

A-107-11  
2012 FCA 209

A-107-11  
2012 CAF 209

**Air Canada Pilots Association** (*Appellant*)

**Association des pilotes d'Air Canada** (*appelante*)

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** (*intimés*)

and

et

**Attorney General of Canada** (*Respondent as of right under section 57 of the Federal Courts Act*)

**Procureur général du Canada** (*intimé de plein droit en vertu de l'article 57 de la Loi sur les Cours fédérales*)

**INDEXED AS: AIR CANADA PILOTS ASSOCIATION V. KELLY**

**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR CANADA C. KELLY**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Layden-Stevenson\* and Gauthier J.J.A.—Ottawa, November 22, 2011; July 17, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Layden-Stevenson\* et Gauthier, J.C.A.—Ottawa, 22 novembre 2011, 17 juillet 2012.

\* Layden-Stevenson J.A. was unable to participate in the Court's deliberations and died on June 27, 2012. This judgment and the reasons are issued under subsection 45(3) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

\* La juge Layden-Stevenson n'a pas pu prendre part aux délibérations de la Cour. Elle est décédée le 27 juin 2012. L'arrêt motivé de la Cour est rendu aux termes du paragraphe 45(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

*Human Rights — Labour relations — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not saved by Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Respondents forced to retire as pilots at age 60 due to mandatory retirement — Federal Court finding s. 15(1)(c) not minimally impairing respondents' right, benefits of s. 15(1)(c) not proportional to its deleterious effects — Determining McKinney v. University of Guelph (S.C.C.) not applicable herein — McKinney binding on Tribunal, Federal Court — Federal Court confusing issues of individual's knowledge of factual circumstances giving rise to claim that rights violated, legal analysis required to determine if rights violated — McKinney accurately describing thrust of s. 15(1)(c), addressing issue of mandatory retirement generally — McKinney deciding that mandatory retirement justified under Charter, s. 1 when arrangement advantageous for employers, employees — Nothing in McKinney suggesting that mandatory retirement prior to age 65 not permitted — S. 15(1)(c) constitutionally valid, 60 normal retirement age for persons working in positions similar to respondents' — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.*

*Droits de la personne — Relations de travail — Appel et appel incident interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés — Les intimés devaient prendre leur retraite, en tant que pilotes, à l'âge de 60 ans, en raison de dispositions relatives à la retraite obligatoire — Selon la conclusion de la Cour fédérale, l'art. 15(1)c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des intimés d'être libres de toute mesure discriminatoire, et les avantages que procure l'art. 15(1)c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes — La Cour fédérale a déterminé que l'arrêt McKinney c. Université de Guelph (C.S.C.) était inapplicable en l'espèce — L'arrêt McKinney s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale — La Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient de procéder pour décider s'il y a eu violation des droits en question — L'arrêt McKinney décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'art. 15(1)c) en se*

*Judges and Courts — Stare decisis — Federal Court upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not saved by Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Federal Court distinguishing McKinney v. University of Guelph (S.C.C.) — Finding that McKinney not final word on mandatory retirement — Whether Tribunal, Federal Court bound to follow McKinney — McKinney binding on Tribunal, Federal Court — Supreme Court in McKinney leaving door open to revisit issue of mandatory retirement for itself, not for lower courts — Differences in evidentiary records in present case, McKinney not justifying departure from established case law — Such departure at odds with stare decisis.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Federal Court upholding Canadian Human Rights Tribunal finding that Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) not saved by Charter, s. 1 — Distinguishing McKinney v. University of Guelph (S.C.C.) — Whether s. 15(1)(c) demonstrably justified as reasonable limitation pursuant to Charter, s. 1 — McKinney binding on Tribunal, Federal Court — McKinney accurately describing thrust of s. 15(1)(c), addressing issue of mandatory retirement generally — McKinney deciding that mandatory retirement justified under Charter, s. 1 when arrangement advantageous for employers, employees — Nothing in McKinney suggesting that mandatory retirement prior to age 65 not permitted — S. 15(1)(c) constitutionally valid.*

This was an appeal and cross-appeal from a Federal Court decision upholding a Canadian Human Rights Tribunal finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA), which is an exception to the prohibition against

*prononçant sur la question de la retraite obligatoire en général — L'arrêt McKinney a conclu que la retraite obligatoire est justifiée au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés — Rien dans l'arrêt McKinney ne permet de dire que la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans n'est pas autorisée — L'art. 15(1)c) est constitutionnellement valide, et 60 ans est l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi — Appel accueilli; appel incident rejeté.*

*Juges et Tribunaux — Stare decisis — La Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés — La Cour fédérale a différencié l'affaire en cause de la situation visée par l'arrêt McKinney c. Université de Guelph (C.S.C.) — Elle a conclu que l'arrêt McKinney ne tranchait pas de manière définitive la question de la retraite obligatoire — Il s'agissait de savoir si le Tribunal et la Cour fédérale sont tenus de suivre l'arrêt McKinney — L'arrêt McKinney lie le Tribunal et la Cour fédérale — La Cour suprême a, dans l'arrêt McKinney, fait qu'il lui est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, ce qui n'est pas le cas pour les tribunaux d'instance inférieure — Des différences au niveau des dossiers de preuve entre la présente affaire et l'affaire McKinney ne justifient pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie — Un tel écart serait contraire à la règle du stare decisis.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — La Cour fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte — La Cour fédérale a différencié l'affaire en cause de la situation visée par l'arrêt McKinney c. Université de Guelph (C.S.C.) — Il s'agissait de savoir si l'art. 15(1)c) peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte — L'arrêt McKinney lie le Tribunal et la Cour fédérale — L'arrêt McKinney décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'art. 15(1)c); la Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général — L'arrêt McKinney conclut que la retraite obligatoire peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt des employeurs et des employés — Rien, dans l'arrêt McKinney, ne permet de dire que la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans n'est pas autorisée — L'art. 15(1)c) est constitutionnellement valide.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale confirmant la conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne, selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de*

age-based discrimination in the employment context, was not saved by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

The respondents George Vilven and Robert Neil Kelly are former Air Canada pilots who were forced to retire at age 60 due to the mandatory retirement provisions in both their collective agreement and in their pension plan. The Federal Court found that paragraph 15(1)(c) did not minimally impair the respondents' right to be free from discrimination, and that the benefits achieved by paragraph 15(1)(c) were not proportional to its deleterious effects. However, it declined to grant a declaration of invalidity with respect to paragraph 15(1)(c). The Federal Court determined that *McKinney v. University of Guelph*, wherein the Supreme Court decided that the combined effect of subsection 4(1) and paragraph 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981* (Code) denying the protection of the Code to workers over the age of 65 was constitutionally valid, did not apply to the case before it. In distinguishing *McKinney* from the present case, the Federal Court identified: differences in the legislative history and objectives of paragraph 15(1)(c) and the impugned portions of the Code as well as in the mechanism for deciding the age at which mandatory retirement becomes permissible; new facts that called into question the factual underpinning of *McKinney*; and new developments in public policy. The Federal Court also found that the Supreme Court did not consider its decision in *McKinney* to be the last word on the subject of mandatory retirement.

