droits dont jouissent les travailleurs en vertu de la LCDP, car il peut être fort difficile pour une personne de déterminer avec exactitude quel est l’âge de la retraite en vigueur pour le type particulier d’emploi qu’elle occupe.

[345] Il ne fait aucun doute que la négociation collective est en soi une valeur de la Charte et qu’il s’agit là d’un aspect qu’il faut mettre dans la balance. Cependant, même si, dans certains cas, l’âge de la retraite obligatoire peut être librement négocié dans le cadre du processus de négociation collective en échange d’autres avantages liés à l’emploi, l’alinéa 15(1)c) de la LCDP n’exige pas qu’il en soit ainsi.

[346] Par ailleurs, l’alinéa 15(1)c) ne permet pas simplement que des employeurs imposent unilatéralement la retraite obligatoire à des employés réticents; il permet aussi à l’acteur dominant au sein d’une industrie de fixer la norme dans cette dernière. Autrement dit, l’alinéa 15(1)c) permet à un employeur unique du secteur privé de fixer l’étendue des droits quasi constitutionnels d’une catégorie entière d’employés assujettis à la réglementation fédérale.

[347] Air Canada et l’APAC soutiennent que le rôle que joue une entreprise en tant qu’acteur dominant dans une industrie n’est pas coulé dans le béton à tout jamais, et que « l’âge de la retraite en vigueur » peut changer à mesure que vont et viennent les entreprises. Peut-être bien, mais cela mine aussi l’un des effets bénéfiques allégués de l’alinéa 15(1)c) de la LCDP — c’est-à-dire la certitude qu’un âge de la retraite fixe procure aux employeurs, car cela leur permet de planifier les mouvements de leur effectif, ainsi que de gérer les salaires et d’autres obligations financières.

[348] Also troubling is the fact that even in industries that are not dominated by a single player, age-based discrimination is permitted by paragraph 15(1)(c) of the CHRA, as long as that discrimination is pervasive within an industry.

[349] As a result, the Tribunal was correct in finding that the benefits that accrue from paragraph 15(1)(c) of the CHRA are outweighed by its deleterious effects, when measured by the values underlying the Charter.

(viii) *Conclusion on the Charter Issue*

[350] I found in *Vilven* No. 1 that paragraph 15(1)(c) of the CHRA violates subsection 15(1) of the Charter, as it denies the equal protection and equal benefit of the law to workers over the normal age of retirement for similar positions.

[351] For the reasons given in this case, I find that the Tribunal was correct in concluding that Air Canada and ACPA had not satisfied the onus on them to demonstrate that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is saved under section 1 of the Charter. Air Canada and ACPA have not shown that the broadly worded exception to the otherwise discriminatory practice of mandatory retirement contained in paragraph 15(1)(c) of the CHRA is a reasonable limit justifiable in a free and democratic society.

IX. Is Age a *Bona Fide* Occupational Requirement for Air Canada Pilots?

[352] Having concluded that paragraph 15(1)(c) of the CHRA does not provide Air Canada and ACPA with a defence to Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints, the next question is whether the Tribunal's finding that Air Canada had not established that being under 60 was a *bona fide* occupational requirement for its pilots was reasonable.

[348] Est également troublant le fait que, même dans les industries non dominées par un acteur unique, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP permet d'exercer une discrimination fondée sur l'âge, tant que cette discrimination est généralisée au sein d'une industrie en particulier.

[349] Le Tribunal a donc eu raison de conclure que les avantages qui découlent de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ont moins de poids que ses effets préjudiciables, quand on les évalue par rapport aux valeurs qui sous-tendent la Charte.

viii) *La conclusion au sujet de la question relative à la Charte*

[350] J'ai conclu dans la décision *Vilven* n° 1 que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP viole le paragraphe 15(1) de la Charte, car il prive les travailleurs dont l'âge est supérieur à l'âge de la retraite en vigueur pour des emplois semblables aux leurs de la même protection et du même bénéfice de la loi.

[351] Pour les motifs énoncés en l'espèce, je conclus que le Tribunal a conclu avec raison qu'Air Canada et l'APAC ne se sont pas acquittées du fardeau qui leur incombe de montrer que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est sauvegardé par l'article premier de la Charte. Air Canada et l'APAC n'ont pas montré que l'exception libellée en termes généraux à la pratique par ailleurs discriminatoire qu'est la retraite obligatoire, à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, constitue une limite raisonnable, justifiable dans une société libre et démocratique.

IX. L'âge est-il une exigence professionnelle justifiée pour les pilotes d'Air Canada?

[352] Ayant conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne procure pas à Air Canada et à l'APAC un moyen de défense contre les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly, la question suivante consiste à savoir si la conclusion du Tribunal selon laquelle Air Canada n'avait pas établi que le fait d'être âgé de moins de 60 ans était une exigence professionnelle justifiée est raisonnable.

A. Legal Principles Governing *Bona Fide* Occupational Requirements

[353] Paragraph 15(1)(a) of the CHRA provides that it is not a discriminatory practice if “any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement”.

[354] The test to be applied for determining whether an employer has established a *bona fide* occupational requirement is that articulated by the Supreme Court of Canada in *Meiorin*, above, at paragraph 54.

[355] That is, an employer must establish on a balance of probabilities that:

(1) The employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;

(2) The employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfillment of that legitimate work-related purpose; and

(3) The standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

[356] The first and second steps of the *Meiorin* test require an assessment of the legitimacy of the standard’s general purpose, and the employer’s intent in adopting it. This is to ensure that, when viewed both objectively and subjectively, the standard does not have a discriminatory foundation. The third element of the *Meiorin* test involves the determination of whether the standard is required to accomplish a legitimate purpose, and whether the employer can accommodate the complainant without suffering undue hardship: *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4,

A. Les principes juridiques régissant les exigences professionnelles justifiées

[353] L’alinéa 15(1)a) de la LCDP prescrit que ne constituent pas des actes discriminatoires « les refus, exclusion, expulsion, suspension, restriction, conditions ou préférences de l’employeur qui démontrent qu’ils découlent d’exigences professionnelles justifiées ».

[354] Le critère à appliquer pour décider si un employeur a établi l’existence d’une exigence professionnelle justifiée est celui qu’a formulé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Meiorin*, précité, au paragraphe 54.

[355] C’est-à-dire qu’un employeur doit établir selon la prépondérance des probabilités :

1) qu’il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause;

2) qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail; pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu’il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive.

[356] Les premier et deuxième volets du critère énoncé dans l’arrêt *Meiorin* exigent que l’on évalue la légitimité de l’objet général de la norme, ainsi que l’intention qu’avait l’employeur au moment de l’adopter. Cela a pour but de garantir que la norme, considérée sur le plan aussi bien objectif que subjectif, ne comporte pas de fondement discriminatoire. Le troisième élément du critère consiste à déterminer si la norme est exigée pour réaliser un but légitime, et si l’employeur peut composer avec la plainte sans subir une contrainte excessive : *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l’Hôpital général*

[2007] 1 S.C.R. 161, at paragraph 14.

[357] As the Supreme Court of Canada observed in *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561, the use of the word “impossible” in connection with the third element of the *Meiorin* test had led to a certain amount of confusion. The Court clarified that what is required is “not proof that it is impossible to integrate an employee who does not meet a standard, but proof of undue hardship, which can take as many forms as there are circumstances”: at paragraph 12.

[358] As to the scope of the duty to accommodate, the Supreme Court stated that “[t]he employer does not have a duty to change working conditions in a fundamental way, but does have a duty, if it can do so without undue hardship, to arrange the employee’s workplace or duties to enable the employee to do his or her work: *Hydro-Québec*, at paragraph 16.

B. The Tribunal’s Decision

[359] Because Canada is a signatory to the Chicago Convention, Air Canada is governed by the standards and recommended practices developed by ICAO.

[360] Air Canada’s position before the Tribunal was that it could not accommodate pilots over the age of 60 without experiencing undue hardship in light of the constraints imposed on it by the ICAO standards governing international flights. According to Air Canada, being able to fly lawfully over foreign countries is an integral part of the pilot job at Air Canada.

[361] ACPA submitted that the abolition of the mandatory retirement provision in the Air Canada pension plan and the Air Canada/ACPA collective agreement

de Montréal, 2007 CSC 4, [2007] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 14.

[357] Comme l’a fait remarquer la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d’Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561, l’emploi du mot « impossible » en rapport avec le troisième élément du critère énoncé dans l’arrêt *Meiorin* suscite une certaine confusion. La Cour suprême a précisé que ce qui est exigé « n’est pas la démonstration de l’impossibilité d’intégrer un employé qui ne respecte pas une norme, mais bien la preuve d’une contrainte excessive qui, elle, peut prendre autant de formes qu’il y a de circonstances » : au paragraphe 12.

[358] Quant à la portée de l’obligation d’accommodement, la Cour suprême a déclaré que « [l]’employeur n’a pas l’obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l’obligation d’aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l’employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail » : *Hydro-Québec*, au paragraphe 16.

B. La décision du Tribunal

[359] Comme le Canada est signataire de la Convention de Chicago, Air Canada est régie par les normes et les pratiques recommandées que l’OACI a établies.

[360] La position d’Air Canada devant le Tribunal était qu’elle ne pouvait pas « accommoder » les pilotes âgés de plus de 60 ans sans subir une contrainte excessive, compte tenu des contraintes que lui impose les normes de l’OACI régissant les vols internationaux. Selon Air Canada, le fait d’être capable de survoler légitimement des pays étrangers fait partie intégrante de l’emploi de pilotes à Air Canada.

[361] L’APAC a soutenu que l’abolition de la disposition en matière de retraite obligatoire qui figure dans le régime de retraite d’Air Canada et la convention

would cause undue hardship to its members as it would limit the number of positions available to pilots under 60 years of age and would dilute their seniority. It would, moreover, interfere with the ability of younger pilots to plan for their retirement, which would in turn have a negative effect on pilot morale.

[362] Prior to November of 2006, ICAO's standards stipulated that pilots-in-command over the age of 60 could not fly internationally. There was, however, no mandatory upper age limit for first officers, although ICAO recommended that individuals over the age of 60 not be permitted to co-pilot aircraft engaged in international air transport operations.

[363] The ICAO standards were amended on November 23, 2006. As of that date, ICAO's rules provided that pilots-in-command under the age of 65 could fly internationally, as long as one of the pilots in a multi-pilot crew was under 60 (known as the over/under rule). ICAO also recommended, but did not require, that first officers cease commercial flying after reaching age 65.

[364] The Tribunal found that there was no bar to Mr. Vilven flying internationally as an over-60 first officer under the pre-November 2006 ICAO standards, and that Air Canada had not offered any evidence to show that allowing him to do so would cause it any undue hardship.

[365] While accepting that Mr. Kelly could not have flown as a captain/pilot-in-command between the time that he turned 60 in 2005 and November of 2006, the Tribunal found that there was no reason why he could not have continued to fly for Air Canada as a first officer.

collective conclue entre ce transporteur et l'APAC causerait une contrainte excessive à ses membres, car elle restreindrait le nombre d'emplois disponibles pour les pilotes âgés de moins de 60 ans et amoindrirait leur ancienneté. Par ailleurs, cela interférerait avec la capacité de jeunes pilotes de planifier le moment de leur retraite ce qui, par contrecoup, aurait un effet négatif sur le moral des pilotes.

[362] Avant le mois de novembre 2006, les normes de l'OACI mentionnaient que les pilotes-commandants de bord âgés de plus de 60 ans ne pouvaient pas effectuer de vols internationaux. Cependant, il n'existait pas de limite d'âge obligatoire pour les premiers officiers, même si l'OACI recommandait que les personnes âgées de plus de 60 ans ne soient pas autorisées à copiloter des aéronefs menant des opérations de transport aérien à l'échelon international.

[363] Les normes de l'OACI ont été modifiées le 23 novembre 2006. À cette date, les règles de l'OACI prévoyaient que les pilotes-commandants de bord âgés de moins de 65 ans pouvaient effectuer des vols internationaux, dans la mesure où l'un des pilotes, dans les équipages qui en comptaient plus d'un, était âgé de moins de 60 ans (c'est ce que l'on appelle la [TRADUCTION] « règle des 60 ans »). L'OACI a également recommandé, mais non exigé, que les premiers officiers cessent d'effectuer des vols commerciaux après l'âge de 65 ans.

[364] Le Tribunal a conclu que rien n'interdisait à M. Vilven d'effectuer des vols internationaux à titre de premier officier âgé de plus de 60 ans en vertu des normes datant d'avant novembre 2006 de l'OACI, et qu'Air Canada n'avait produit aucune preuve montrant que le fait de lui permettre de le faire causerait une contrainte excessive.

[365] Tout en admettant que M. Kelly n'aurait pas pu piloter un aéronef à titre de capitaine ou de pilote-commandant de bord entre le moment où il avait eu 60 ans en 2005 et le mois de novembre 2006, le Tribunal a conclu qu'il n'y avait pas de raison pour laquelle il n'aurait pas pu continuer de travailler comme pilote pour Air Canada à titre de premier officier.

[366] Consequently, the Tribunal found that Air Canada and ACPA had not established a *bona fide* occupational requirement defence for their discriminatory conduct in relation to either Mr. Vilven or Mr. Kelly during the period up to November of 2006.

[367] Air Canada's evidence on the issue of undue hardship concentrated on the period after November of 2006 and came primarily from Captain Steven Duke. Captain Duke is a "Six Sigma Black Belt for Flight Operations" at Air Canada, a management position that he had held since 2006. Six Sigma is a business improvement process adopted by Air Canada. The description of Captain Duke as a "Black Belt" recognizes his expertise in this process [Tribunal decision No. 2, at paragraph 96].

[368] The focus of Captain Duke's evidence was on the impact that having pilots over the age of 60 would have for Air Canada's operations—particularly as it related to the issue of pilot scheduling—in light of Air Canada's international obligations.

[369] According to Captain Duke, the requirements of the over/under rule meant Air Canada could only accommodate a very limited number of potentially restricted pilots before pilot scheduling would become unworkable. "Potentially restricted pilots" were described by the Tribunal [at paragraph 102] as captains over 60 and under 65 and first officers over 60.

[370] The Tribunal accepted that Air Canada could not schedule pilots-in-command over 65 years of age to fly internationally, as this would prevent Air Canada from flying many of its international routes: Tribunal decision No. 2, at paragraph 100.

[371] However, the Tribunal found that there were numerous deficiencies in Captain Duke's evidence with respect to the scheduling difficulties that would result if

[366] Le Tribunal a donc conclu qu'Air Canada et l'APAC n'avaient pas établi l'existence d'une défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée pour la conduite discriminatoire dont elles avaient fait preuve envers M. Vilven ou M. Kelly lors de la période précédant le mois de novembre 2006.

[367] Les preuves d'Air Canada sur la question de la contrainte excessive étaient concentrées sur la période postérieure au mois de novembre 2006 et émanaient principalement du capitaine Steven Duke. Ce dernier a le titre de « Six Sigma Black Belt for Flight Operations » à Air Canada, un poste de gestion qu'il occupe depuis 2006. « Six Sigma » est un processus d'amélioration des opérations qu'Air Canada a adopté. Le titre de « *Black Belt* » (ceinture noire) du capitaine Duke reconnaît l'expertise de ce dernier à l'égard de ce processus [décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 96].

[368] La preuve du capitaine Duke a principalement porté sur l'incidence qu'aurait le fait d'employer des pilotes âgés de plus de 60 ans pour les opérations d'Air Canada — notamment en rapport avec la question de la production des horaires de vol — compte tenu des obligations internationales d'Air Canada.

[369] Selon le capitaine Duke, les exigences de la règle des 60 ans signifiaient qu'Air Canada ne pouvait composer qu'avec un nombre très faible de pilotes potentiellement restreint avant que la production des horaires de vol des pilotes devienne ingérable. Selon le Tribunal [au paragraphe 102], les « pilotes potentiellement restreints » étaient les capitaines âgés entre 60 et 65 ans, ainsi que les premiers officiers âgés de plus de 60 ans.

[370] Le Tribunal a admis qu'Air Canada ne pouvait pas utiliser de pilotes-commandants de bord de plus de 65 ans pour ses vols internationaux, car cela l'empêcherait d'exploiter un grand nombre de ses itinéraires internationaux : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 100.

[371] Cependant, le Tribunal a conclu qu'il y avait de nombreuses lacunes dans le témoignage du capitaine Duke au sujet des difficultés que poserait la production

Air Canada were required to accommodate pilots over the age of 60 who were not flying as pilots-in-command. This led the Tribunal to conclude that Captain Duke's evidence was not sufficient to establish undue hardship to Air Canada: Tribunal decision No. 2, at paragraph 122.

[372] Insofar as ACPA was concerned, the Tribunal examined the issue of hardship to the union in light of the principles articulated by the Supreme Court in *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970. The Tribunal had particular regard for the effect that accommodative measures would have had on other ACPA members.

[373] The Tribunal found that there was no evidence to show that a delay in the career progression and salary increases of younger pilots would cause substantial interference with the rights of these employees: Tribunal decision No. 2, at paragraph 140. According to the Tribunal, forcibly retiring older workers in order to make way for younger workers would itself be discriminatory, as it assumed that the continued employment of older individuals is less important to those individuals and of less value to society at large than the continued employment of younger individuals.

[374] Seniority at Air Canada determines, amongst other things, the equipment that a pilot will fly on and the schedule that he or she will receive. The Tribunal did not accept ACPA's argument that accommodating over-60 pilots would dilute the seniority rights of under-60 pilots, particularly with respect to scheduling, while giving the seniority rights of over-60 pilots full measure, all to the detriment of pilot morale.

[375] The Tribunal found that there may be ways to address the scheduling problems that would potentially arise from the implementation of the over/under rule. For example, the Tribunal said that rather than requiring under-60 first officers to accommodate the over-60

d'horaires de vol si Air Canada était tenue de composer avec des pilotes âgés de plus de 60 ans qui ne feraient pas de vols à titre de pilotes-commandants de bord. Cela a amené le Tribunal à conclure que le témoignage du capitaine Duke n'était pas suffisant pour établir l'existence d'une contrainte excessive pour Air Canada : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 122.

[372] En ce qui concerne l'APAC, le Tribunal a examiné la question de la contrainte imposée au syndicat en tenant compte des principes que la Cour suprême a exposés dans l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970. Le Tribunal a tenu particulièrement compte de l'effet que les mesures d'accommodement auraient eu sur d'autres membres de l'APAC.

[373] Le Tribunal a conclu qu'aucune preuve ne montrait qu'un retard dans le cheminement de carrière et les augmentations de salaire des jeunes pilotes porterait gravement atteinte aux droits de ces employés : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 140. Selon le Tribunal, le fait de contraindre les travailleurs âgés à prendre leur retraite afin de laisser la place à des travailleurs plus jeunes serait en soi discriminatoire, car l'on présume que l'emploi continu de personnes âgées est moins important pour ces personnes et à moins de valeur pour la société en général que l'emploi continu de personnes plus jeunes.

[374] Chez Air Canada, l'ancienneté détermine, notamment, le type d'appareil qu'un pilote commandera ainsi que l'horaire de travail qu'il recevra. Le Tribunal n'a pas souscrit à l'argument de l'APAC selon lequel le fait de prendre des mesures d'accommodement pour les pilotes âgés de plus de 60 ans « diluerait » les droits à l'ancienneté des pilotes âgés de moins de 60 ans, notamment en rapport avec les horaires de vol, tout en accordant aux pilotes de plus de 60 ans la pleine mesure de leur droit à l'ancienneté, le tout au détriment du moral des pilotes.

[375] Le Tribunal a conclu qu'il existe peut-être des moyens de régler les problèmes d'horaire de vol auxquels donnerait peut-être lieu la mise en œuvre de la règle des 60 ans. Par exemple, le Tribunal a déclaré qu'au lieu d'exiger que les premiers officiers âgés de moins de

captains, ACPA and Air Canada could agree that in the event of a scheduling problem, over-60 captains would be required to bid into positions where they could be accommodated: Tribunal decision No. 2, at paragraph 149.

[376] The Tribunal also found that ACPA had failed to establish that the level of disruption and the inevitable prospect of interference with other employees' rights that would result from the removal of the mandatory retirement provision in the collective agreement constituted an undue hardship. ACPA has not challenged the Tribunal's *bona fide* occupational requirement finding in its application for judicial review.

C. The Significance of the ICAO Standards

[377] To properly understand Air Canada's position on the *bona fide* occupational requirement issue, and in order to put Captain Duke's evidence into context, it is first necessary to consider the significance of the changes to the ICAO standards that occurred after the termination of Messrs. Vilven and Kelly's employment.

[378] It will be recalled that as of November 2006, ICAO's "over/under rule" permitted pilots-in-command between the ages of 60 and 65 to continue to fly internationally, but only if one of the other pilots in a multi-pilot crew is under 60.

[379] The ICAO standards only apply to international flights. However, the vast majority of Air Canada flights have an international aspect to them. In fact, 86 percent of Air Canada flights are either to an international destination, or pass through foreign (primarily American) airspace, en route to a Canadian destination. Between 20 and 25 percent of the remaining 14 percent of Air Canada flights have an American airport as an alternate airport where planes are to land if, for example, weather

60 ans composent avec les capitaines âgés de plus de 60 ans, l'APAC et Air Canada pouvaient convenir que s'il survenait un problème d'horaire de vol, les capitaines âgés de plus de 60 ans seraient tenus de poser leur candidature à d'autres postes où l'on pourrait les accueillir : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 149.

[376] Le Tribunal a également conclu que l'APAC n'a pas établi que le degré de perturbation et la perspective inévitable d'une ingérence dans les droits d'autres employés qui résulteraient de l'élimination de la disposition en matière de retraite obligatoire qui figure dans la convention collective constituaient une contrainte excessive. L'APAC n'a pas contesté, dans sa demande de contrôle judiciaire, la conclusion que le Tribunal a tirée au sujet de l'exigence professionnelle justifiée.

C. L'importance des normes de l'OACI

[377] Pour bien saisir la position d'Air Canada au sujet de la question de l'exigence professionnelle justifiée, ainsi que pour situer le témoignage du capitaine Duke dans son juste contexte, il importe tout d'abord d'examiner l'importance des changements qui ont été apportés aux normes de l'OACI après la mise à la retraite de MM. Vilven et Kelly.

[378] On se rappellera qu'au mois de novembre 2006 la [TRADUCTION] « règle des 60 ans » de l'OACI permettait aux pilotes-commandants de bord âgés de 60 à 65 ans de continuer d'effectuer des vols internationaux, mais uniquement si l'un des autres pilotes, dans un équipage en comptant plus d'un, était âgé de moins de 60 ans.

[379] Les normes de l'OACI ne s'appliquent qu'aux vols internationaux. Cependant, la grande majorité des vols d'Air Canada comportent un aspect international. En fait, 86 p. 100 des vols d'Air Canada visent une destination internationale ou alors survolent un espace aérien étranger (les États-Unis surtout), en route vers une destination canadienne. Entre 20 et 25 p. 100 des 14 p. 100 des vols d'Air Canada qui restent comportent un aéroport des États-Unis comme aéroport de substitution,

precludes landing at the regularly scheduled Canadian airport.

[380] The consequences of failing to comply with the over/under rule could potentially be severe for Air Canada, as contracting States may ground aircraft and deny entry into their airspace to any aircraft flown by pilots who do not meet ICAO standards.

D. Timing and the Duty to Accommodate

[381] The first question for the Court to consider is when the issues of accommodation and undue hardship had to be assessed in relation to Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints.

[382] In some cases, it will not be appropriate to simply examine the situation as of the date of the termination of an individual's employment. For example, where an employee is dismissed because of health-related absenteeism, the employer's claim of undue hardship must be assessed globally, taking the entire situation leading up to the termination into account: see *Hydro-Québec*, at paragraph 21.

[383] In this case, Messrs. Vilven and Kelly had no need of any accommodation until such time as they reached the age of 60, at which point, their employment was terminated in accordance with the mandatory retirement provisions of the Air Canada pension plan and the Air Canada/ACPA collective agreement. I agree with Air Canada that in these circumstances, the issue of accommodation must first be assessed as of the date of termination. In the case of Mr. Vilven, this was 2003. In Mr. Kelly's case, it was 2005.

[384] I also agree with Air Canada that having regard to the systemic nature of Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints and the fact that the potential

où les aéronefs doivent atterrir si, par exemple, les conditions atmosphériques empêchent de se poser à l'aéroport canadien normalement prévu.

[380] Les conséquences qu'il y a à ne pas respecter la règle des 60 ans pourraient être sévères pour Air Canada, car les États contractants peuvent clouer au sol tout aéronef commandé par un pilote qui ne satisfait pas aux normes de l'OACI, ou refuser à cet aéronef l'entrée dans leur espace aérien.

D. Le moment choisi et l'obligation d'accommodement

[381] La première question que la Cour doit prendre en considération est le moment où les questions d'accommodement et de contrainte excessive devaient être évaluées en rapport avec les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly.

[382] Dans certains cas, il ne convient pas d'examiner simplement la situation qui prévalait à la date à laquelle a pris fin l'emploi d'une personne. Par exemple, lorsqu'un employé est congédié parce qu'une maladie a causé des absences dans le passé, la prétention d'une contrainte excessive de la part de l'employeur doit être évaluée de façon globale, en tenant compte de la situation tout entière qui a donné lieu au congédiement : voir *Hydro-Québec*, au paragraphe 21.

[383] En l'espèce, MM. Vilven et Kelly n'ont eu aucun besoin de mesures d'accommodement avant d'atteindre l'âge de 60 ans, moment où leur emploi a pris fin conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite d'Air Canada et de la convention collective conclue entre ce transporteur et l'APAC. Je conviens avec Air Canada que, dans ces circonstances, la question des mesures d'accommodement doit d'abord être évaluée à la date à laquelle l'emploi a pris fin. Dans le cas de M. Vilven, il s'agit de 2003 et, dans celui de M. Kelly, de 2005.

[384] Je conviens aussi avec Air Canada que, compte tenu de la nature systémique des plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly, ainsi

invalidation of the mandatory retirement provisions in the Air Canada Pension Plan and the Air Canada/ACPA collective agreement would affect other Air Canada pilots, it was also appropriate for the Tribunal to examine the issue of undue hardship on a going-forward basis, taking into account the subsequent changes to the ICAO standards.

[385] Such a forward-looking examination was also necessitated by the fact that Messrs. Vilven and Kelly were seeking reinstatement into the positions that they would have held, had they not been required to retire at age 60.

E. Factors to Consider in Relation to the Issue of Accommodation

[386] Subsection 15(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 10] of the CHRA provides that in order to establish the existence of a *bona fide* occupational requirement or justification, “it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost” (emphasis added).

[387] In assessing whether Air Canada could accommodate pilots over the age of 60, the Tribunal determined that it could look at matters other than health, safety and cost. The Tribunal observed that in *Meiorin*, the Supreme Court indicated that the factors to be considered in determining whether accommodation imposes undue hardship are not entrenched, unless they are expressly included or excluded by statute: Tribunal decision No. 2, at paragraph 78, citing *Meiorin*, at paragraph 63.

[388] The Tribunal further observed that in *McGill University Health Centre*, above, the Supreme Court emphasized that the factors that will support a finding

que du fait que l’invalidation possible des dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite d’Air Canada et de la convention collective conclue entre ce transporteur et l’APAC aurait une incidence sur d’autres pilotes d’Air Canada, il était valable aussi pour le Tribunal d’examiner de façon prospective la question de la contrainte excessive, en tenant compte des changements apportés par la suite aux normes de l’OACI.

[385] Cet examen prospectif était également nécessaire parce que MM. Vilven et Kelly cherchaient à être réintégrés dans les emplois qu’ils auraient occupés s’ils n’avaient pas été forcés de prendre leur retraite à 60 ans.

E. Les facteurs à prendre en considération en rapport avec la question de l’accommodement

[386] Aux termes du paragraphe 15(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 10] de la LCDP, pour établir l’existence d’une exigence professionnelle justifiée ou d’un motif justifiable, il est nécessaire de démontrer « que les mesures destinées à répondre aux besoins d’une personne ou d’une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité » (non souligné dans l’original).

[387] Pour évaluer si Air Canada pouvait prendre des mesures d’accommodement à l’endroit des pilotes âgés de plus de 60 ans, le Tribunal a décidé qu’il pouvait faire plus qu’étudier les contraintes en matière de coûts, de santé et de sécurité. Il a fait remarquer que dans l’arrêt *Meiorin*, la Cour suprême du Canada a indiqué que les facteurs dont il faut tenir compte au moment de décider si des mesures d’accommodement imposent une contrainte excessive ne sont pas consacrés, à moins d’être expressément inclus ou exclus par la loi : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 78, citant l’arrêt *Meiorin*, au paragraphe 63.

[388] Le Tribunal a déclaré de plus que la Cour suprême, dans l’arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, précité, a souligné que les facteurs qui étayeront une conclusion

of undue hardship should be applied with flexibility and common sense. The Court identified the cost of the possible accommodation, employee morale and mobility, interference with other employees' rights, and disruption of the collective agreement as examples of factors that may be considered: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 79 and 80, citing *McGill University Health Centre*, at paragraph 15.

[389] This was of particular significance as it related to the Tribunal's analysis of the undue hardship arguments advanced by ACPA, which were largely based upon the impact on the rights of other employees that would result from the accommodation of over-60 pilots. As mentioned earlier, ACPA has not challenged the Tribunal's *bona fide* occupational requirement finding.

[390] The undue hardship evidence adduced by Air Canada related primarily to operational considerations that would affect the company's costs. However, other forms of hardship were also identified by the company, primarily the impact that accommodating pilots over 60 would have on the seniority rights of other Air Canada employees. The question thus arises as to whether the Tribunal was statutorily limited to considering the factors of health, safety and cost in assessing whether a *bona fide* occupational requirement defence had been established.