At issue was whether paragraph 15(1)(c) of the CHRA can be demonstrably justified as a reasonable limitation pursuant to section 1 of the Charter, and whether the Tribunal and the Federal Court were bound to follow *McKinney* in disposing of the constitutional challenge to paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

*Held*, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

The Supreme Court's decision in *McKinney* was binding on the Tribunal and on the Federal Court. As a result, both erred in concluding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved by section 1 of the Charter. There is no meaningful distinction to be drawn between the objectives of the Code and the CHRA. The difference lies in the determination of the age at which mandatory retirement becomes permissible, not in the mechanics of its implementation. With respect to the distinction between the legislative provisions in terms of an

*la personne* (la LCDP), qui constitue une exception à l'interdiction de toute mesure discriminatoire fondée sur l'âge, ne se défendait pas au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

Les intimés, George Vilven et Robert Neil Kelly, sont d'anciens pilotes d'Air Canada qui ont été obligés de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions relatives à la retraite obligatoire inscrites tant dans la convention collective dont ils relèvent que dans leur régime de pension. La Cour fédérale a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des intimés d'être libres de toute mesure discriminatoire, et que les avantages que procure l'alinéa 15(1)c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes. Cependant, elle a refusé de déclarer l'invalidité de l'alinéa 15(1)c). La Cour fédérale a conclu que l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, dans lequel la Cour suprême estimait qu'ensemble, le paragraphe 4(1) et l'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario (le Code), avaient pour effet d'exclure de la protection offerte par le Code les travailleurs âgés de plus de 65 ans, était constitutionnellement valide, mais ne s'appliquait pas à l'affaire dont elle était saisie. Afin de différencier l'arrêt *McKinney* de la présente affaire, la Cour fédérale a établi des différences entre les éléments suivants : l'historique des dispositions, les objectifs de l'alinéa 15(1)c) et les dispositions du Code attaquées en l'occurrence, de même que dans le mécanisme permettant de décider à partir de quel âge il est loisible d'imposer le départ à la retraite; des faits nouveaux mettant en doute le fondement actuel de la décision que la Cour suprême a rendue dans *McKinney*; et l'évolution des politiques publiques. La Cour fédérale a également conclu que la Cour suprême n'a pas considéré que l'arrêt *McKinney* tranchait de manière définitive la question de la retraite obligatoire.

Il s'agissait de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP peut se justifier à titre de restriction raisonnable, au regard de l'article premier de la Charte, et si le Tribunal et la Cour fédérale étaient tenus d'appliquer la jurisprudence *McKinney* pour trancher la mise en cause constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP.

*Arrêt* : L'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

La décision de la Cour suprême dans l'affaire *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale. Par conséquent, ils ont tous deux conclu à tort que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se justifiait pas au regard de l'article premier de la Charte. On ne peut, s'agissant des objectifs visés par le Code et de ceux auxquels tendent les dispositions de la LCDP, en tirer aucune distinction significative. La différence entre les deux dispositions concerne la fixation de l'âge à partir duquel il est permis d'imposer la retraite obligatoire, et non le mécanisme

employee's ability to know whether mandatory retirement is consistent with the relevant human rights legislation, the Federal Court confused two issues: an individual's knowledge of the factual circumstances that may give rise to a claim that their rights have been violated, and the legal analysis required to determine if those rights have, in fact, been violated. The Ontario Court of Appeal's comments in *Canada (Attorney General) v. Bedford* pertaining to the need for a robust application of *stare decisis* are apposite to the present case and are dispositive of three of the four grounds given by the Federal Court for not following *McKinney*. The argument that the Supreme Court itself did not consider *McKinney* as the last word on mandatory retirement does not authorize a lower court to relitigate the issues decided therein. The Supreme Court left the door open to revisit the issue of mandatory retirement for itself, not for others. Differences in the evidentiary records in the present case and in *McKinney* cannot justify departing from established case law. If it did, every case would be binding only on the parties to that case since no two cases are decided on the same evidentiary record. Such a result, particularly in Charter litigation, is at odds with the values of certainty and finality which underlie the doctrine of *stare decisis*. In determining that there was nothing irrational in a system "that permits those in the private sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity", the Supreme Court accurately described the thrust of paragraph 15(1)(c). The Supreme Court was addressing its mind to the issue of mandatory retirement generally, and not specifically to the question of mandatory retirement at age 65. *McKinney* did not decide that the provisions of the Code permitting mandatory retirement as of age 65 were saved by section 1 of the Charter because 65 was seen as the normal age of retirement. Age 65, in and of itself, cannot justify a breach of section 15 of the Charter. The factors which justify mandatory retirement must logically apply independently of age since one cannot justify a breach of the right to be free from age-based discrimination by reference to age itself. Such an argument would be tautological. What *McKinney* did decide was that mandatory retirement, as an exception to the prohibition against discrimination on the basis of age, could be justified under section 1 of the Charter when it is a mutually advantageous arrangement between employers and employees that permits the workplace to be organized in a manner that accommodates the needs of both parties. Nothing in *McKinney* suggests that the analysis which resulted in the conclusion that paragraph 9(a) of the Code was saved under section 1 of the Charter does not apply to provisions permitting mandatory retirement prior to age 65, or that such arrangements are not justified under section 1 of the Charter simply because the agreed upon age of mandatory retirement is less than 65.