[391] I recognize that in determining that it could look at matters other than health, safety and cost, the Tribunal was interpreting its enabling statute and was dealing with the scope of the duty to accommodate—a matter squarely within the Tribunal's expertise. As a result, its interpretation of subsection 15(2) of the CHRA is entitled to deference: see *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 34. Nevertheless, I am satisfied that the Tribunal's interpretation of this provision was unreasonable.

de contrainte excessive doivent être appliqués en faisant preuve de souplesse et de bon sens. La Cour suprême a évoqué les coûts des mesures d'accommodement possibles, la moralité et le roulement du personnel, les ingérences dans les droits des autres employés et la rupture de la convention collective comme exemples des autres facteurs qui peuvent être pris en considération : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 79 et 80, citant l'arrêt *Centre universitaire de santé McGill*, au paragraphe 15.

[389] Cette remarque revêtait une importance particulière, car elle était liée à l'analyse que faisait le Tribunal au sujet des arguments relatifs à la contrainte excessive qu'invoquait l'APAC, lesquels reposaient en grande partie sur l'effet qu'aurait, sur les droits d'autres employés, le fait de prendre des mesures d'accommodement pour les pilotes âgés de plus de 60 ans. Comme il a été mentionné plus tôt, l'APAC n'a pas contesté la conclusion du Tribunal au sujet de l'exigence professionnelle justifiée.

[390] Les preuves qu'Air Canada a produites au sujet de la contrainte excessive étaient principalement liées à des aspects opérationnels qui auraient une incidence sur les coûts de cette société. Cependant, cette dernière a également relevé d'autres formes de contrainte, principalement l'incidence qu'aurait le fait de prendre des mesures d'accommodement pour les pilotes âgés de plus de 60 ans sur les droits d'ancienneté d'autres employés d'Air Canada. Cela amène donc à se demander si le Tribunal était limité par la loi à prendre en considération les facteurs des coûts, de la santé et de la sécurité au moment d'évaluer si un moyen de défense fondé sur l'exigence professionnelle justifiée avait été établi.

[391] Je suis consciente qu'en décidant qu'il pouvait examiner des questions autres que les coûts, la santé et la sécurité, le Tribunal interprétait sa loi habilitante et examinait la portée de l'obligation d'accommodement — un aspect qui relève directement de son expertise. De ce fait, l'interprétation qu'il fait du paragraphe 15(2) de la LCDP commande une certaine déférence : voir l'arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 34. Je suis néanmoins convaincue que l'interprétation que le Tribunal a faite de cette disposition est déraisonnable.

[392] It is true that the Supreme Court has identified matters such as employee morale and mobility, interference with other employees' rights, and disruption of the collective agreement as factors that may be considered in relation to the question of accommodation. The *McGill University Health Centre* decision relied upon by the Tribunal is an example of this. This was not, however, a decision under the CHRA, and did not involve a statutory provision such as subsection 15(2).

[393] As the Tribunal itself noted, the Supreme Court stated in *Meiorin* that the factors to be considered in determining whether accommodation imposes undue hardship "are not entrenched, [unless] they are expressly included or excluded by statute" (emphasis added): at paragraph 63. In this case, Parliament has chosen to specifically identify the matters that may be taken into account by the Tribunal in an accommodation analysis: see Russel Zinn, *The Law of Human Rights in Canada: Practice and Procedure*, loose-leaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1996), at section 14:60:2.

[394] Moreover, there are two different interpretative principles that were not addressed by the Tribunal, both of which suggest that the factors identified in subsection 15(2) of the *Canadian Human Rights Act* should be read as an exhaustive list. These are the principle of *expressio unius est exclusio alterius*; and the approach that is to be taken in interpreting human rights statutes.

[395] The "*expressio unius est exclusio alterius*" maxim refers to a general principle of statutory interpretation which suggests that to express one thing is to exclude another: see Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 244.

[396] That is, the failure of Parliament to mention a thing in a list will give rise to the inference that it was deliberately excluded. As Professor Sullivan says, "[t]he

[392] Il est vrai que la Cour suprême a indiqué que des questions telles que le moral et la mobilité des employés, l'ingérence dans les droits d'autres employés et la rupture de la convention collective sont des facteurs qui peuvent être pris en compte en rapport avec la question de l'accommodement. L'arrêt *Centre universitaire de santé McGill* sur lequel le Tribunal s'est fondé en est un exemple. Il ne s'agissait toutefois pas d'une décision rendue en vertu de la LCDP, et elle ne mettait pas en cause une disposition législative telle que le paragraphe 15(2).

[393] Comme le Tribunal l'a lui-même signalé, la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'arrêt *Meiorin* que les facteurs dont il faut tenir compte au moment de déterminer si les mesures d'accommodement imposent une contrainte excessive « ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi » (non souligné dans l'original) : au paragraphe 63. En l'espèce, le législateur a décidé d'indiquer précisément les aspects dont le Tribunal peut tenir compte dans le cadre d'une analyse de la question de l'accommodement : voir Russel Zinn, *The Law of Human Rights in Canada : Practice and Procedure*, feuilles mobiles (Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1996), à la section 14:60:2.

[394] Par ailleurs, il existe deux principes d'interprétation différents dont le Tribunal n'a pas traité, lesquels donnent tous deux à penser que les facteurs mentionnés au paragraphe 15(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doivent être considérés comme une liste exhaustive. Il s'agit, d'une part, de la maxime latine « *expressio unius est exclusio alterius* » et, d'autre part, de l'approche qu'il convient de suivre lors de l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne.

[395] La maxime « *expressio unius est exclusio alterius* » renvoie à un principe général d'interprétation législative qui signifie que le fait d'exprimer une chose en exclut une autre : voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), à la page 244.

[396] Plus précisément, le fait que le législateur ne mentionne pas un point dans une liste amène à inférer qu'il a été délibérément exclu. Comme le dit

force of the implication depends on the strength and legitimacy of the expectation of express reference. The better the reason for anticipating express reference to a thing, the more telling the silence of the legislature”: at page 244.

[397] In this case, a substantial body of Supreme Court jurisprudence had developed well before the addition of subsection 15(2) to the CHRA in 1998, with respect to the nature and scope of the duty to accommodate and the factors to be considered in assessing whether that duty had been fulfilled: see, for example, *Central Alberta Dairy Pool*, and *Renaud*, both previously cited. Parliament would thus have been well aware that factors such as impact on employee morale and interference with the rights of other employees had been identified as relevant considerations in an accommodation analysis.

[398] Nevertheless, in enacting subsection 15(2) of the CHRA, Parliament did not say that the Tribunal was to consider matters “such as” or “including” health, safety and cost, but chose instead to specifically identify the factors to be considered in relation to the question of accommodation as being these three specific matters. These circumstances give rise to a strong inference that Parliament intended the list set out in subsection 15(2) of the CHRA to be an exhaustive one.

[399] My conclusion that subsection 15(2) of the *Canadian Human Rights Act* should be interpreted as limiting the factors to be taken into account in an accommodation analysis to health, safety and cost is reinforced when the issue is examined in light of the principles to be applied when interpreting human rights legislation.

[400] That is, while the quasi-constitutional rights conferred by human rights legislation are to be broadly interpreted, this is not so with respect to the defences provided in the human rights statute in question. Defences to the exercise of those rights are to be interpreted

la professeure Sullivan : [TRADUCTION] « La force de l'implication dépend de la vigueur et de la légitimité de l'expectative d'une mention expresse. Meilleure est la raison pour anticiper la mention expresse d'un point, plus le silence du législateur est révélateur » : à la page 244.

[397] En l'espèce, une abondante jurisprudence de la Cour suprême a pris naissance bien avant l'ajout du paragraphe 15(2) de la LCDP en 1998, relativement à la nature et à la portée de l'obligation d'accommodement ainsi qu'aux facteurs à prendre en considération au moment d'évaluer si l'on s'est acquitté de cette obligation : voir, par exemple, les arrêts *Central Alberta Dairy Pool* et *Renaud*, tous deux précités. Le législateur aurait donc été bien au courant du fait que des facteurs tels que l'effet sur le moral des employés et l'ingérence dans les droits d'autres employés avaient été soulignés comme des facteurs pertinents dans une analyse portant sur l'accommodement.

[398] Néanmoins, en adoptant le paragraphe 15(2) de la LCDP le législateur n'a pas dit que le Tribunal devait prendre en considération des questions [TRADUCTION] « telles que » ou « incluant » les coûts, la santé et la sécurité; il a plutôt décidé d'indiquer expressément les facteurs qu'il fallait prendre en considération en rapport avec la question de l'accommodement, c'est-à-dire ces trois questions précises. Ces circonstances dénotent nettement que le législateur envisageait que la liste énumérée au paragraphe 15(2) de la LCDP soit exhaustive.

[399] Ma conclusion selon laquelle il faudrait considérer que le paragraphe 15(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* limite aux coûts, à la santé et à la sécurité les facteurs dont il faut tenir compte dans le cadre d'une analyse de l'accommodement est confortée lorsqu'on examine la question dans le contexte des principes à appliquer au moment d'interpréter une loi relative aux droits de la personne.

[400] Plus précisément, s'il est nécessaire d'interpréter de manière large les droits quasi constitutionnels que confère une loi relative aux droits de la personne, ce n'est pas le cas lorsqu'il est question des moyens de défense que procure la loi relative aux droits de la personne en

narrowly: see *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, at page 307, and *Dickason*, at page 1121.

[401] As Justice Sopinka observed in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, human rights legislation is often “the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised.” He went on to observe that “[a]s the last protection of the most vulnerable members of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed”: at page 339.

[402] That is not to say that matters such as employee morale and mobility, interference with other employees’ rights, and disruption of a collective agreement could never be relevant in a claim under the CHRA. Rather, my interpretation of the legislation simply means that in order to be taken into account in an accommodation analysis, these matters must be of a sufficient gravity as to have a demonstrable impact on the operations of an employer in a way that relates to health, safety or cost.

[403] Before leaving this matter, I would acknowledge that the Superior Court of Quebec came to a different conclusion in relation to this question in *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 434 (FTQ) c. Gagnon*, 2005 CanLII 25032, at paragraph 39. There, the Court stated that the list contained in subsection 15(2) of the CHRA was descriptive, rather than limiting. However, no reasons were provided for this conclusion, and I must respectfully disagree with it.

[404] Although I have found that the Tribunal erred in its interpretation of subsection 15(2) of the CHRA, as will be explained further on in these reasons, the determinative issue on the *bona fide* occupational requirement issue is the Tribunal’s treatment of the evidence regarding cost-

question. Les moyens de défense concernant l’exercice de ces droits doivent être interprétés de manière stricte : voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, à la page 307, et *Dickason*, à la page 1121.

[401] Comme l’a fait remarquer le juge Sopinka dans l’arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, les lois sur les droits de la personne sont souvent « le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation ». Il a ensuite fait remarquer que « [c]omme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s’interpréter restrictivement » : à la page 339.

[402] Cela ne veut pas dire que des questions telles que le moral et la mobilité des employés, l’ingérence dans les droits d’autres employés et la rupture d’une convention collective ne seront jamais pertinentes dans le cadre d’une demande présentée sous le régime de la LCDP. La manière dont j’interprète la loi signifie simplement que ces questions, pour être prises en compte dans le cadre d’une analyse de l’accommodement, doivent être suffisamment graves pour avoir un effet démontrable sur les activités d’un employeur, et ce, d’une manière qui est liée aux coûts, à la santé ou à la sécurité.

[403] Avant de clore cette question, il me faut reconnaître que la Cour supérieure du Québec est arrivée à une conclusion différente à cet égard dans l’arrêt *Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 434 (FTQ) c. Gagnon*, 2005 CanLII 25032, au paragraphe 39. Dans cette décision, la Cour a déclaré que la liste contenue au paragraphe 15(2) de la LCDP est de nature descriptive, plutôt que limitative. Cependant, cette conclusion n’a pas été motivée, et je me dois, avec égards, d’exprimer mon désaccord.

[404] Même si j’ai conclu que le Tribunal a commis une erreur dans son interprétation du paragraphe 15(2) de la LCDP, ainsi que je l’expliquerai plus loin dans les présents motifs, la question déterminante, relativement à l’exigence professionnelle justifiée, est la façon dont

related operational matters affecting Air Canada's ability to accommodate over-60 pilots in the post-November 2006 period. Before going there, however, the Court must first consider the reasonableness of the Tribunal's *bona fide* occupational requirement finding as it relates to the pre-November 2006 period.

F. Accommodation in the Pre-November 2006 Period

[405] The next question, then, is whether the Tribunal's finding that Air Canada had not established the existence of a *bona fide* occupational requirement defence for its discriminatory conduct *vis-à-vis* Messrs. Vilven and Kelly during the period prior to the changes to the ICAO standards in November of 2006 was reasonable.

[406] The primary thrust of Air Canada's argument as it related to the *bona fide* occupational requirement issue was that the Tribunal misunderstood and mischaracterized the evidence put forward by Captain Duke, and ignored important portions of that evidence.

[407] Captain Duke's evidence focused primarily on the operational and scheduling difficulties that Air Canada would encounter if mandatory retirement was abolished, in light of the post-2006 ICAO standards. Air Canada made only brief submissions to the Court with respect to the Tribunal's *bona fide* occupational requirement finding regarding the period before November of 2006.

(i) *The Accommodation of Mr. Vilven in the Pre-November 2006 Period*

[408] The burden is on the employer to produce concrete evidence to establish undue hardship: see

le Tribunal a traité les preuves concernant les questions opérationnelles relatives aux coûts qui avaient une incidence sur la capacité d'Air Canada de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit des pilotes âgés de plus de 60 ans après le mois de novembre 2006. Cependant, avant de le faire, la Cour se doit d'examiner en premier le caractère raisonnable de la conclusion que le Tribunal a tirée au sujet de l'exigence professionnelle justifiée, relativement à la période antérieure au mois de novembre 2006.

F. Les mesures d'accommodement au cours de la période préalable au mois de novembre 2006

[405] La question suivante est donc celle de savoir si la conclusion du Tribunal selon laquelle Air Canada n'avait pas établi l'existence d'un moyen de défense fondé sur une exigence professionnelle justifiée pour sa conduite discriminatoire à l'égard de MM. Vilven et Kelly au cours de la période antérieure aux changements apportés en novembre 2006 aux normes de l'OACI était raisonnable.

[406] Le point essentiel de l'argument d'Air Canada au sujet de la question de l'exigence professionnelle justifiée était que le Tribunal avait mal saisi et mal décrit le témoignage que le capitaine Duke avait fait, et qu'il avait fait abstraction d'éléments importants de ce témoignage.

[407] Le témoignage du capitaine Duke a principalement porté sur les difficultés en matière d'opérations et de production d'horaires de vol que rencontrerait Air Canada si l'on abolissait la retraite obligatoire, compte tenu des normes de l'OACI postérieures à 2006. Air Canada n'a fait que de brèves observations à la Cour à propos de la conclusion du Tribunal concernant une exigence professionnelle justifiée, relativement à la période antérieure à novembre 2006.

i) *Les mesures d'accommodement concernant M. Vilven au cours de la période préalable au mois de novembre 2006*

[408] Il incombe à l'employeur de produire une preuve concrète pour établir l'existence d'une contrainte

Hutchinson v. B.C. (Min. of Health), 2004 BCHRT 58, at paragraphs 69 and 230, and *Grismer*, above, at paragraph 41.

[409] The Tribunal found that Air Canada had not offered any evidence to show that allowing Mr. Vilven to continue flying as a first officer after he turned 60 would have caused it any undue hardship in the pre-November 2006 period. Air Canada says that the Tribunal erred in this regard by only considering the situation of Mr. Vilven in its undue hardship analysis.

[410] By looking only at whether Mr. Vilven could have been accommodated, Air Canada says that the Tribunal asked itself the wrong question, given that what the complainants were seeking was the invalidation of the mandatory retirement requirement for all Air Canada pilots. Air Canada submits that the *Meiorin* test required the Tribunal to determine whether it would have been possible for Air Canada to accommodate not just the individual complainant, but *all* employees sharing the characteristics of the complainant, without imposing undue hardship upon the employer.

[411] Air Canada had, however, conceded before the Tribunal that nothing in the ICAO standards in effect at the time that Mr. Vilven was forced to retire from Air Canada in 2003 prevented over-60 first officers from flying international flights: transcript, at page 2170.

[412] Indeed, Air Canada could not point to any evidence in the record that would suggest that the answer would have been any different, depending on whether the Tribunal was considering Air Canada's ability to accommodate Mr. Vilven alone, or all over-60 first officers in the period prior to November of 2006. Consequently, any error that the Tribunal may have committed in this regard was not material to the result.

excessive : voir l'arrêt *Hutchinson v. B.C. (Min. of Health)*, 2004 BCHRT 58, aux paragraphes 69 et 230, et l'arrêt *Grismer*, précité, au paragraphe 41.

[409] Le Tribunal a conclu qu'Air Canada n'avait produit aucune preuve montrant que le fait de permettre à M. Vilven de continuer d'exercer ses fonctions à titre de premier officier après l'âge de 60 ans aurait causé une contrainte excessive avant le mois de novembre 2006. Selon Air Canada, le Tribunal a commis une erreur à cet égard en ne considérant que la situation de M. Vilven dans son analyse de la contrainte excessive.

[410] D'après Air Canada, en examinant uniquement s'il aurait été possible de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de M. Vilven, le Tribunal s'est posé la mauvaise question, car ce que les plaignants cherchaient, c'était l'invalidation de l'exigence de la retraite obligatoire pour tous les pilotes d'Air Canada. Cette dernière soutient que le critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* exigeait que le Tribunal décide s'il aurait été possible qu'Air Canada prenne des mesures d'accommodement non seulement à l'endroit du plaignant en particulier, mais aussi de *tous* les employés ayant les mêmes caractéristiques que le plaignant, sans imposer de contrainte excessive à l'employeur.

[411] Air Canada a cependant admis devant le Tribunal que rien dans les normes de l'OACI qui étaient en vigueur à l'époque où M. Vilven a dû prendre sa retraite d'Air Canada en 2003 empêchait les premiers officiers âgés de plus de 60 ans d'effectuer des vols internationaux : notes sténographiques, à la page 2170.

[412] En fait, Air Canada n'a pu relever aucune preuve dans le dossier qui donnait à penser que la réponse aurait été différente, selon que le Tribunal prenait en considération la capacité d'Air Canada de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de M. Vilven seulement, ou alors à l'endroit de tous les premiers officiers âgés de plus de 60 ans au cours de la période préalable au mois de novembre 2006. Par conséquent, toute erreur que le Tribunal peut avoir commise à cet égard n'est pas importante pour le résultat.

[413] Given that the ICAO standards did not impose any mandatory restrictions on the ability of over-60 first officers to continue flying, it follows that Mr. Vilven and other over-60 first officers continued to be able to satisfy the requirements of their jobs, as long as they were able to meet Transport Canada's licensing requirements.

[414] As a result, the Tribunal's finding of liability on the part of Air Canada for the termination of Mr. Vilven's employment was reasonable. The reasonableness of the Tribunal's findings with respect to the ability of Air Canada to continue to accommodate Mr. Vilven and other over-60 first officers after the coming into force of the new ICAO standards in November of 2006 will be addressed further on in these reasons.

(ii) *The Accommodation of Mr. Kelly in the Pre-November 2006 Period*

[415] The Tribunal found that although Mr. Kelly could not have continued to fly as a captain/pilot-in-command after he turned 60 in 2005, there was no reason why he could not have continued to fly internationally for Air Canada as a first officer. The Tribunal noted that Air Canada did not consider or offer such accommodation to Mr. Kelly, nor did ACPA make any efforts to seek such an accommodation for Mr. Kelly as it was required to do.

[416] As was the case with Mr. Vilven, Air Canada says that the Tribunal erred by only looking at whether Mr. Kelly could have been accommodated, rather than considering whether all over-60 captains could have been accommodated by Air Canada.

[417] Where accommodation is required, the obligation is not on the employee to originate a solution. It is the

[413] Comme les normes de l'OACI n'imposaient aucune restriction obligatoire à la capacité des premiers officiers âgés de plus de 60 ans de continuer de faire des vols, il s'ensuit que M. Vilven et les autres premiers officiers âgés de 60 ans ou plus continuaient d'être en mesure de répondre aux exigences de leurs emplois, dans la mesure où ils étaient capables de satisfaire aux exigences de Transports Canada en matière d'octroi de licence.

[414] De ce fait, la conclusion du Tribunal à propos de la responsabilité d'Air Canada à l'égard de la cessation de l'emploi de M. Vilven était raisonnable. Il sera question, plus loin dans les présents motifs, du caractère raisonnable des conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la capacité d'Air Canada de continuer à prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de M. Vilven et des autres premiers officiers âgés de plus de 60 ans après l'entrée en vigueur des nouvelles normes de l'OACI en novembre 2006.

(ii) *Les mesures d'accommodement concernant M. Kelly au cours de la période préalable au mois de novembre 2006*

[415] Le Tribunal a conclu que même si M. Kelly n'aurait pas pu continuer d'effectuer des vols à titre de capitaine ou de pilote-commandant de bord après avoir eu 60 ans en 2005, il n'y avait aucune raison pour laquelle il n'aurait pas pu continuer de faire des vols internationaux pour le compte d'Air Canada à titre de premier officier. Le Tribunal a signalé qu'Air Canada n'a pas envisagé une telle mesure ou ne l'a pas offerte à M. Kelly, pas plus que l'APAC ne s'est efforcée d'obtenir une telle mesure pour M. Kelly, comme elle était tenue de le faire.

[416] Comme dans le cas de M. Vilven, Air Canada fait valoir que le Tribunal a commis une erreur en examinant seulement s'il aurait été possible de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de M. Kelly, plutôt que d'examiner si Air Canada aurait pu le faire pour la totalité des capitaines âgés de plus de 60 ans.

[417] Lorsqu'il est obligatoire de prendre des mesures d'accommodement, ce n'est pas l'employé qui est tenu de

employer who will be in the best position to determine how the complainant can be accommodated without undue interference in the operation of the employer's business: see *Renaud*, above, at page 994.

[418] As the Supreme Court observed in the *Hydro-Québec* case, an employer has the duty to arrange the employee's workplace or duties so as to enable the employee to do his or her work, if it can do so without undue hardship: at paragraph 16.

[419] Where an employer has initiated an accommodation proposal that is reasonable and which would, if implemented, fulfill the duty to accommodate, the complainant has a duty to facilitate the implementation of the proposal. If the employee fails to take reasonable steps causing the employer's proposal to founder, the employee's human rights complaint will be dismissed: *Renaud*, at pages 994–995.

[420] While the pre-2006 ICAO standards restricted the capacity in which Mr. Kelly could have continued to fly for Air Canada once he turned 60, there was no licensing or operational restriction that would have prevented him from using his considerable seniority to bid into pilot positions other than that of captain/pilot-in-command, such as a first officer position.

[421] Thus, as of the date of the termination of Mr. Kelly's employment in 2005, there was no legal impediment, other than the mandatory retirement provisions of the Air Canada pension plan and the Air Canada/ACPA collective agreement, that would have precluded him from remaining employed as a pilot with Air Canada.

[422] *Meiorin* imposes both procedural and substantive obligations on employers when dealing with discriminatory employment standards. One important question to be considered in determining whether these obligations have been satisfied is whether the employer

trouver une solution. C'est l'employeur qui est le mieux placé pour déterminer de quelle façon prendre une mesure d'accommodement en faveur du plaignant sans s'ingérer indûment dans le fonctionnement de l'entreprise : voir *Renaud*, précité, à la page 994.

[418] Comme l'a fait remarquer la Cour suprême dans l'affaire *Hydro-Québec*, un employeur a le devoir d'aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l'employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail : au paragraphe 16.

[419] Lorsqu'un employeur a présenté une proposition d'accommodement qui est raisonnable et qui, si elle était mise en œuvre, satisferait à l'obligation d'accommodement, le plaignant a le devoir d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'employé ne prend pas des mesures raisonnables et que cela est à l'origine de l'échec de la proposition, la plainte relative aux droits de la personne de l'employé sera rejetée : *Renaud*, aux pages 994 et 995.

[420] Même si les normes datant d'avant 2006 de l'OACI limitaient la mesure dans laquelle M. Kelly aurait pu continuer de piloter pour Air Canada après avoir eu 60 ans, il n'y avait aucune restriction sur le plan opérationnel ou sur celui de l'octroi d'une licence qui l'aurait empêché de se prévaloir de son ancienneté pour briguer un poste de pilote autre que celui de capitaine ou de pilote-commandant de bord, comme un poste de premier officier.

[421] C'est donc dire que, à la date à laquelle l'emploi de M. Kelly a pris fin en 2005, il n'y avait aucun obstacle juridique, hormis les dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite d'Air Canada et de la convention collective conclue entre ce transporteur et l'APAC, qui l'aurait empêché de demeurer au service d'Air Canada à titre de pilote.

[422] L'arrêt *Meiorin* impose des obligations à la fois procédurales et substantielles aux employeurs quand il est question de normes d'emploi discriminatoires. Une question importante qu'il faut considérer au moment de déterminer si l'on s'est acquitté de ces obligations

has investigated alternative approaches that do not have a discriminatory effect. Another important question is whether there are different ways to perform the job, while still accomplishing the employer's legitimate work-related purpose: see *Meiorin*, at paragraphs 65–66.

[423] That is, it will be incumbent on an employer to show that it had considered and reasonably rejected all viable forms of accommodation: see *Grismer*, at paragraph 42.

[424] The evidence before the Tribunal was that Air Canada never considered whether it was possible to accommodate its over-60 captains, including Mr. Kelly.

[425] We do not know whether flying as a first officer would have been an acceptable alternative for Mr. Kelly. He may well have been willing to start flying as a first officer after he turned 60, if the alternative was that he would have lost his job. We do not know for sure, however, because Mr. Kelly was never given that option. Indeed, no accommodation proposal was ever forthcoming from Air Canada.

[426] Air Canada had an obligation to arrange its employees' duties so as to enable them to do their work, if it could do so without undue hardship. Air Canada did not establish that allowing Mr. Kelly to have continued his pilot career with Air Canada, albeit in a different capacity, would have caused undue hardship to the company in the period leading up to November of 2006.

[427] Moreover, as was the case with Mr. Vilven, Air Canada has not pointed to concrete evidence to show that the answer would have been different, if the Tribunal had considered Air Canada's ability to accommodate all over-60 captains in the period prior to November of 2006. Consequently, the Tribunal's finding of liability for the termination of Mr. Kelly's employment in 2005 was reasonable.

est celle de savoir si l'employeur a cherché des options de rechange qui n'ont pas d'effet discriminatoire. Une autre question importante est celle de savoir s'il y a des moyens différents de faire le travail, tout en répondant aux objectifs de travail légitimes de l'employeur : voir *Meiorin*, aux paragraphes 65 et 66.

[423] C'est-à-dire qu'il incombe à un employeur de montrer qu'il a pris en considération et rejeté de manière raisonnable toutes les formes viables d'accommodement : voir *Grismer*, au paragraphe 42.

[424] Selon la preuve soumise au Tribunal, Air Canada n'a jamais examiné s'il était possible de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de ses capitaines âgés de plus de 60 ans, dont M. Kelly.

[425] Nous ignorons si le fait de piloter un avion à titre de premier officier aurait été pour M. Kelly une solution de rechange acceptable. Il aurait peut-être bien été disposé à commencer à piloter à titre de premier officier après avoir eu 60 ans, si l'autre option avait été de perdre son emploi. Nous ne le savons pas avec certitude, cependant, car cette option n'a jamais été soumise à M. Kelly. En fait, Air Canada n'a jamais formulé une proposition d'accommodement.

[426] Air Canada se trouvait dans l'obligation de structurer les fonctions de ses employés de façon à leur permettre d'effectuer leur travail, s'il était possible de le faire sans contrainte excessive. Air Canada n'a pas établi que le fait de permettre à M. Kelly de poursuivre sa carrière de pilote auprès de la société, quoique à un titre différent, aurait causé à cette dernière une contrainte excessive au cours de la période préalable à novembre 2006.

[427] De plus, comme cela a été le cas pour M. Vilven, Air Canada n'a pas fait état de preuves concrètes montrant que la réponse aurait été différente si le Tribunal avait examiné la capacité d'Air Canada de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit de tous les capitaines âgés de plus de 60 ans au cours de la période préalable à novembre 2006. De ce fait, la conclusion du Tribunal au sujet de la responsabilité de la cessation d'emploi de M. Kelly en 2005 était raisonnable.

[428] The next issue, then, is the reasonableness of the Tribunal's findings with respect to the ability of Air Canada to continue to accommodate over-60 pilots after the coming into force of the new ICAO standards in November of 2006.

G. Accommodation in the Post-November 2006 Period

[429] As was noted earlier, Air Canada says that the Tribunal misunderstood and mischaracterized the evidence put forward by Captain Duke in support of its undue hardship argument. Air Canada also contends that the Tribunal ignored important portions of Captain Duke's evidence as to the operational and scheduling difficulties that would result if Air Canada were required to accommodate pilots over the age of 60. According to counsel for Air Canada, it is "wholly unsatisfactory that such an important issue be resolved on the basis of reasons that are flawed, unreasonable and inadequate."

[430] As will be explained further on in these reasons, Messrs. Vilven and Kelly also take the position that the Tribunal erred in its assessment of the *bona fide* occupational requirement issue, although they say that it ultimately got to the right result, albeit for the wrong reasons.

(i) *The Tribunal's Treatment of Captain Duke's Evidence*

[431] The Tribunal recognized that Air Canada's ability to accommodate pilots over the age of 60 was "more problematic" under the post-November 2006 ICAO standards: Tribunal decision No. 2, at paragraph 95.

[432] Captain Duke's evidence focused on the impact that the elimination of mandatory retirement would have

[428] La question suivante est donc le caractère raisonnable des conclusions du Tribunal au sujet de la capacité d'Air Canada de continuer de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit des pilotes âgés de plus de 60 ans après l'entrée en vigueur des nouvelles normes de l'OACI, en novembre 2006.

G. Les mesures d'accommodement prises au cours de la période postérieure au mois de novembre 2006

[429] Comme il a été signalé plus tôt, Air Canada fait valoir que le Tribunal a mal compris et mal décrit le témoignage du capitaine Duke à l'appui de son argument relatif à la contrainte excessive. Air Canada soutient également que le Tribunal a fait abstraction d'éléments importants du témoignage du capitaine Duke au sujet des difficultés de nature opérationnelle et de production d'horaires de vol qui surviendraient si Air Canada était tenue de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit des pilotes âgés de plus de 60 ans. Selon l'avocat d'Air Canada, il est [TRADUCTION] « tout à fait insatisfaisant qu'une question aussi importante soit réglée à cause de motifs qui sont viciés, déraisonnables et inadéquats ».