de mise en œuvre de la retraite obligatoire. En ce qui concerne la différence entre les dispositions législatives quant à la mesure dans laquelle un employé peut savoir si son départ obligatoire à la retraite est conforme aux dispositions législatives concernant les droits de la personne, la Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient de procéder pour décider s'il y a, effectivement, eu violation des droits en question. Les observations de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Canada (Attorney General) v. Bedford* ayant trait à la nécessité d'une application stricte de la règle du *stare decisis* s'appliquent en l'espèce et sont déterminantes en ce qui concerne trois des quatre motifs avancés par la Cour fédérale pour ne pas appliquer l'arrêt *McKinney*. L'argument voulant que la Cour suprême n'ait elle-même pas considéré que l'arrêt *McKinney* tranchait de manière définitive la question de la retraite obligatoire n'autorise pas un tribunal d'instance inférieure à revenir sur les questions réglées par l'arrêt *McKinney*. La Cour suprême a, dans l'arrêt *McKinney*, fait qu'il lui est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, mais cette possibilité n'est pas donnée à d'autres. Le fait que l'on puisse relever, entre la présente affaire et l'affaire *McKinney*, des différences au niveau des dossiers de preuve ne justifie pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie. Sinon, toute décision de justice ne s'imposerait qu'aux parties au litige, car le dossier de preuve varie d'une affaire à l'autre. Un tel résultat, et cela est particulièrement vrai de contestations fondées sur les dispositions de la Charte, serait contraire au souci de certitude et de règlement définitif qui est à l'origine de la règle du *stare decisis*. En concluant qu'il n'y a rien d'irrationnel dans un système « qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activités », la Cour suprême a décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'alinéa 15(1)(c) de la LCDP. La Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général, et pas uniquement sur la retraite obligatoire à partir de 65 ans. L'arrêt *McKinney* n'a notamment pas dit que les dispositions du Code autorisant la retraite obligatoire à partir de 65 ans se défendaient au regard de l'article premier de la Charte parce que 65 ans est considéré comme l'âge de la retraite en vigueur. L'âge de 65 ans ne saurait en soi justifier une atteinte à l'article 15 de la Charte. Les facteurs qui justifient la retraite obligatoire doivent logiquement s'appliquer indépendamment de l'âge, car on ne saurait, sous peine de tautologie, invoquer l'âge de l'intéressé pour justifier une atteinte au droit d'échapper aux mesures discriminatoires fondées sur l'âge. Ce que l'arrêt *McKinney* a dit, c'est que la retraite obligatoire, qui constitue une exception à l'interdiction de toute mesure discriminatoire fondée sur l'âge, peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés,

The decision was set aside and the matter returned to the Tribunal with the direction that the complaints of the respondents should be dismissed on the ground that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is constitutionally valid, and that 60 is the normal retirement age for persons working in positions similar to theirs. The respondent pilots' cross-appeal from the Federal Court's refusal to grant a declaration of invalidity was dismissed.

#### 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, 2, 7, 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 15(1)(c).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 57(4) (as am. *idem*, s. 54).  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, ss. 4(1), 9(a) "age".

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, (1990), 76 D.L.R. (4th) 595, 91 CLLC 17,004, affg 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193 (C.A.).

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, revg in part 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129.

##### CONSIDERED:

*Vilven v. Air Canada*, 2007 CHRT 36, 61 C.H.R.R. D/149, [2008] CLLC 230-011; *Vilven v. Air Canada*, 2009 FC

puisqu'il permet une organisation du travail correspondant aux besoins des deux parties. Il n'y a rien, dans l'arrêt *McKinney*, qui permette de dire que l'analyse ayant mené à conclure que l'alinéa 9a) du Code se défendait au regard de l'article premier de la Charte ne s'applique pas aux dispositions autorisant la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans, ou que ces arrangements ne se justifient pas au regard de l'article premier de la Charte simplement parce qu'ils prévoient la retraite obligatoire à moins de 65 ans.

La décision de la Cour fédérale a été infirmée et l'affaire a été renvoyée au Tribunal pour qu'il rejette les plaintes déposées par les intimés, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP étant constitutionnellement valide, et 60 ans étant l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi. L'appel incident interjeté par les pilotes à l'encontre de la décision de la Cour fédérale de refuser de déclarer invalide la disposition en cause a été rejeté.

#### 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, 2, 7, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Code des droits de la personne (1981)*, S.O. 1981, ch. 53, art. 4(1), 9a) « âge ».  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 15(1)c).  
*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(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 57(4) (mod., *idem*, art. 54).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, confirmant 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193, 29 Admin. L.R. 227 (C.A.).

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, infirmant en partie 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Vilven c. Air Canada*, 2007 TCDP 36; *Vilven c. Air Canada*, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189; *R. v. Prokofiew*, 2010

367, [2010] 2 F.C.R. 189, 74 C.C.E.L. (3d) 1, [2009] CLLC 230-019; *R. v. Prokofiew*, 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 77 C.R. (6th) 52.

## REFERRED TO:

*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321; *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29; *Association 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 (Ont. S.C.J.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, [1990] 4 W.W.R. 481, (1990), 56 C.C.C. (3d) 165; *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.

## AUTHORS CITED

Canada. Canadian Human Rights Act Review Panel. *Promoting Equality: A New Vision*. Ottawa: Department of Justice, 2000.  
*Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1st ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 120, [2012] 4 F.C.R. 277, 88 C.C.E.L. (3d) 210, [2011] CLLC 230-022) upholding a Canadian Human Rights Tribunal finding (2009 CHRT 24, 77 C.C.E.L. (3d) 128, 69 C.H.R.R. D/419, [2010] CLLC 230-011) that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* is not saved by section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Bruce Laughton*, Q.C. for appellant.  
*David Baker* and *Raymond Hall* for respondents  
*Robert Neil Kelly* and *George Vilven*.  
*Daniel Poulin* for respondent Canadian Human Rights Commission.

ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, 256 C.C.C. (3d) 355, 77 C.R. (6th) 52.

## DÉCISIONS CITÉES :

*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29; *Association 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 (C.S.J. Ont.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. 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.  
*Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1<sup>re</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPEL et APPEL INCIDENT d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 120, [2012] 4 R.C.F. 277) confirmant une conclusion du Tribunal canadien des droits de la personne (2009 TCDP 24), selon laquelle l'alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne se défendait pas au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli; appel incident rejeté.

## ONT COMPARU

*Bruce Laughton*, C.R., pour l'appelante.  
*David Baker* et *Raymond Hall* pour les intimés  
*Robert Neil Kelly* et *George Vilven*.  
*Daniel Poulin* pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

*Maryse Tremblay* for respondent Air Canada.  
*Anne M. Turley and Craig Collins-William* for  
 respondent Attorney General of Canada.

*Maryse Tremblay* pour l'intimée Air Canada.  
*Anne M. Turley et Craig Collins-William* pour  
 l'intimé le procureur général du Canada.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Laughton & Company*, Vancouver, for appellant.  
*Bakerlaw*, Toronto, and *Raymond Hall*, Winnipeg,  
 for respondents Robert Neil Kelly and George Vilven.  
*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for  
 respondent Canadian Human Rights Commission.

*Heenan Blaikie LLP*, Montréal, for respondent Air  
 Canada.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent  
 Attorney General of Canada.

*The following are the reasons for judgment rendered  
 in English by*

PELLETIER J.A.:

#### INTRODUCTION

[1] This appeal deals with whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-5 (CHRA), which allows for discrimination on the basis of age, can be demonstrably justified as a reasonable limitation prescribed by law pursuant to section 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). Paragraph 15(1)(c) permits mandatory retirement at the normal age of retirement for persons occupying similar positions.

[2] The Supreme Court considered the issue of mandatory retirement in the case of *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (*McKinney*). In that case, the Court decided that a particular provision of the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 (Code), which permitted mandatory retirement beginning at age 65 was a breach of the constitutional protection against age-based discrimination. However, the Court went on to find that the provision was

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Laughton & Company*, Vancouver, pour l'appelante.  
*Bakerlaw*, Toronto, et *Raymond Hall*, Winnipeg,  
 pour les intimés Robert Neil Kelly et George Vilven.  
*Commission canadienne des droits de la personne*,  
 Ottawa, pour l'intimée la Commission canadienne  
 des droits de la personne.

*Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL*, Montréal, pour  
 l'intimée Air Canada.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé  
 le procureur général du Canada.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

#### INTRODUCTION

[1] L'appel porte sur la question de savoir si l'alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-5 (LCDP), qui autorise une discrimination fondée sur l'âge, peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard de l'article premier 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). L'alinéa 15(1)(c) autorise en effet la mise à la retraite obligatoire à l'âge normal de la retraite pour le genre d'emploi en cause.

[2] La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la retraite obligatoire dans son arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (*McKinney*). Dans cet arrêt, la Cour a décidé qu'une disposition du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, S.O. 1981, ch. 53 (le Code), autorisant la mise à la retraite obligatoire à partir de l'âge de 65 ans, portait atteinte à la protection offerte par la Constitution contre les mesures discriminatoires fondées sur l'âge.

nonetheless constitutionally valid as a result of being saved by section 1 of the Charter.

[3] Given this decision, it is my view that the question before us is whether both the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) which considered the complaints of two Air Canada pilots who were forced to retire at age 60, and the Federal Court, which judicially reviewed the Tribunal's decision, were bound to follow *McKinney* in disposing of the constitutional challenge to paragraph 15(1)(c) of the CHRA. For the reasons that follow, I find that, according to the doctrine of *stare decisis*, *McKinney* was a binding precedent that the Tribunal and the Federal Court ought to have followed. I would therefore allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court and return the matter to the Tribunal with a direction to dismiss the complaints.

#### FACTS

[4] George Vilven and Robert Neil Kelly (the Pilots) are two former Air Canada pilots who were forced to retire at age 60 due to the mandatory retirement provisions in both their collective agreement and in their pension plan.

[5] Both filed complaints with the Canadian Human Rights Commission (the Commission) as a result of their mandatory retirement. Mr. Vilven filed his complaint against Air Canada in 2004 while Mr. Kelly filed his complaint against both Air Canada and the Air Canada Pilots Association (the Association) in 2006. The Commission referred both complaints to the Tribunal which heard them together in 2007.

[6] At the Tribunal hearing, Air Canada and the Association relied on the exception to the prohibition against age-based discrimination in the employment context, which is found at paragraph 15(1)(c) of the CHRA. The provision states as follows:

La Cour a estimé que la disposition en cause était néanmoins constitutionnellement valide, car elle se défend au regard de l'article premier de la Charte.

[3] Cela étant, je considère que la Cour est en l'espèce appelée à décider si le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal), qui a examiné les plaintes déposées par deux pilotes d'Air Canada obligés de partir à la retraite à l'âge de 60 ans, et la Cour fédérale, qui a procédé au contrôle judiciaire de la décision du Tribunal, étaient, pour trancher la mise en cause constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, tenus d'appliquer la jurisprudence *McKinney*. Pour les motifs ci-dessous exposés, j'estime que, conformément à la règle du *stare decisis*, l'arrêt *McKinney* a fixé la jurisprudence et que le Tribunal et la Cour fédérale devaient donc s'y tenir. J'accueillerais par conséquent l'appel, infirmant la décision de la Cour fédérale et renvoyant l'affaire devant le Tribunal pour qu'il rejette les plaintes.

#### LES FAITS

[4] George Vilven et Robert Neil Kelly (les Pilotes) sont tous deux d'anciens pilotes d'Air Canada qui ont été obligés de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions relatives à la retraite obligatoire inscrites tant dans la convention collective dont ils relèvent que dans leur régime de pension.

[5] En raison du départ à la retraite qui leur a ainsi été imposée, les deux ont porté plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission). M. Vilven a porté plainte contre Air Canada en 2004, M. Kelly déposant en 2006 une plainte visant à la fois Air Canada et l'Association des pilotes d'Air Canada (l'Association). La Commission a transmis les deux plaintes au Tribunal, qui les a examinées ensemble en 2007.

[6] À l'audience du Tribunal, Air Canada et l'Association ont invoqué l'exception prévue à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP par rapport à l'interdiction en matière d'emploi de mesures discriminatoires fondées sur l'âge. Cette disposition est libellée en ces termes :