[430] Comme je l'expliquerai plus loin, MM. Vilven et Kelly sont également d'avis que le Tribunal a commis une erreur dans son évaluation de la question de l'exigence professionnelle justifiée, même s'ils disent que le Tribunal est finalement arrivé au bon résultat, mais pour les mauvaises raisons.

i) *La façon dont le Tribunal a traité le témoignage du capitaine Duke*

[431] Le Tribunal a reconnu que la capacité d'Air Canada de prendre des mesures d'accommodement à l'endroit des pilotes âgés de plus de 60 ans était « plus problématique » dans le cadre des normes de l'OACI datant d'après le mois de novembre 2006 : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 95.

[432] Le témoignage du capitaine Duke a porté principalement sur l'effet qu'aurait l'élimination de

in relation to several different aspects of Air Canada's operations. One of the issues that he addressed was the uncertainty that could result with respect to the hiring and training of pilots if mandatory retirement were abolished at Air Canada. Captain Duke explained that it takes the company about three months to schedule and train a pilot. As most Air Canada pilots now wait until they reach 60 to retire, this allows Air Canada to predict its staffing and training needs with a relative degree of certainty.

[433] Captain Duke testified that if mandatory retirement were abolished at Air Canada, the airline could be caught short if an over-60 pilot suddenly decided to retire, as nothing in the collective agreement requires pilots to give advance notice of when they intend to retire. According to Captain Duke, an unanticipated retirement could have a serious impact on the company's operations.

[434] Captain Duke conceded that this would not be an issue if Air Canada and ACPA were to agree to a requirement that pilots give a year's advance notice of their intention to retire, or if the Tribunal were to make such an order. While observing that such a requirement could potentially be difficult to enforce as it is hard to force someone to work if they do not want to, Captain Duke acknowledged that economic incentives could be created to encourage the giving of timely notice.

[435] Air Canada does not take issue with this assertion, but says that the Tribunal erred in failing to order that such a provision be included in the Air Canada/ACPA collective agreement. I am not persuaded that the Tribunal erred as alleged.

[436] As noted above, Captain Duke's evidence was that a notice requirement could either be imposed by the Tribunal, or could be negotiated by Air Canada and ACPA. The Tribunal observed that the burden was on Air Canada and ACPA to demonstrate that the renegotiation

la retraite obligatoire en rapport avec plusieurs aspects différents des opérations d'Air Canada. L'un des problèmes qu'il a évoqué était l'incertitude que pouvait faire naître l'éventuelle abolition de la retraite obligatoire à Air Canada sur le plan de l'embauche et de la formation des pilotes. Le capitaine Duke a expliqué qu'il faut à la société environ trois mois pour organiser l'horaire d'un pilote et le former. Comme la plupart des pilotes d'Air Canada attendent maintenant l'âge de 60 ans avant de prendre leur retraite, cela permet à cette société de prévoir avec une certitude relative ses besoins en matière de dotation et de formation.

[433] Le capitaine Duke a déclaré que si l'on abolissait la retraite obligatoire à Air Canada, la société aérienne pourrait être prise de court si un pilote âgé de plus de 60 ans prenait subitement la décision de prendre sa retraite, car rien dans la convention collective n'oblige les pilotes à indiquer à l'avance à quel moment ils ont l'intention de prendre leur retraite. Selon le capitaine Duke, une retraite anticipée pourrait avoir un effet sérieux sur les opérations de la société.

[434] Le capitaine Duke a admis que cela ne serait pas un problème si Air Canada et l'APAC convenaient d'exiger que les pilotes signifient un an à l'avance leur intention de prendre leur retraite, ou si le Tribunal rendait une telle ordonnance. Tout en faisant remarquer que cette exigence serait peut-être ardue à appliquer car il est difficile de forcer une personne à travailler si elle ne le veut pas, le capitaine Duke a reconnu que l'on pouvait créer des incitatifs économiques pour encourager les pilotes à faire connaître leur intention en temps opportun.

[435] Air Canada ne conteste pas cette affirmation, mais dit que le Tribunal a commis une erreur en omettant d'ordonner qu'une telle disposition soit incluse dans la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC. Je ne suis pas convaincue que le Tribunal a commis l'erreur alléguée.

[436] Comme il a été mentionné plus tôt, le capitaine Duke a déclaré que l'obligation de donner un préavis pouvait être soit imposée par le Tribunal, soit négociée par Air Canada et l'APAC. Le Tribunal a fait remarquer qu'il incombait à Air Canada et à l'APAC de faire la

of the collective agreement would constitute undue hardship, and that it was not sufficient to merely assert that this is so without producing evidence to back it up. The Tribunal went on to note that Captain Duke had testified that, with some cooperation from the union, the necessary changes to the workplace rules could indeed be made.

[437] The Tribunal was clearly satisfied that this was a matter that could be worked out between Air Canada and ACPA. As the Tribunal observed, Captain Duke himself had testified that “[w]e are being pushed into a new world here and we are going together in this, so we have to make it work for everyone”: transcript, at page 1438.

[438] The Tribunal went on to note that “[p]resumably as a co-respondent and prompted by the Tribunal’s decision, Air Canada would be motivated to cooperate in this process”: see Tribunal decision No. 2, at paragraphs 153–154. As a matter of law, ACPA would also have an obligation to “make it work”: see *Renaud*, above.

[439] The Tribunal accepted Captain Duke’s evidence on a second point, namely that the post-November 2006 ICAO standards prevented Air Canada from using captains over the age of 65 on its international flights. I do not understand Messrs. Vilven and Kelly to dispute this finding.

[440] The Tribunal did not address Captain Duke’s evidence as it related to Air Canada’s ability to have captains over the age of 65 fly purely domestic routes, as Messrs. Vilven and Kelly had each indicated that they wanted to continue flying internationally. No issue was taken with respect to this point by Air Canada.

[441] The major focus of Captain Duke’s evidence, and of the Tribunal’s analysis, was on the ability of Air Canada to accommodate captains and first officers over the age of 60, in light of the impact of the over/under rule on seniority and scheduling.

preuve que la renégociation de la convention collective serait une contrainte excessive et qu’il ne suffisait pas d’affirmer simplement que c’était le cas sans preuves à l’appui. Le Tribunal a noté ensuite que le capitaine Duke avait déclaré qu’avec un peu de collaboration de la part du syndicat, il était effectivement possible d’apporter les changements voulus aux règles régissant le lieu de travail.

[437] Le Tribunal s’est dit clairement convaincu qu’il s’agissait là d’une question qu’il était possible de régler entre Air Canada et l’APAC. Comme il l’a fait remarquer, le capitaine Duke a déclaré : [TRADUCTION] « Nous nous trouvons dans l’antichambre d’un nouveau monde et c’est tous ensemble que nous devons y entrer, alors nous devons faire en sorte que tout le monde y trouve son compte » : notes sténographiques, à la page 1438.

[438] Le Tribunal a ensuite signalé ceci : « On peut présumer qu’à titre de cointimée, et si elle y est invitée par la décision du Tribunal, Air Canada serait motivée à coopérer dans le cadre de ce processus » : voir la décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 153 et 154. En droit, l’APAC serait également tenue de « faire en sorte que tout le monde y trouve son compte » : voir *Renaud*, précité.

[439] Le Tribunal a admis le témoignage du capitaine Duke sur un second point, c’est-à-dire que les normes de l’OACI postérieures à novembre 2006 empêchaient Air Canada de faire appel à des capitaines âgés de plus de 65 ans pour ses vols internationaux. Selon moi, MM. Vilven et Kelly ne contestent pas cette conclusion.

[440] Le Tribunal n’a pas traité du témoignage du capitaine Duke en rapport avec la capacité d’Air Canada de faire en sorte que les capitaines-commandants de bord âgés de plus de 65 ans effectuent des itinéraires purement intérieurs, car MM. Vilven et Kelly avaient tous deux indiqué qu’ils voulaient continuer de faire des vols internationaux. Air Canada n’a pas contesté ce point.

[441] Le témoignage du capitaine Duke, ainsi que l’analyse du Tribunal, ont principalement porté sur la capacité d’Air Canada de prendre des mesures d’accommodement en faveur des capitaines-commandants de bord et des premiers officiers âgés de plus de 60 ans, compte

[442] Captain Duke presented demographic evidence that showed that within five years of the abolition of mandatory retirement at Air Canada, a very substantial percentage of Air Canada pilots would be over the age of 60, assuming that all of them continued working: see slides 60–68 of Captain Duke's PowerPoint presentation.

[443] Captain Duke says that Air Canada could only accommodate a very limited number of potentially restricted pilots (captains over 60 but under 65, and first officers over 60) before pilot scheduling would become unworkable because of the over/under rule.

[444] To demonstrate the difficulties that Air Canada would encounter if it were required to accommodate over-60 pilots, Captain Duke ran a series of experiments examining the scheduling consequences of having various percentages of A340 captains and first officers being over the age of 60 in Vancouver and Toronto.

[445] He found that a schedule could be arrived at if 10 percent of A340 captains and first officers in Vancouver were over 60. It would, however, result in a number of first officers' seniority not being respected, with some pilots receiving materially lower quality monthly schedules, including being placed on reserve schedules rather than fixed flying schedules. Moreover, the utility of these pilots in providing reserve coverage would be diminished by the fact that potentially restricted pilots could not replace a first officer if the captain on an international flight was over 60.

tenu de l'effet de la règle des 60 ans sur l'ancienneté et l'organisation des horaires de vol.

[442] Le capitaine Duke a présenté des preuves démographiques montrant que dans les cinq années suivant l'abolition de la retraite obligatoire à Air Canada, un pourcentage fort important de pilotes de cette société seraient âgés de plus de 60 ans, en présumant que tous continueraient de travailler : voir les diapositives 60 à 68 de la présentation PowerPoint du capitaine Duke.

[443] Selon le capitaine Duke, Air Canada ne pourrait prendre des mesures d'accommodement qu'envers un nombre très faible de pilotes potentiellement restreints (les capitaines-commandants de bord âgés de plus de 60 ans mais de moins de 65 ans, et les premiers officiers âgés de plus de 60 ans) avant que l'organisation des horaires des pilotes devienne ingérable à cause de la règle des 60 ans.

[444] Pour montrer les difficultés auxquelles Air Canada se heurterait si elle était tenue de prendre des mesures d'accommodement envers les pilotes âgés de plus de 60 ans, le capitaine Duke a passé en revue une série d'expériences examinant les conséquences, sur le plan de l'organisation des horaires de vol, d'avoir des pourcentages différents de capitaines-commandants de bord et de premiers officiers d'A340 âgés de plus de 60 ans à Vancouver et à Toronto.

[445] Il a conclu qu'il était possible d'organiser un horaire de vol si 10 p. 100 des capitaines-commandants de bord et des premiers officiers d'A340 en poste à Vancouver étaient âgés de plus de 60 ans. Cependant, cela aurait pour résultat que l'ancienneté d'un certain nombre de premiers officiers ne serait pas respectée, et certains pilotes obtiendraient des horaires mensuels d'une qualité nettement moindre, dont le fait d'être affectés à des horaires de relève plutôt qu'à des horaires de vol fixe. De plus, l'utilité de ces pilotes, en assurant la relève, serait amoindrie par le fait que les pilotes potentiellement restreints ne pourraient pas remplacer un premier officier si un capitaines-commandants de bord, dans le cadre d'un vol international, était âgé de plus de 60 ans.

[446] No pilot schedule could be generated if the percentage of potentially restricted captains in Vancouver was increased to 20 percent, and the percentage of potentially restricted first officers was increased to 11 percent. This is because there simply would not be enough unrestricted pilots available to fly with the restricted pilots.

[447] Captain Duke's Toronto experiments demonstrated that no solution was possible if more than 30 percent of A340 captains and first officers were potentially restricted. Similarly, no schedule could be generated if more than 20 percent of captains and 40 percent of first officers were potentially restricted.

[448] According to Captain Duke, additional pilots would have to be hired by Air Canada to ensure that all flights could be properly staffed. At the same time, the airline would have to continue paying the over-60 pilots whose services could not be used. The quality of the schedules generated for some pilots would also be negatively affected.

[449] The Tribunal identified several deficiencies in Captain Duke's evidence, which led the Tribunal to conclude that the evidence was not sufficient to establish undue hardship to Air Canada: Tribunal decision No. 2, at paragraph 122. There are, however, a number of problems with the Tribunal's treatment of Captain Duke's evidence.

[450] For example, Captain Duke stated that although a scheduling solution could be found if only 10 percent of Vancouver pilots were "potentially restricted", it would have resulted in some first officers receiving materially lower quality monthly schedules.

[451] The Tribunal noted that "[t]here is no evidence as to the actual number of restricted pilots included in the 10% cohort": Tribunal decision No. 2, at paragraph 122. However, Captain Duke's experiment did not require

[446] Il était impossible de produire un horaire de vol si le pourcentage des capitaines-commandants de bord potentiellement restreints à Vancouver augmentait à 20 p. 100, et le pourcentage des premiers officiers potentiellement restreints à 11 p. 100. Cela était dû au fait qu'il n'y aurait pas assez de pilotes non restreints disponibles pour accompagner les pilotes restreints.

[447] Les expériences du capitaine Duke concernant Toronto ont montré qu'aucune solution n'était possible si plus de 30 p. 100 des capitaines-commandants de bord et des premiers officiers d'A340 étaient potentiellement restreints. Dans le même ordre d'idées, aucun horaire de vol ne pouvait être produit si plus de 20 p. 100 des capitaines-commandants de bord et 40 p. 100 des premiers officiers étaient potentiellement restreints.

[448] Selon le capitaine Duke, il faudrait qu'Air Canada embauche d'autres pilotes pour s'assurer de combler convenablement tous les vols. Parallèlement, la société aérienne aurait à continuer de payer les pilotes âgés de plus de 60 ans dont on ne pourrait pas utiliser les services. La qualité des horaires produits pour certains pilotes serait elle aussi touchée de façon négative.

[449] Le Tribunal a relevé plusieurs lacunes dans le témoignage du capitaine Duke, ce qui l'a amené à conclure que la preuve n'était pas suffisante pour établir que l'on imposerait une contrainte excessive à Air Canada : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 122. Il y a cependant un certain nombre de problèmes dans la façon dont le Tribunal traite le témoignage du capitaine Duke.

[450] Par exemple, le capitaine Duke a déclaré que même si l'on pouvait trouver une solution au problème des horaires de vol si seulement 10 p. 100 des pilotes de Vancouver étaient « potentiellement restreints », cela aurait pour résultat que quelques premiers officiers obtiendraient des horaires mensuels de qualité nettement moindre.

[451] Le Tribunal a fait remarquer ce qui suit : « Il n'y a aucune preuve pour étayer le nombre exact de pilotes restreints formant le groupe de 10 % » : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 122. Cependant, l'expérience du

consideration of the actual number of over-60 captains and first officers in Vancouver at the time. The purpose of the experiment was to determine whether a flight schedule could be produced if 10 percent of each group was potentially restricted.