Exceptions	<p><b>15. (1)</b> It is not a discriminatory practice if</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><b>15. (1)</b> Ne constituent pas des actes discriminatoires :</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>	Exceptions
	<p>[7] The Pilots, in turn challenged the constitutionality of this provision.</p> <p>[8] The Tribunal dismissed the Pilots' constitutional challenge: <i>Vilven v. Air Canada</i>, 2007 CHRT 36, 61 C.H.R.R. D/149. It found that 60 was the normal retirement age for persons working in similar positions, so that the Pilots' mandatory retirement was not a discriminatory practice within the meaning of the CHRA. The Tribunal also found that paragraph 15(1)(c) did not violate the guarantee of equal treatment found at section 15 of the Charter. As a result, the Tribunal did not have to decide if paragraph 15(1)(c) could be saved under section 1 of the Charter.</p> <p>[9] The Pilots sought judicial review of the Tribunal's decision. In a decision reported as <i>Vilven v. Air Canada</i>, 2009 FC 367, [2010] 2 F.C.R. 189 (<i>Vilven</i>), the Federal Court found that paragraph 15(1)(c) violated section 15 of the Charter and returned the matter to the Tribunal for a decision as to whether the provision could be justified under section 1 of the Charter.</p> <p>[10] The Tribunal resumed its examination of the Pilots' complaint. In a second decision reported as <i>Vilven v. Air Canada</i>, 2009 CHRT 24, 77 C.C.E.L. (3d) 128, the Tribunal decided that paragraph 15(1)(c) was not saved by section 1 of the Charter.</p> <p>[11] The second decision of the Tribunal was also the subject of an application for judicial review. In a decision reported as <i>Air Canada Pilots Association v. Kelly</i>, 2011 FC 120, [2012] 4 F.C.R. 277 (<i>Kelly</i>), the Federal Court found that paragraph 15(1)(c) was not saved by section 1 of the Charter. However, on the issue of remedy, the Federal Court declined to grant a declaration of</p>	<p>[7] Les Pilotes ont contesté la constitutionnalité de cette disposition.</p> <p>[8] Le Tribunal a rejeté la mise en cause, par les Pilotes, de la constitutionnalité de cette disposition : <i>Vilven c. Air Canada</i>, 2007 TCDP 36. Le Tribunal a jugé que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les personnes occupant ce genre d'emploi, et que le départ obligatoire à la retraite des Pilotes ne constituait pas une mesure discriminatoire au sens de la LCDP. Le Tribunal a également estimé que l'alinéa 15(1)c) ne portait pas atteinte à l'égalité de traitement garantie par l'article 15 de la Charte. Le Tribunal n'a par conséquent pas eu à dire si l'alinéa 15(1)c) se défendait au regard de l'article premier de la Charte.</p> <p>[9] Les Pilotes ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Dans le jugement <i>Vilven c. Air Canada</i>, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189 (<i>Vilven</i>), la Cour fédérale a jugé l'alinéa 15(1)c) contraire à l'article 15 de la Charte, renvoyant l'affaire devant le Tribunal pour qu'il décide si cette disposition se justifiait au regard de l'article premier de la Charte.</p> <p>[10] Le Tribunal a repris son examen de la plainte déposée par les Pilotes. Dans une deuxième décision, <i>Vilven c. Air Canada</i>, 2009 TCDP 24, le Tribunal a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte.</p> <p>[11] Cette deuxième décision du Tribunal a elle aussi fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Dans un jugement publié sous l'intitulé <i>Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly</i>, 2011 CF 120, [2012] 4 R.C.F. 277 (<i>Kelly</i>), la Cour fédérale a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne se défendait pas au regard de l'article premier de la Charte. S'agissant du redressement toutefois, la</p>	

invalidity with respect to paragraph 15(1)(c) on the basis that, absent a finding of error on the part of the Tribunal, the Court's remedial jurisdiction found at subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], was limited, in the case of a respondent, to dismissing the application for judicial review.

[12] The Association appealed from the Federal Court's finding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved by section 1 of the Charter, while the Pilots cross-appealed from the Court's refusal to grant a declaration of invalidity. In support of their position with respect to a declaration of invalidity, the Pilots also filed a notice of constitutional question with respect to paragraph 15(1)(c) of the CHRA. As a result, the Attorney General of Canada (the Attorney General) participated in the appeal as of right, pursuant to subsection 57(4) [as am. *idem*, s. 54] of the *Federal Courts Act*.

#### THE ISSUES RAISED BY THE APPEAL

[13] In its memorandum of fact and law, the Association attacks two aspects of the Federal Court's decision: the finding that paragraph 15(1)(c) did not minimally impair the Pilots' right to be free from discrimination, and the finding that the benefits achieved by paragraph 15(1)(c) were not proportional to its deleterious effects. Air Canada adopted the Association's position.

[14] In effect, the Association challenged the Federal Court's application of the test set out in the Supreme Court of Canada decision *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to the facts of the case. In doing so, the Association relied heavily on the Supreme Court's decision in *McKinney* but stopped short of arguing that the Federal Court was bound by that case.

[15] The Attorney General, on the other hand, took the position that the *McKinney* decision was binding

Cour fédérale a refusé de déclarer l'invalidité de l'alinéa 15(1)c), estimant que, sauf erreur de la part du Tribunal, les pouvoirs conférés sur ce point à la Cour par le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], se limitaient, en ce qui concerne un défendeur à l'instance, au rejet de la demande de contrôle judiciaire.

[12] L'Association a interjeté appel du jugement par lequel la Cour fédérale a conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se justifiait pas au regard de l'article premier de la Charte. Les Pilotes ont interjeté un appel incident contre le refus par la Cour de déclarer invalide la disposition en cause. À l'appui de leur demande de déclaration d'invalidité, les Pilotes ont également signifié un avis de question constitutionnelle concernant l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. Le procureur général du Canada (le procureur général) a donc, en vertu du paragraphe 57(4) [mod., *idem*, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales*, pris part de plein droit à l'appel.

#### LES QUESTIONS SOULEVÉES PAR L'APPEL

[13] Dans son mémoire des faits et du droit, l'Association conteste deux éléments du jugement de la Cour fédérale : la conclusion voulant que l'alinéa 15(1)c) ne constitue pas une atteinte minimale au droit des Pilotes d'être libres de toute mesure discriminatoire, puis la conclusion voulant que les avantages que procure l'alinéa 15(1)c) ne sont pas proportionnés à ses effets néfastes. Air Canada a fait sienne la thèse de l'Association.

[14] L'Association contestait en fait la manière dont la Cour fédérale avait appliqué, aux faits de l'affaire dont elle était saisie, le critère dégagé par la Cour suprême du Canada dans son arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour ce faire, l'Association se fondait en grande partie sur l'arrêt *McKinney* rendu par la Cour suprême, n'allant cependant pas jusqu'à soutenir que cette jurisprudence s'imposait à la Cour fédérale.

[15] Le procureur général faisait, en revanche, valoir que la jurisprudence *McKinney* s'imposait effectivement

authority and that the Federal Court erred in not following it. Even though the Attorney General was a late addition to the litigation, his argument with respect to the binding effect of the *McKinney* decision was not new. Both the Tribunal and the Federal Court had considered *McKinney* and its surrounding jurisprudence in their decisions, in one capacity or another.

[16] On the issue of the cross-appeal, the Attorney General agreed with the Pilots that, assuming the correctness of the Federal Court's decision on the merits of the section 1 argument, the latter erred in holding that it lacked the jurisdiction to grant a declaration of invalidity.

[17] The Pilots supported the Federal Court's decision on the merits in all respects but argued that it had erred with respect to its remedial jurisdiction.

## ANALYSIS

[18] As I have already indicated, I believe that the issue that effectively disposes of the appeal is whether *McKinney* was binding on the Tribunal and on the Federal Court. For the reasons that follow, I believe that it is binding, and as a result, that both the Tribunal and the Federal Court erred in concluding that paragraph 15(1)(c) of the CHRA was not saved by section 1 of the Charter. This conclusion disposes of both the appeal and the cross-appeal.

### The Tribunal's analysis of *McKinney*

[19] As indicated earlier, *McKinney* was briefly considered in the Tribunal's reasons. The Tribunal noted that, in *McKinney*, the Supreme Court accorded a high degree of deference to the legislator on the basis that, in a democratic society, complex social questions on which expert opinions were divided were best left to the legislature.

[20] The Tribunal then considered jurisprudence that did not follow *McKinney*. It cited a recent arbitral

et que c'est à tort que la Cour fédérale ne s'y était pas tenue. Le procureur général est intervenu tardivement, mais son argument concernant la force obligatoire de l'arrêt *McKinney* n'avait rien de neuf. D'une manière ou d'une autre, en effet, le Tribunal et la Cour fédérale avaient, dans leurs décisions, tenu compte de l'arrêt *McKinney* et de la jurisprudence en découlant.

[16] En ce qui concerne l'appel incident, le procureur général convenait que, comme les Pilotes le faisaient valoir, dans l'hypothèse où la Cour fédérale aurait eu raison de se prononcer comme elle l'a fait sur la validité de l'argument fondé sur l'article premier, c'est à tort qu'elle a conclu à son manque de compétence pour déclarer l'invalidité de la disposition en cause.

[17] Les Pilotes étaient sur tous les points d'accord avec la décision de la Cour fédérale quant au fond, mais estimaient que la Cour s'était trompée sur la question de sa compétence pour accorder réparation.

## ANALYSE

[18] Comme je l'ai dit plus haut, la question déterminante en l'espèce est, me semble-t-il, de savoir si la jurisprudence *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale. Pour les motifs exposés ci-dessous, j'estime qu'elle s'impose effectivement et que c'est par conséquent à tort que le Tribunal et la Cour fédérale ont conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne se justifiait pas au regard de l'article premier de la Charte. Cette conclusion règle à la fois l'appel et l'appel incident.

### L'analyse par le Tribunal de l'arrêt *McKinney*

[19] Comme nous l'avons vu, le Tribunal, dans ses motifs, évoque brièvement l'arrêt *McKinney*. Il relève que, dans cet arrêt, la Cour suprême accorde au législateur une large mesure de déférence, estimant que dans une société démocratique, les questions sociales complexes qui divisent les experts devraient plutôt être laissées au pouvoir législatif.

[20] Puis, le Tribunal a examiné la jurisprudence allant dans un sens autre que celui de l'arrêt *McKinney*. Il a

decision, *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, in which the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the CHRA was challenged. The arbitrator found that the *McKinney* decision was based on contextual assumptions that were not borne out by the expert evidence that was put before him. As a result, the arbitrator did not follow *McKinney*.

[21] The Tribunal also referred to two other cases that indicated that the social and economic context had changed sufficiently since *McKinney* was decided so as to render that decision inapplicable to the present circumstances: *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)* 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16 (Ont. S.C.J.), and *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220.

[22] Having considered this jurisprudence, and without ever addressing the question of whether it was bound by *McKinney*, the Tribunal proceeded on the basis that it was not, and went on to analyse the constitutionality of paragraph 15(1)(c) under section 1 of the Charter.

#### The Federal Court's analysis of *McKinney*

[23] In sharp contrast to the Tribunal's decision, the Federal Court conducted a detailed analysis as to why *McKinney* did not apply to the case before it.

[24] The first reason put forward by the Federal Court for not following *McKinney* was the difference in the statutory provisions in question. Among these was the difference in the legislative history and objectives. In the Court's view, the objectives of the legislature in enacting the impugned portions of the Code included avoiding "the potential for delayed retirement and delayed benefits" as well as accounting for "the effect on hiring and personnel practices, and the impact on youth unemployment": see *Kelly*, cited above, at paragraph 110. In contrast, the Federal Court described the objective of

cité, ainsi, une récente sentence arbitrale, *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29, affaire à l'occasion de laquelle était contestée la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. L'arbitre a considéré que l'arrêt *McKinney* reposait sur des hypothèses contextuelles que ne confirmaient pas les preuves d'expert qui lui étaient présentées, et il n'a par conséquent pas appliqué la jurisprudence *McKinney*.

[21] Le Tribunal a également évoqué deux autres affaires qui, selon lui, indiquent que le contexte socio-économique a, depuis l'arrêt *McKinney*, évolué au point que cette jurisprudence était inapplicable dans les présentes circonstances : *Association of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)*, 2008 CanLII 26258, 92 O.R. (3d) 16 (C.S.J. Ont.), et *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220.

[22] Ayant examiné cette jurisprudence, et sans même rechercher s'il était lié par l'arrêt *McKinney*, le Tribunal a fait comme s'il ne l'était pas, procédant à une analyse de la constitutionnalité de l'article 15(1)c) au regard de l'article premier de la Charte.

#### L'analyse par la Cour fédérale de l'arrêt *McKinney*

[23] À l'inverse du Tribunal, la Cour fédérale a procédé à une analyse détaillée des raisons pour lesquelles la jurisprudence *McKinney* ne s'appliquait pas à l'affaire dont elle était saisie.

[24] La première raison avancée par la Cour fédérale pour ne pas appliquer la jurisprudence *McKinney* repose sur une différence entre les dispositions légales en question, notamment la différence au plan de l'histoire de ces dispositions et des objectifs visés par le législateur. Selon la Cour, lors de l'adoption des dispositions du Code attaquées en l'occurrence, le législateur avait notamment souhaité éviter « le fait que l'on reporte le moment de prendre sa retraite et qu'on ne profite de ses avantages que plus tard », prenant également en compte « l'effet sur les pratiques en matière d'embauche

paragraph 15(1)(c) of the CHRA as allowing “the issue of a mandatory retirement age in the private sector to be negotiated between employers and employees”: see *Kelly*, cited above, at paragraph 111.

[25] In order to simplify the analysis which is set out later in these reasons, I propose to deal with the Federal Court’s comments on the difference in the legislative provisions at this point.