[452] The Tribunal discounted Captain Duke's evidence on this point on the basis that he had not explained how he had arrived at these conclusions: Tribunal decision No. 2, at paragraph 124. In actual fact, Captain Duke had explained that he had used Air Canada's normal scheduling software, identified certain pilots as restricted under the ICAO standards, and then tried to generate hypothetical schedules in the same way that Air Canada currently generates real monthly schedules: transcript, at pages 1409–1411.

[453] The Tribunal also found that there was “no evidence as to what is a materially lower quality schedule or why this is so”: Tribunal decision No. 2, at paragraph 125. However, Captain Duke had explained in his testimony that a “materially lower quality schedule” was one where senior pilots were awarded the reserve (or “on-call”) duty that would typically be awarded to more junior pilots, as opposed to a fixed, scheduled block of flying: transcript, at pages 1397–1398 and 1410–1411, and slides 16–19 of Captain Duke's PowerPoint presentation.

[454] Captain Duke explained that seniority determines the quality of the schedule that a pilot can obtain. More senior pilots can work fewer days in a month (potentially as few as eight) and can avoid working on weekends. Examples of actual pilot schedules of varying qualities (reflecting varying levels of seniority) were provided to the Tribunal.

[455] It is true that a tribunal is not required to refer to every piece of evidence in the record, and will be presumed

capitaine Duke n'obligeait pas à prendre en considération le nombre réel de capitaines-commandants de bord et de premiers officiers âgés de plus de 60 ans qui se trouvaient à Vancouver à ce moment. L'expérience avait pour objet de déterminer s'il était possible de produire un horaire de vol en tenant compte du fait que 10 p. 100 de chaque groupe était potentiellement restreint.

[452] Le Tribunal a fait abstraction du témoignage du capitaine Duke sur ce point au motif que ce dernier n'avait pas expliqué comment il était arrivé à ces conclusions : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 124. En fait, le capitaine Duke a expliqué qu'il avait utilisé le logiciel ordinaire d'établissement d'horaires d'Air Canada, désigné certains pilotes comme restreints selon les normes de l'OACI et essayé ensuite de produire des horaires hypothétiques en procédant de la même façon qu'Air Canada génère actuellement ses horaires mensuels réels : notes sténographiques, aux pages 1409 à 1411.

[453] Le Tribunal a également conclu qu'il n'y avait « aucun élément de preuve relatif à la définition d'un horaire de vol nettement moins intéressant ou à la raison pour laquelle il en serait ainsi » : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 125. Cependant, le capitaine Duke avait expliqué dans son témoignage qu'« un horaire de vol nettement moins intéressant » était celui dans le cadre duquel on attribuait à un pilote en chef le service de relève (ou « sur appel ») que l'on attribuerait habituellement à des pilotes de moins d'expérience, par opposition à un bloc prévu et fixe de vols : notes sténographiques, aux pages 1397 et 1398 et 1410 et 1411, et diapositives 16 à 19 de la présentation PowerPoint du capitaine Duke.

[454] Le capitaine Duke a expliqué que c'est l'ancienneté qui détermine la qualité de l'horaire qu'un pilote peut obtenir. Les pilotes de plus d'expérience peuvent effectuer moins de jours de travail par mois (parfois aussi peu que huit) et éviter de travailler les fins de semaine. Des exemples d'horaire de pilote réels et de diverses qualités (reflétant des niveaux divers d'ancienneté) ont été fournis au Tribunal.

[455] Il est vrai qu'un tribunal administratif n'est pas tenu de faire référence à tous les éléments de preuve qui

to have considered all of the evidence that is before it: see, for example, *Hassan v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 147 N.R. 317 (F.C.A.). That said, the more important the evidence that is not specifically mentioned and analysed in the tribunal's reasons, the more willing a court may be to infer that the tribunal made an erroneous finding of fact without regard to the evidence: see *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8667, 157 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraphs 14–17.

[456] Captain Duke's evidence was central to Air Canada's *bona fide* occupational requirement defence. Moreover, this is not merely a situation where the Tribunal failed to specifically refer to evidence contrary to its findings. Rather, the Tribunal stated quite categorically that there was "no evidence" on these points, giving rise to the inescapable inference that important portions of Captain Duke's evidence were overlooked.

[457] The Tribunal stated that "no explanation" had been provided for why it was that a schedule could not be generated when the Vancouver experiment shifted to 20 percent of captains and 11 percent of first officers being potentially restricted: Tribunal decision No. 2, at paragraph 127. However, Captain Duke explained why a schedule could not be generated in these circumstances: see transcript, at pages 1411–1417. It was open to the Tribunal to reject this explanation, but its statement that "no explanation" had been provided once again suggests that the evidence on this point was overlooked.

[458] The Tribunal also found that the evidence was "lacking" as to the potential cost that would be incurred by Air Canada if it were required to hire at least one additional pilot while continuing to pay reserve pilots whose services could not be utilized: Tribunal decision No. 2, at paragraph 126.

figurent dans le dossier, et l'on présumera qu'il a pris en considération la totalité des preuves qu'il avait en main : voir, par exemple, *Hassan v. Minister of Employment and Immigration* (1992), 147 N.R. 317 (C.A.F.). Cela dit, plus les éléments de preuve qui ne sont pas expressément mentionnés et analysés dans les motifs du tribunal administratif sont importants, plus une cour de justice sera disposée à inférer que ce tribunal a tiré une conclusion de fait erronée sans tenir compte des éléments dont il disposait : voir *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 14 à 17.

[456] Le témoignage du capitaine Duke était essentiel à la défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée d'Air Canada. Par ailleurs, dans le cas présent, nous n'avons pas affaire simplement à une situation dans laquelle le Tribunal a omis de faire expressément référence à des éléments de preuve qui sont contraires à ses conclusions. Le Tribunal a plutôt déclaré de façon très catégorique qu'il n'y avait « aucune preuve » sur ces points, ce qui donne lieu à l'inférence inévitable que des éléments importants du témoignage du capitaine Duke ont été laissés de côté.

[457] Le Tribunal a indiqué qu'« aucune explication » n'avait été donnée pour justifier pourquoi il était impossible de produire un horaire de vol quand l'expérience, à Vancouver, passait à 20 p. 100 de capitaines-commandants de bord et à 11 p. 100 de premiers officiers potentiellement restreints : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 127. Cependant, le capitaine Duke a expliqué pourquoi il était impossible de produire un horaire de vol dans ces circonstances : voir les notes sténographiques, aux pages 1411 à 1417. Il était loisible au Tribunal de rejeter cette explication, mais le fait de dire qu'« aucune explication » n'avait été fournie donne une fois de plus à penser que la preuve relative à ce point a été laissée de côté.

[458] Le Tribunal a également conclu que « rien n'établissait » le coût potentiel que représenterait pour Air Canada le fait d'engager au moins un autre pilote tout en continuant de rémunérer les pilotes de relève aux services desquels elle ne pouvait pas recourir : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 126.

[459] However, Air Canada had actually provided detailed evidence as to the cost of hiring additional pilots in order to ensure that its reserve requirements were met. Captain Duke testified that the average salary and benefits for an Air Canada pilot is \$177 000 per year. Mr. Harlan Clarke, the Manager, Labour Relations at Air Canada, explained the pay system and pay rates for Air Canada pilots under the terms of the Air Canada/ACPA collective agreement. Mr. Clarke also testified that reserve pilots are guaranteed a minimum payment of 71 hours of pay per month.

[460] No explanation was provided by the Tribunal as to why this evidence was “lacking”. Thus this element of the Tribunal’s decision thus lacks the transparency and accountability required of a reasonable decision.

[461] While agreeing that there were problems with the Tribunal’s analysis, Messrs. Vilven and Kelly urge me to find that its overall conclusion that a *bona fide* occupational requirement defence had not been made out by Air Canada was reasonable. They say that all of the logistical and scheduling problems identified by Captain Duke could be eliminated if Air Canada simply required that all over-60 pilots work as first officers. If there were no over-60 captains/pilots-in-command, Messrs. Vilven and Kelly say that the over/under rule would never come into play.

[462] The difficulty with this argument is that the Tribunal did not offer it as a reason for rejecting Air Canada’s *bona fide* occupational requirement defence. It did touch on possible changes that could be made to the duties of captains/pilots-in-command in order to address the scheduling problems that could result from accommodating over-60 pilots, but did so in the context of its undue hardship analysis as it related to ACPA: Tribunal decision No. 2, at paragraphs 148–151.

[459] Cependant, Air Canada avait bel et bien fourni des preuves détaillées sur ce qu’il en coûterait pour engager d’autres pilotes afin de s’assurer que l’on répondrait à ses besoins de relève. Le capitaine Duke a déclaré que le salaire et les avantages dont bénéficie en moyenne un pilote d’Air Canada sont de 177 000 \$ par année. M. Harlan Clarke, gestionnaire des relations de travail à Air Canada, a expliqué le système de rémunération et les taux correspondants qui s’appliquent aux pilotes d’Air Canada en vertu des clauses de la convention collective conclue entre ce transporteur et l’APAC. M. Clarke a également déclaré que l’on garantit aux pilotes de relève un paiement minimal de 71 heures de rémunération par mois.

[460] Le Tribunal n’a pas expliqué pourquoi « rien n’établissait [ce] coût ». Cet élément de la décision du Tribunal est donc dénué de la transparence et de la responsabilité que requiert une décision raisonnable.

[461] Tout en convenant que l’analyse du Tribunal présentait des problèmes, MM. Vilven et Kelly m’exhortent à conclure que sa conclusion générale — à savoir qu’Air Canada n’avait pas établi le bien-fondé d’une défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée — était raisonnable. Ils disent qu’il serait possible d’éliminer tous les problèmes de logistique et de production d’horaires de vol que le capitaine Duke a mentionnés si Air Canada exigeait simplement que tous les pilotes de plus de 60 ans travaillent comme premiers officiers. S’il n’y avait aucun capitaine ou pilote-commandant de bord âgé de plus de 60 ans, disent MM. Vilven et Kelly, la règle des 60 ans ne s’appliquerait jamais.

[462] La difficulté que présente cet argument est que le Tribunal ne l’a pas évoqué comme raison pour rejeter la défense fondée sur une exigence professionnelle justifiée d’Air Canada. Il a bien parlé de changements qu’il serait possible d’apporter aux fonctions des capitaines et des pilotes-commandants de bord pour régler les problèmes de production d’horaires de vol que pouvait causer le fait de prendre des mesures d’accommodement à l’égard des pilotes âgés de plus de 60 ans, mais dans le contexte de

[463] In reviewing a decision against the reasonableness standard, it is not the role of a reviewing Court to find facts, to reweigh them, or to substitute its decision for that of the Tribunal: see *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, [2012] 2 F.C.R. 312, at paragraph 85. See also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 [cited above], at paragraph 59.

[464] For these reasons, I find that the Tribunal's *bona fide* occupational requirement analysis was not reasonable as it related to Air Canada's ability to accommodate pilots over the age of 60 after November of 2006. Consequently, this aspect of the Tribunal's decision will be set aside.

[465] Before leaving the *bona fide* occupational requirement issue, there is one further matter that must be addressed, and that is a further error in the Tribunal's analysis identified by Messrs. Vilven and Kelly.

(ii) *The Tribunal's Finding Regarding the First Two Elements of the Meiorin Test*

[466] Messrs. Vilven and Kelly take issue with the Tribunal's statement that they had conceded that the first two requirements of the *Meiorin* test had been satisfied: see Tribunal decision No. 2, at paragraph 82. They contend they never conceded that the mandatory retirement provision of the Air Canada/ACPA collective agreement had been adopted for a rational purpose connected with the performance of the job, in the honest and good faith belief that it was necessary to the fulfillment of this work-related objective. Indeed, Messrs. Vilven and Kelly have advanced a number of arguments before this Court as to

son analyse de la contrainte excessive en rapport avec l'APAC : décision n° 2 du Tribunal, aux paragraphes 148 à 151.

[463] Lorsqu'on contrôle une décision par rapport à la norme de la raisonabilité, il n'appartient pas au tribunal de contrôle de constater les faits, de les apprécier à nouveau ou de substituer sa propre décision à celle du Tribunal : voir l'arrêt *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, [2012] 2 R.C.F. 312, au paragraphe 85. Voir également l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 [cité ci-dessus], au paragraphe 59.

[464] Pour ces motifs, je conclus que l'analyse que le Tribunal a faite de l'exigence professionnelle justifiée était déraisonnable à propos de la capacité d'Air Canada de prendre des mesures d'accommodement à l'égard des pilotes âgés de plus de 60 ans après le mois de novembre 2006. De ce fait, cet aspect de la décision du Tribunal sera infirmé.

[465] Avant de quitter la question de l'exigence professionnelle justifiée, il y a un autre point qu'il faut régler, et il s'agit d'une erreur additionnelle dans l'analyse du Tribunal que MM. Vilven et Kelly ont relevée.

ii) *La conclusion du Tribunal au sujet des deux premières conditions du critère énoncé dans l'arrêt Meiorin*

[466] MM. Vilven et Kelly contestent la déclaration du Tribunal selon laquelle ils avaient admis que les deux premières conditions du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* avaient été remplies : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 82. Ils soutiennent n'avoir jamais admis que la disposition en matière de retraite obligatoire qui avait été adoptée dans la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC avait un lien rationnel avec les fonctions du poste occupé, et que cela a été fait de bonne foi, en croyant cela nécessaire pour atteindre cet objectif relié aux fonctions du poste. En fait, MM. Vilven

why the first two elements of the *Meiorin* test had not been satisfied by Air Canada.

[467] A review of the record discloses that a concession with respect to the first two elements of the *Meiorin* test was made before the Tribunal by counsel for the Canadian Human Rights Commission: transcript, at page 1984. No such concession appears to have been made by either Mr. Vilven or Mr. Kelly, or by the interested party, the Fly Past 60 Coalition.

[468] Complainants and the Commission have separate party status before the Tribunal: see subsection 50(1) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27] of the CHRA. Interested party status may also be granted to third parties by the Tribunal: subsection 48.3(10) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27]. The Commission does not represent the interests of complainants before the Tribunal. Rather, the Commission is statutorily mandated to take such position before the Tribunal as, “in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint”: section 51 [as am. *idem*]. As a result, concessions made by the Commission are not binding on either the complainants or on interested parties.

[469] I have already found that the Tribunal’s finding with respect to the *bona fide* occupational requirement issue as it related to the period before November of 2006 was reasonable. Consequently, any error on the part of the Tribunal with respect to the first two elements of the *Meiorin* test is immaterial as it relates to that time frame.

[470] However, I have found that there were a number of errors in the Tribunal’s *bona fide* occupational requirement analysis as it related to the post-November 2006 period, rendering this aspect of the Tribunal’s decision unreasonable.

[471] As a result, the question of whether being under 60 was a *bona fide* occupational requirement for Air

et Kelly ont avancé un certain nombre d’arguments auprès de la Cour quant à la raison pour laquelle Air Canada n’avait pas satisfait aux deux premiers éléments du critère.

[467] Un examen du dossier révèle que l’avocat de la Commission canadienne des droits de la personne a fait une concession au sujet des deux premières conditions du critère énoncé dans l’arrêt *Meiorin* devant le Tribunal : notes sténographiques, à la page 1984. Aucune concession du genre ne semble avoir été faite par M. Vilven ou M. Kelly, ni par la partie intéressée, la Fly Past 60 Coalition.

[468] Les plaignants et la Commission ont le statut de partie distincte devant le Tribunal : voir le paragraphe 50(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la LCDP. Le statut de partie intéressée peut aussi être accordé par le Tribunal à des tierces parties : paragraphe 48.3(10) [édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27]. La Commission ne représente pas les intérêts des plaignants devant le Tribunal; elle est plutôt mandatée par la loi pour adopter l’attitude « la plus proche, à son avis, de l’intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte » : article 51 [mod., *idem*]. De ce fait, les concessions que fait la Commission ne lient ni les plaignants ni les parties intéressées.

[469] J’ai déjà tranché que la conclusion du Tribunal au sujet de la question de l’exigence professionnelle justifiée, en rapport avec la période antérieure au mois de novembre 2006, était raisonnable. Par conséquent, toute erreur de la part du Tribunal au sujet des deux premières conditions du critère énoncé dans l’arrêt *Meiorin* n’est pas pertinente si elle se rapporte à cette époque.

[470] Cependant, j’ai conclu que l’analyse du Tribunal au sujet de l’exigence professionnelle justifiée, relativement à la période postérieure au mois de novembre 2006, comporte un certain nombre d’erreurs qui font que cet aspect de la décision du Tribunal est déraisonnable.

[471] De ce fait, je renverrai la question de savoir si le fait d’être âgé de moins de 60 ans était une exigence

Canada pilots after November of 2006 will be remitted to the same panel of the Tribunal, with the direction that the issue must be examined in light of all three elements of the *Meiorin* test.

X. Remedy

[472] There is a dispute between the parties as to the remedy that should be granted by the Court, in the event that I were to uphold the Tribunal's decision in relation to the Charter question, as I have in fact done.

[473] Shortly before the hearing of these applications for judicial review, Messrs. Vilven and Kelly brought a motion for leave to amend their memorandum of fact and law. They sought to include a request for a declaration that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is inconsistent with the Charter and is of no force and effect by operation of subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]].

[474] Messrs. Vilven and Kelly say that since the commencement of the human rights proceedings, they have sought an order directing Air Canada to cease applying the mandatory retirement provisions of the pension plan and collective agreement to *all* Air Canada pilots.

[475] It is evident from the affidavit sworn in support of the motion that the impetus for the respondents' last-minute motion was a further decision of the Tribunal dealing with the issue of the remedies that were to be granted to Messrs. Vilven and Kelly. This decision was issued a couple of weeks before the commencement of the hearing of these applications.

[476] In its most recent decision, the Tribunal refused to order Air Canada and ACPA to cease applying the mandatory retirement provisions of the collective agreement and Air Canada pension plan to all Air Canada

professionnelle justifiée pour les pilotes d'Air Canada après le mois de novembre 2006 aux mêmes membres instructeurs du Tribunal, en prescrivant que la question soit examinée à la lumière des trois conditions du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*.

X. La mesure de réparation

[472] Il y a un différend entre les parties quant à la mesure de réparation que la Cour devrait accorder, au cas où je confirmerais la décision du Tribunal en rapport avec la question relative à la Charte, ce que j'ai fait en définitive.

[473] Peu avant l'audition des présentes demandes de contrôle judiciaire, MM. Vilven et Kelly ont présenté une requête en vue d'obtenir l'autorisation de modifier leur mémoire des faits et du droit. Ils cherchaient à inclure une demande de déclaration portant que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est incompatible avec la Charte et qu'il est inopérant par application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[474] MM. Vilven et Kelly disent que depuis le début des procédures relatives aux droits de la personne, ils ont demandé une ordonnance prescrivant à Air Canada de cesser d'appliquer à *tous* les pilotes d'Air Canada les dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite et de la convention collective.

[475] Il ressort clairement de l'affidavit souscrit à l'appui de la requête que la présentation de la requête de dernière minute des défendeurs était motivée par une autre décision du Tribunal sur la question des mesures de réparation qu'il convenait d'accorder à MM. Vilven et Kelly. Cette décision a été rendue quelques semaines avant le début de l'audition des présentes demandes.

[476] Dans sa décision la plus récente, le Tribunal a refusé d'ordonner à Air Canada et à l'APAC de cesser d'appliquer à tous les pilotes du transporteur les dispositions en matière de retraite obligatoire figurant

pilots. In the Tribunal's view, Messrs. Vilven and Kelly were seeking to have the remedies granted by the Tribunal extend beyond their own individual complaints.

[477] Citing the decision of the Supreme Court of Canada in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, above, the Tribunal observed that it did not have the power to make a general declaration of legislative invalidity. In the Tribunal's view, the appropriate remedy was for it to rescind the termination of Messrs. Vilven and Kelly's employment by ordering Air Canada to cease applying the mandatory retirement provisions of the pension plan to them. The Tribunal further ordered that the discriminatory practice be redressed by directing Air Canada to reinstate Messrs. Vilven and Kelly.

[478] Air Canada and ACPA oppose the motion on the basis that, as respondents to applications for judicial review, Messrs. Vilven and Kelly are not entitled to the declaratory relief that they are seeking. According to the applicants, if Messrs. Vilven and Kelly are successful in defending the applications, the only remedy available to the Court under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* is to dismiss the applications.

[479] The constitutional remedies available to administrative tribunals (including the Canadian Human Rights Tribunal) are limited. Tribunals do not have the power to grant general declarations of invalidity. A determination by a tribunal that a provision of its enabling statute is invalid pursuant to the Charter will not be binding on future decision makers: see *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, at paragraph 31.

[480] This Court clearly possesses the jurisdiction to hear constitutional challenges in the context of applications for judicial review, and to grant declaratory relief in that regard: see *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341 (C.A.), and *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship*

et dans la convention collective et dans le régime de retraite d'Air Canada. De l'avis du Tribunal, MM. Vilven et Kelly cherchaient à obtenir que les mesures de réparation accordées par le Tribunal s'étendent au-delà de leurs propres plaintes particulières.

[477] Citant la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, précité, le Tribunal a fait remarquer qu'il n'était pas habilité à formuler une déclaration générale d'invalidité législative. De l'avis du Tribunal, la mesure de réparation qui convenait consistait à annuler la cessation de l'emploi de MM. Vilven et Kelly en ordonnant à Air Canada de cesser d'appliquer à ces deux hommes les dispositions en matière de retraite obligatoire du régime de retraite. Le Tribunal a de plus ordonné que l'on corrige la pratique discriminatoire en ordonnant à Air Canada de réintégrer MM. Vilven et Kelly.

[478] Air Canada et l'APAC s'opposent à la requête au motif que MM. Vilven et Kelly, à titre de défendeurs dans des demandes de contrôle judiciaire, n'ont pas droit au jugement déclaratoire qu'ils souhaitent. Selon les demanderesse, si MM. Vilven et Kelly ont gain de cause dans les demandes, la seule réparation que peut accorder la Cour en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* est le rejet des demandes.

[479] Les mesures de réparation constitutionnelles que peuvent prendre les tribunaux administratifs (et cela inclut le Tribunal canadien des droits de la personne) sont restreintes. Ces tribunaux ne sont pas habilités à accorder des déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif selon laquelle une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la Charte ne lie pas les décideurs ultérieurs : voir *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, au paragraphe 31.

[480] La Cour a manifestement compétence pour entendre une contestation de nature constitutionnelle dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire, ainsi que de rendre un jugement déclaratoire à cet égard. Voir les arrêts *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.), et *Gwala c.*

and Immigration), [1999] 3 F.C. 404 (C.A.). It should be noted, however, that in both of these cases it was the *applicant* who was seeking the declaratory relief.

[481] The Court's power to grant declaratory relief is predicated upon there first being a finding that the tribunal in question erred in one of the ways identified in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*. This provision states that the Federal Court may grant relief (including declaratory relief) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal erred.

[482] I have concluded that the Tribunal did not err in finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is not saved by section 1 of the Charter. Consequently, the remedial powers conferred on the Court by subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act* are not engaged. The proper remedy is for the Court to dismiss Air Canada and ACPA's applications for judicial review insofar as they relate to the Charter issue.

[483] Messrs. Vilven and Kelly argue that despite the wording of section 18.1 of the *Federal Courts Act*, this Court nevertheless has the power to grant a general declaration of invalidity with respect to paragraph 15(1)(c) of the CHRA under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Subsection 52(1) states that "[t]he 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." They have not, however, identified a single case where declaratory relief, whether constitutional or otherwise, has been granted to a *respondent* on an application for judicial review.

[484] Assuming, without deciding, that such a constitutional remedy could ever be granted to a responding party on an application for judicial review such as this, there are two reasons why I do not think it appropriate to do so here.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 3 C.F. 404 (C.A.). Il convient toutefois de signaler que, dans ces deux arrêts, c'était la *partie demanderesse* qui sollicitait le jugement déclaratoire.

[481] Le pouvoir qu'a la Cour d'accorder un jugement déclaratoire est subordonné au fait qu'il soit tout d'abord conclu que le tribunal administratif en question a commis une erreur de l'une des quatre façons mentionnées au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Selon cette disposition, la Cour fédérale peut accorder les mesures prévues (y compris un jugement déclaratoire) si elle est persuadée que l'office fédéral a commis une erreur.

[482] J'ai conclu que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'est pas sauvegardé par l'article premier de la Charte. Les pouvoirs de réparation que le paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour n'entrent donc pas en jeu. La mesure de réparation appropriée consiste, pour la Cour, à rejeter les demandes de contrôle judiciaire d'Air Canada et de l'APAC dans la mesure où elles se rapportent à la question relative à la Charte.

[483] MM. Vilven et Kelly soutiennent qu'en dépit du libellé de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour a néanmoins le pouvoir d'accorder une déclaration générale d'invalidité en rapport avec l'alinéa 15(1)c) de la LCDP en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon ce paragraphe : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. » MM. Vilven et Kelly n'ont cependant pas mentionné une affaire unique dans laquelle un jugement déclaratoire, d'ordre constitutionnel ou d'une autre nature, a été accordé à une *partie défenderesse* dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[484] En présumant, sans toutefois trancher la question, qu'une telle mesure de réparation constitutionnelle peut être accordée à une partie défenderesse dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire comme les présentes, il y a deux raisons pour lesquelles je ne crois pas qu'il est approprié de le faire en l'espèce.

[485] The first is that what Messrs. Vilven and Kelly are really trying is to do is to mount a collateral attack on the Tribunal's remedial decision. That decision is not before me. If the respondents are not content with the remedies that were granted by the Tribunal, it is open to them to seek judicial review of the Tribunal's remedial decision.

[486] The second reason that I would decline to grant such relief is that although the federal and provincial attorneys general would have been aware that constitutional validity of paragraph 15(1)(c) of the CHRA was at issue in this proceeding by virtue of the notice of constitutional question served by ACPA, this notice was served in the context of applications for judicial review brought by ACPA and Air Canada, and not by Messrs. Vilven and Kelly.

[487] In these circumstances, I do not believe that the attorneys general could reasonably have anticipated that Messrs. Vilven and Kelly would be seeking a general declaration of invalidity with respect to paragraph 15(1)(c) of the CHRA. This is especially so in light of the fact that there was no reference to such relief being sought in Messrs. Vilven and Kelly's memorandum of fact and law.

[488] A general declaration of invalidity could potentially have widespread implications for many federally regulated workplaces. Had the attorneys general been aware that such relief was being sought by the respondents, it could well have affected their decisions as to whether or not to participate in this proceeding. It is entirely possible that one or more attorneys general may have wished to make submissions, either with respect to the constitutional validity of the legislation generally, or as to whether any declaratory order should provide for a period of suspension and what that period should be.

[489] In the absence of any claim of prejudice on the part of Air Canada and ACPA resulting from the lateness of the motion, I would grant leave to Messrs. Vilven and Kelly to amend their memorandum of fact and law to seek declaratory relief. However, for the reasons given, I

[485] La première est que ce que MM. Vilven et Kelly tentent en réalité de faire est d'attaquer indirectement la décision réparatrice du Tribunal. Je ne suis pas saisi de cette décision. Si les défendeurs sont insatisfaits des mesures de réparation que le Tribunal a accordées, il leur est loisible de demander le contrôle judiciaire de la décision réparatrice du Tribunal.

[486] La seconde raison pour laquelle je refuserais d'accorder une telle mesure de réparation est que, même si le procureur général fédéral et ceux des provinces avaient été au courant que l'on contestait la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP à cause de l'avis de question constitutionnelle signifié par l'APAC, cet avis a été signifié dans le contexte de demandes de contrôle judiciaire déposées par l'APAC et Air Canada, et non pas par MM. Vilven et Kelly.

[487] Dans ces circonstances, je ne crois pas que les procureurs généraux auraient pu raisonnablement anticiper que MM. Vilven et Kelly chercheraient à obtenir une déclaration générale d'invalidité en rapport avec l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. Cela est particulièrement vrai au vu du fait que, dans le mémoire des faits et du droit de MM. Vilven et Kelly, rien n'est dit au sujet de l'obtention d'une telle mesure de réparation.

[488] Une déclaration générale d'invalidité est susceptible d'avoir de vastes répercussions pour de nombreux lieux de travail assujettis à la réglementation fédérale. Si les procureurs généraux avaient su que les défendeurs sollicitaient une telle mesure, cela aurait pu fort bien influencer leur décision quant au fait de participer ou non à l'instance. Il est tout à fait possible qu'un ou plusieurs procureurs généraux auraient voulu présenter des observations, soit au sujet de la validité constitutionnelle de la loi en général, soit au sujet du fait de savoir si un jugement déclaratoire devrait prévoir une période de suspension et, si oui, de quelle durée.

[489] En l'absence de toute prétention de préjudice de la part d'Air Canada et de l'APAC par suite de la tardiveté de la requête, j'autoriserais MM. Vilven et Kelly à modifier leur mémoire des faits et du droit en vue de solliciter un jugement déclaratoire. Cependant, pour

decline to grant the relief sought by the amendment.

les motifs indiqués, je refuse d'accorder la mesure de réparation que l'on tente d'obtenir par la modification.

XI. Conclusion

[490] For these reasons, I have concluded that the finding of the Canadian Human Rights Tribunal that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is not a reasonable limit demonstrably justifiable in a free and democratic society as contemplated by section 1 of the Charter was correct. Consequently, ACPA's application for judicial review is dismissed in its entirety. Air Canada's application for judicial review is also dismissed, as it relates to the Charter issue.

XI. Conclusion

[490] Pour ces motifs, j'ai décidé que la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'est pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, comme l'envisage l'article premier de la Charte, est correcte. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de l'APAC est rejetée dans son intégralité. La demande de contrôle judiciaire d'Air Canada est rejetée elle aussi, dans la mesure où elle se rapporte à la question relative à la Charte.

[491] The Tribunal's finding that Air Canada had not established that being under the age of 60 was a *bona fide* occupational requirement for its airline pilots at the time that Messrs. Vilven and Kelly's employment was terminated in 2003 and 2005 respectively was reasonable. However, the Tribunal's finding that Air Canada had not established that age was a *bona fide* occupational requirement for its pilots in light of the post-November 2006 ICAO standards was not reasonable.