[26] I believe that the following statement, found at page 302 of the Supreme Court’s reasons [in *McKinney*], is a fuller statement of the Ontario legislature’s objectives in drafting the Code as it did:

As already mentioned, the Legislature was not operating in a vacuum. Mandatory retirement has long been with us; it is widespread throughout the labour market; it involves 50 per cent of the workforce. The Legislature’s concerns were with the ramifications of changing what had for long been the rule on such important social issues as its effect on pension plans, youth employment, the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment, the advantages flowing from expectations and ongoing arrangements about terms of employment, including not only retirement, but seniority and tenure and, indeed, almost every aspect of the employer-employee relationship. These issues are surely of “pressing and substantial [concern] in a free and democratic society”.

In my view, there is no meaningful distinction to be drawn with respect to the objectives of the Code and the CHRA.

[27] The Federal Court went on to note another difference between the two legislative provisions, which is the mechanism for deciding the age at which mandatory retirement becomes permissible. In the case of the Code, the age at which the protection against age-based discrimination is lost is defined by statute as age 65. In contrast, in the CHRA, Parliament “elected to delegate the choice of age at which employees will cease to enjoy the protection of the CHRA to employers employing a

et de personnel ainsi que sur le chômage des jeunes » : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 110. À l’inverse, la Cour fédérale a estimé que l’alinéa 15(1)(c) de la LCDP visait à « laisser aux employeurs et aux employés le soin de négocier la question de l’âge de la retraite obligatoire dans le secteur privé » : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 111.

[25] Afin de simplifier l’analyse développée un peu plus loin, je me propose d’examiner ici les observations faites par la Cour fédérale au sujet de la différence entre les dispositions législatives en cause.

[26] Le passage suivant, qui se trouve à la page 302 des motifs exposés par la Cour suprême [dans l’arrêt *McKinney*], me paraît énoncer plus complètement les objectifs que visait le législateur ontarien lorsqu’il a formulé la disposition du Code en question :

Comme je l’ai déjà mentionné, le législateur n’agissait pas en l’absence de tout contexte. La retraite obligatoire fait partie de notre société depuis longtemps; elle est répandue dans tout le marché du travail; elle vise 50 p. 100 de la population active. Les préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu’entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite, le travail chez les jeunes, l’utilité pour ceux qui sont sur le marché du travail de négocier et d’établir leurs propres conditions d’emploi, les avantages qui découlent des attentes et des arrangements en cours quant aux conditions d’emploi, y compris non seulement la retraite, mais encore l’ancienneté et la permanence et, en réalité, presque tous les aspects des relations employeur-employé. Ces questions constituent certainement une «[préoccupation] urgente et réelle dans une société libre et démocratique».

J’estime, qu’on ne peut, s’agissant des objectifs visés par le Code et de ceux auxquels tendent les dispositions de la LCDP, en tirer aucune distinction significative.

[27] Puis, la Cour fédérale a relevé une autre différence entre les deux dispositions en question, en l’occurrence au niveau du mécanisme permettant de décider à partir de quel âge il est loisible d’imposer le départ à la retraite. Selon le Code, la loi fixe à 65 ans l’âge auquel cesse de s’appliquer la protection contre les mesures discriminatoires fondées sur l’âge. À l’inverse, dans le cadre de la LCDP, le Parlement a « décidé de déléguer le choix de l’âge auquel les employés

particular class of workers”: see *Kelly*, cited above, at paragraph 112.

[28] I agree that the determination of the age at which mandatory retirement is allowable is arguably a material difference between the two legislative provisions. But it is important to keep in mind that both provisions are permissive; they permit mandatory retirement, they do not require it. The Federal Court was inclined to view paragraph 15(1)(c) as putting the determination of the age of mandatory retirement in the hands of employers: see *Kelly*, cited above, at paragraph 112. The difference between the two provisions lies in the determination of the age at which it becomes permissible, not in the mechanics of its implementation. Under one legislative scheme or the other, mandatory retirement will normally either be imposed by the employer, or will be a term of a collective agreement negotiated between the employer and the employees' bargaining agent. In the case of senior employees, there could be individual agreements as to the date of retirement. There is therefore no distinction between the two provisions in terms of how mandatory retirement is implemented. The relevant difference lies rather in the determination of the age at which it becomes permissible.

[29] The Federal Court found a further distinction between the two legislative provisions in terms of an employee's ability to know whether his or her mandatory retirement is consistent with the relevant human rights legislation. In the case of the Code, the age threshold is set by legislation. In the case of the CHRA, the Federal Court was of the view that employees could not easily know the age at which they could be subject to mandatory retirement (*Kelly*, cited above, at paragraph 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

cesseraient de bénéficier de la protection de la LCDP aux employeurs d'une catégorie particulière de travailleurs » : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 112.

[28] Je suis d'accord que la fixation de l'âge à partir duquel il est permis d'imposer le départ à la retraite peut effectivement constituer une différence importante entre les deux dispositions en question. Cela dit, il ne faut pas perdre de vue le caractère permissif de ces deux dispositions qui, si elles permettent effectivement d'imposer le départ à la retraite, ne l'exige aucunement. La Cour fédérale était plutôt d'avis que l'alinéa 15(1)c) confiait aux employeurs le soin de fixer l'âge de la retraite obligatoire : voir *Kelly*, précité, au paragraphe 112. La différence entre les deux dispositions concerne la fixation de l'âge à partir duquel il est permis d'imposer la retraite obligatoire, et non le mécanisme de mise en œuvre de la retraite obligatoire. Selon l'économie des deux textes, la retraite obligatoire est normalement soit imposée par l'employeur, soit prévue dans le cadre d'une convention collective négociée par l'employeur et l'agent négociateur des employés. S'agissant d'employés d'un certain niveau, la date du départ à la retraite peut être convenue individuellement. Il n'existe par conséquent entre les deux dispositions aucune distinction quant à la mise en œuvre de la retraite obligatoire. La différence qui compte se situe plutôt au niveau de la fixation de l'âge à partir duquel il devient possible d'imposer un départ à la retraite.

[29] La Cour fédérale a en outre relevé entre les deux dispositions législatives une différence tenant à la mesure dans laquelle un employé peut savoir si son départ obligatoire à la retraite est conforme aux dispositions législatives concernant les droits de la personne. Pour ce qui est du Code, la limite d'âge est fixée par le législateur. Or, en ce qui concerne les dispositions de la LCDP, la Cour fédérale a estimé que les employés pouvaient difficilement savoir à partir de quel âge le départ à la retraite pouvait leur être imposé (*Kelly*, précité, au paragraphe 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

group. This is not an easy task, even for legally-trained individuals familiar with human right principles.