[491] La conclusion du Tribunal selon laquelle Air Canada n'a pas établi que le fait d'être âgé de moins de 60 ans était une exigence professionnelle justifiée pour ses pilotes de ligne à l'époque où il a été mis fin à l'emploi de MM. Vilven et Kelly en 2003 et en 2005, respectivement, est raisonnable. Cependant, la conclusion du Tribunal selon laquelle Air Canada n'a pas établi que l'âge était une exigence professionnelle justifiée pour ses pilotes au vu des normes postérieures au mois de novembre 2006 de l'OACI ne l'est pas.

[492] As result, Air Canada's application for judicial review as it relates to the *bona fide* occupational requirement issue will be allowed in part. The question of whether Air Canada has established that age was a *bona fide* occupational requirement for its airline pilots after November of 2006 is remitted to the same panel of the Tribunal, if available, for redetermination on the basis of the existing record, in light of all three elements of the *Meiorin* test.

[492] De ce fait, la demande de contrôle judiciaire d'Air Canada, relativement à la question de l'exigence professionnelle justifiée, sera accueillie en partie. La question de savoir si Air Canada a établi que l'âge était une exigence professionnelle justifiée pour ses pilotes de ligne après le mois de novembre 2006 est renvoyée aux mêmes membres instructeurs du Tribunal, s'ils sont disponibles, afin de rendre une nouvelle décision sur le fondement du dossier existant, et ce, en tenant compte des trois conditions du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*.

XII. Costs

[493] As success in this matter was divided, each party should bear its own costs.

XII. Les dépens

[493] Les deux parties ayant eu partiellement gain de cause, chacune devrait assumer les dépens qui lui sont propres.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. ACPA's application for judicial review is dismissed.
2. Air Canada's application for judicial review is dismissed, as it relates to the section 1 Charter issue.
3. Air Canada's application for judicial review is granted, in part, as it relates to the Tribunal's finding that Air Canada had not demonstrated that age was a *bona fide* occupational requirement for its pilots.
4. The question of whether age was a *bona fide* occupational requirement for Air Canada pilots after November of 2006 is remitted to the same panel of the Tribunal, if available, for re-determination in accordance with these reasons, on the basis of the existing record.
5. Each party shall bear their own costs.

APPENDIX

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6

Prohibited grounds of discrimination

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.

...

Employment

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire de l'APAC est rejetée.
2. La demande de contrôle judiciaire d'Air Canada est rejetée, en rapport avec la question relative à l'article premier de la Charte.
3. La demande de contrôle judiciaire d'Air Canada est accordée en partie, en rapport avec la conclusion du Tribunal selon laquelle Air Canada n'a pas établi que l'âge était une exigence professionnelle justifiée pour ses pilotes.
4. La question de savoir si l'âge était une exigence professionnelle justifiée pour les pilotes d'Air Canada après le mois de novembre 2006 est renvoyée aux mêmes membres instructeurs du Tribunal, s'ils sont disponibles, pour rendre une nouvelle décision conforme aux présents motifs, sur le fondement du dossier existant.
5. Chaque partie assumera les dépens qui lui sont propres.

ANNEXE

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6

3. (1) Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

[...]

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

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

	(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee, on a prohibited ground of discrimination.	b) de le défavoriser en cours d'emploi.	
	...	[...]	
Employee organizations	9. (1) It is a discriminatory practice for an employee organization on a prohibited ground of discrimination	9. (1) Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour une organisation syndicale :	Organisations syndicales
	(a) to exclude an individual from full membership in the organization;	a) d'empêcher l'adhésion pleine et entière d'un individu;	
	(b) to expel or suspend a member of the organization; or	b) d'expulser ou de suspendre un adhérent;	
	(c) to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would deprive the individual of employment opportunities, or limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual, where the individual is a member of the organization or where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual.	c) d'établir, à l'endroit d'un adhérent ou d'un individu à l'égard de qui elle a des obligations aux termes d'une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l'organisation, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d'emploi ou d'avancement, soit de limiter ses chances d'emploi ou d'avancement, ou, d'une façon générale, de nuire à sa situation.	
Exception	(2) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice for an employee organization to exclude, expel or suspend an individual from membership in the organization because that individual has reached the normal age of retirement for individuals working in positions similar to the position of that individual.	(2) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) le fait pour une organisation syndicale d'empêcher une adhésion ou d'expulser ou de suspendre un adhérent en appliquant la règle de l'âge normal de la retraite en vigueur pour le genre de poste occupé par l'individu concerné.	Exception
Discriminatory policy or practice	10. It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization	10. Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :	Lignes de conduite discriminatoires
	(a) to establish or pursue a policy or practice, or	a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;	
	(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment, that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.	b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.	
	...	[...]	

Exceptions	<p>15. (1) It is not a discriminatory practice if</p> <p>(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a <i>bona fide</i> occupational requirement;</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :</p> <p>a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Exceptions
Accommodation of needs	<p>(2) For any practice mentioned in paragraph (1)(a) to be considered to be based on a <i>bona fide</i> occupational requirement and for any practice mentioned in paragraph (1)(g) to be considered to have a <i>bona fide</i> justification, it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.</p>	<p>(2) Les faits prévus à l'alinéa (1)a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa (1)g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.</p>	Besoin des individus
<p><i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>, being Part I of the <i>Constitution Act, 1982</i>, Schedule B, <i>Canada Act 1982, 1982</i>, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]</p>		<p><i>Charte canadienne des droits et libertés</i>, qui constitue la partie I de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i>, annexe B, <i>Loi de 1982 sur le Canada</i>, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]</p>	
Rights and freedoms in Canada	<p>1. The <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> 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.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>1. La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> 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.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Droits et libertés au Canada
Equality before and under law and equal protection and benefit of law	<p>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.</p>	<p>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.</p>	Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

PATENTS

Counterclaim for damages by Teva Canada Limited (Teva) pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 8 as result of delay caused by Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi) exercising rights under Regulations to stay issuance of notice of compliance to Teva to prohibit Teva from selling generic version of drug ramipril—Decision with respect to Sanofi’s claim of invalidity of Regulations, s. 8 rendered under separate reasons (2012 FC 551); second action for damages released concurrently (2012 FC 553)—In assessing award of damages, Court having to consider hypothetical question, or “but for” world, of what would have happened if Sanofi had not brought application for prohibition by determining, *inter alia*, duration of relevant period, portion of generic market that would have been held by Teva—Parties disputing, *inter alia*, commencement date of relevant period for computing loss—Teva arguing commencement date prior to certification date, beginning of statutory stay—This argument premised on claim that commencement date to be determined in absence of Regulations, that Teva should be considered only generic manufacturer of ramipril during relevant period—Teva’s claim that start date to be determined “in the absence of these Regulations” overstating effect of that phrase in Regulations, s. 8(1)(a)—Phrase only modifying certification date, referring to absence of Regulations, s. 6 prohibition order, not to absence of Regulations generally—Limiting first person’s liability to some period following commencement of statutory stay not requiring radical re-writing, reading in of Regulations, as s. 8(1) already referencing statutory stay—This interpretation consistent with *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389—Teva’s interpretation of s. 8(1)(a), effect of words “in the absence of these Regulations” on commencement date rejected—Reading words of s. 8 in their context, grammatical, ordinary sense, harmoniously with scheme, object of Regulations, intention of Parliament resulting in conclusion that liability period cannot predate statutory stay—As to assessment of Teva’s share of generic market, s. 8 requiring consideration of generic competition in hypothetical world—Market share captured by other generics in “but for” world accordingly considered—Court rejecting argument that one “but for” world be established, applied to present case, any other case involving genericization of ramipril—Assessment of damages to be made on facts of each case—Regulations contemplating “multi-generic” universe—Matter referred back to parties to determine final quantum of damages.

SANOFI-AVENTIS CANADA INC. v. TEVA CANADA LIMITED (T-1161-07, 2012 FC 552, Snider J., public reasons for judgment dated May 23, 2012, 133 pp.)

INFRINGEMENT

Application pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to respondent (Apotex Inc.) for topical ophthalmic product until expiry of Canadian Patent No. 2440764 ('764 patent)—Respondent alleging invalidity of '764 patent on grounds of anticipation, obviousness—Principal issue whether applicants having discharged burden of demonstrating that respondent’s allegation of invalidity not justified—Previous decision in *Allergan Inc. v. Canada (Health)*, 2011 FC 1316 (*Sandoz*) regarding '764 patent determining that allegations of invalidity for obviousness not justified—Court herein having to consider principle of judicial comity—Court must discern evidence, argument from reasons of previous decision; compare that evidence, argument with those at hand; determine meaningful differences; give respect to earlier decision unless differences determinative, previous decision containing

PATENTS—Concluded

critical error of law or if law having changed—Obviousness considered in *Sandoz* with different evidence, expert witnesses—Interpretation in *Sandoz* of what constitutes inventive concept not matter of comity—Interpretation of patent specification like interpretation of contract between parties—Level of comity owed by one judge in interpretation of same contract by another judge not as great as level of comity owed when statute or regulation interpreted—Apparent on evidence in present case that respondent's allegations as to obviousness justified—However, as to judicial comity, no real way to measure whether evidence, argument before Court in *Sandoz* “different” or “better”—Evidence, argument of same kind—Federal Court of Appeal should consider contradictory decisions, give clear instructions as to how in NOC context previous decisions of Court on same issues, same patent should be considered—Granting order for prohibition only practical way to get matter before Federal Court of Appeal—Application allowed.

ALLERGAN INC. v. CANADA (HEALTH) (T-1560-10, 2012 FC 767, Hughes J., judgment dated June 18, 2012, 111 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

BREVETS

Demande reconventionnelle en dommages-intérêts présentée par Teva Canada Limitée (Teva) en vertu de l'article 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* DORS/93-133, en raison d'un retard attribuable à l'exercice, par Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi), de ses droits aux termes du Règlement en vue d'obtenir un sursis réglementaire à la délivrance d'un avis de conformité à Teva, afin d'interdire à Teva de vendre la version générique du médicament ramipril—La décision relative aux allégations d'invalidité de l'article 8 du Règlement formulées par Sanofi a été rendue dans le cadre de motifs distincts (2012 CF 551); la décision sur une deuxième action en dommages-intérêts a été rendue simultanément (2012 CF 553)—Pour évaluer l'attribution de dommages-intérêts, la Cour doit examiner un scénario hypothétique, soit ce qui se serait produit si Sanofi n'avait pas présenté de demande d'interdiction en déterminant, notamment, la durée de la période en cause et la part du marché de médicaments génériques qui aurait été détenue par Teva—Les parties ont débattu notamment de la date du début de la période devant servir au calcul de la perte—Teva soutenait que la date de début était antérieure à la date attestée, soit au début de la période de sursis réglementaire—Cet argument reposait sur l'assertion selon laquelle la date de début devait être déterminée en l'absence du règlement, et que Teva devrait être considérée comme le seul fabricant d'une version générique du ramipril durant la période en cause—L'allégation de Teva selon laquelle il faut établir la date de début « en l'absence du présent Règlement » exagère l'effet de cette expression à l'art. 8(1)a—Cette expression modifie uniquement la date attestée, en référence à l'hypothèse de l'absence d'une ordonnance d'interdiction aux termes de l'article 6, et non à l'absence de règlement dans son ensemble— Limiter la responsabilité de la première personne à une période postérieure au début du sursis réglementaire n'exigerait pas une réécriture radicale et une interprétation large du Règlement, car l'art. 8(1) fait déjà référence au sursis réglementaire— Cette interprétation est conforme à la décision rendue dans *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389—L'interprétation avancée par Teva de l'art. 8(1)a) et de l'effet de l'expression « en l'absence du présent Règlement » sur la date de début est rejetée—Après avoir lu l'art. 8 dans son contexte, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit du Règlement, l'objet de ce Règlement et l'intention du législateur, la Cour a conclu que la période de responsabilité ne peut pas commencer avant l'imposition du sursis réglementaire—En ce qui a trait à l'évaluation de la part du marché générique de Teva, l'article 8 exige la prise en considération des rivaux génériques dans le monde hypothétique—Il faut donc tenir compte de la part du marché que les autres fabricants génériques auraient acquise dans le monde hypothétique—La Cour a rejeté la demande l'exhortant à établir un seul monde hypothétique qui s'appliquerait à la présente affaire et à toute autre cause se rapportant à la générisation du ramipril—L'évaluation des dommages-intérêts doit se faire à la lumière des faits se rapportant à chaque cause—Le Règlement prévoit un monde qui comporte « plusieurs fabricants génériques »—L'affaire a été renvoyée aux parties afin qu'elles déterminent le montant final des dommages-intérêts.

SANOFI-AVENTIS CANADA INC. C. TEVA CANADA LIMITÉE (T-1161-07, 2012 CF 552, juge Snider, motifs publics du jugement en date du 23 mai 2012, 133 p.)

CONTREFAÇON

Demande présentée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* DORS/93-133, visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité au défendeur (Apotex Inc.) pour un produit ophtalmique topique avant

BREVETS—Fin

l'expiration du brevet canadien n° 2440764 (brevet '764)—Le défendeur allègue que le brevet '764 est invalide pour cause d'antériorité et d'évidence—La question principale est celle de déterminer si les demandresses se sont acquittées de leur fardeau de démontrer que l'allégation d'invalidité avancée par le défendeur n'était pas justifiée—Une décision antérieure, dans *Allergan Inc. c. Canada (Santé)*, 2011 CF 1316 (*Sandoz*) concernant le brevet '764, déterminait que les allégations d'invalidité pour cause d'évidence n'étaient pas justifiées—La Cour doit tenir compte du principe de la courtoisie judiciaire—La Cour doit distinguer la preuve et les arguments des motifs de la décision antérieure; elle doit comparer cette preuve et ces arguments avec ceux en l'espèce; elle doit déterminer les différences véritables; se conformer à la décision antérieure, à moins que les différences ne soient déterminantes, que la décision antérieure ne soit entachée d'une erreur de droit cruciale ou si le droit a changé entre-temps—L'évidence est examinée dans la décision *Sandoz* en fonction d'éléments de preuve et de témoins experts différents—L'interprétation dans la décision *Sandoz* de ce qui constitue l'idée originale n'est pas une question de courtoisie—L'interprétation du mémoire descriptif d'un brevet s'apparente à l'interprétation d'un contrat entre des parties—Le degré de courtoisie judiciaire qui doit être appliqué à l'interprétation antérieure d'un même contrat par un autre juge n'est pas aussi élevé que celui qui est exigé pour l'interprétation de dispositions législatives ou réglementaires—Il apparaît dans la preuve en l'espèce que les allégations du défendeur quant à l'évidence étaient fondées—Cependant, en ce qui concerne la courtoisie judiciaire, il n'existe pas de véritable façon de mesurer si la preuve et les arguments présentés à la Cour dans la décision *Sandoz* sont « différents » ou « meilleurs »—La preuve et les arguments sont de même nature—La Cour d'appel fédérale devrait prendre acte des décisions contradictoires, donner des instructions claires sur la manière dont, dans le contexte d'un avis de conformité, il convient de considérer les décisions antérieures de la Cour sur les mêmes questions et les mêmes brevets—L'octroi d'une ordonnance d'interdiction est le seul moyen pratique de saisir la Cour d'appel fédérale de l'affaire—Demande accueillie.

ALLERGAN INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-1560-10, 2012 CF 767, juge Hughes, jugement en date du 18 juin 2012, 111 p.)