[30] With respect, the Federal Court has confused two issues: an individual's knowledge of the factual circumstances which may give rise to a claim that his or her rights have been violated, and the legal analysis required to determine if those rights have, in fact, been violated. Employees in particular occupations move from one employer to another, bringing with them their knowledge of employment practices, which they share with other employees who have knowledge of other workplace practices. Unions who negotiate for a particular occupational group make it their business to know what the norm is with respect to the terms and conditions of employment for that group so as to bargain collective agreements which are equal to or better than that industry's norms. It would be a rare case in which an employee in a given occupational group was unaware of either the normal retirement age for that group or the range of the variation on that issue as between employers.

[31] This is a different question from that of determining the appropriate comparator group for the purposes of establishing discrimination. In order to bring a complaint, employees do not have to engage in the legal analysis which a tribunal will employ in determining whether they have been victims of discrimination.

[32] The Federal Court also noted that because paragraph 15(1)(c) of the CHRA permits mandatory retirement at an age less than 65, its adverse effects will be greater on those whose labour force participation has been shorter or interrupted, primarily women and immigrants.

[33] No matter the age at which mandatory retirement becomes permissible, persons with shorter or interrupted labour force participation will be disadvantaged. Depending upon where the line is drawn, the

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.

[30] Je dois dire, en toute déférence, que la Cour fédérale a confondu deux questions : la possibilité, pour un individu, de savoir dans quelles circonstances il pourra invoquer une atteinte à ses droits, et l'analyse juridique à laquelle il convient de procéder pour décider s'il y a, effectivement, eu violation des droits en question. Les employés qui exercent tel ou tel métier peuvent passer d'un employeur à un autre, munis des connaissances qu'ils ont des pratiques en matière d'emploi, connaissances qu'ils peuvent échanger avec des collègues qui, eux, sont au courant des pratiques en vigueur chez d'autres employeurs. Les syndicats appelés à négocier pour le compte d'un groupe professionnel s'informent de la norme en vigueur en matière de modalités d'emploi pour le groupe professionnel en question afin de négocier une convention collective correspondant à cette norme, ou supérieure à elle. Il est rare qu'un employé appartenant à un groupe professionnel ne sache pas quel est, pour ce groupe, l'âge normal du départ à la retraite, ou les différences pouvant exister à cet égard entre un employeur et un autre.

[31] Ce n'est pas la même chose que de déterminer, aux fins de décider si éventuellement il y a bien eu discrimination, quel est le groupe de comparaison qu'il convient de retenir. Il n'est pas nécessaire, pour porter plainte, qu'un employé se livre à l'analyse juridique à laquelle un tribunal devra procéder pour décider si les intéressés ont effectivement fait l'objet de mesures discriminatoires.

[32] La Cour fédérale a également relevé que dans la mesure où il permet d'imposer le départ à la retraite à des personnes ayant moins de 65 ans, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP entraîne des conséquences défavorables plus grandes pour ceux qui ont eu une vie active plus courte, ou interrompue, c'est-à-dire, essentiellement, les femmes et les immigrants.

[33] Quel que soit l'âge auquel il devient possible d'imposer le départ à la retraite, les personnes dont la vie active a été plus courte ou interrompue vont être désavantagées. Selon que la ligne est tracée ici, ou là, la

composition of the group that is adversely affected will vary, perhaps to the point of amounting to systemic discrimination. However, the presence of a group of persons who are differentially adversely affected is not a point of distinction between the different ages at which mandatory retirement becomes permissible, but rather is a point of distinction between mandatory retirement at any age and no mandatory retirement at all.

[34] In summary, it is my view that of all the factors identified by the Federal Court related to the difference in wording of the CHRA and the Code, only the difference in the manner of determining the age at which mandatory retirement becomes permissible is a possible point of distinction between this case and *McKinney*.

[35] The Federal Court also invoked three other grounds which, in its view, set this case apart from *McKinney*. First among these is the argument that the Supreme Court itself did not consider its decision in *McKinney* to be the last word on the subject of mandatory retirement. The Federal Court noted comments of the majority in *McKinney* highlighting the uncertain consequences of abolishing mandatory retirement on other aspects of workplace organization. Particular emphasis was placed on the following statement: “we do not really know what the ramifications of these new schemes will be and the evidence is that it will be some 15 or 20 years before a reliable analysis can be made” (emphasis in original): *Kelly*, cited above, at paragraph 137. The Federal Court was of the view that the issue had been left open to be revisited at a later point in time when reliable evidence became available with respect to the actual experience in those jurisdictions that had abolished mandatory retirement.

[36] The Federal Court also identified the differences in the evidentiary record as a reason for distinguishing the case at hand from *McKinney*. The principal difference in the evidentiary record was the presence of expert reports that addressed the effects of abolishing mandatory retirement in jurisdictions that had done so. In short,

composition du groupe qui en subira les conséquences varie, au point peut-être où cela devient une discrimination systémique. Qu’il y ait un groupe de personnes subissant à un degré plus poussé que d’autres les conséquences d’une telle mesure ne constitue cependant pas une marque de différenciation entre les diverses limites d’âge permettant la mise à la retraite obligatoire, mais, plutôt, une marque de différenciation entre la retraite obligatoire, quelle que soit la limite d’âge en vigueur, et le fait qu’il n’y ait pas de mise obligatoire à la retraite.

[34] J’estime, pour résumer, que de tous les facteurs que la Cour fédérale a relevés en ce qui concerne la différence de formulation entre la LCDP et le Code, la seule marque de différenciation que l’on puisse retenir entre la présente affaire et la situation qui se présentait dans l’affaire *McKinney* est la manière de déterminer à quel âge il devient possible d’imposer un départ à la retraite.

[35] La Cour fédérale a également avancé trois autres motifs permettant, selon elle, de faire une distinction entre la présente affaire et la situation en cause dans l’affaire *McKinney*. D’abord, l’argument voulant que la Cour suprême n’ait pas elle-même estimé que l’arrêt *McKinney* est, en matière de retraite obligatoire, le mot de la fin. La Cour fédérale relève, dans l’arrêt *McKinney*, certaines observations des juges majoritaires soulignant les conséquences incertaines que pourrait entraîner pour divers autres aspects du monde du travail l’abolition de la retraite obligatoire. La Cour fédérale a notamment insisté sur le passage suivant : « “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” » (souligné dans l’original) : *Kelly*, précité, au paragraphe 137. Selon la Cour fédérale, la question avait été laissée en suspens, ce qui devait permettre de la réexaminer ultérieurement lorsqu’on disposerait d’éléments d’appréciation fiables sur les résultats obtenus dans les ressorts où avait été aboli le départ obligatoire à la retraite.

[36] La Cour fédérale a également invoqué, pour distinguer la présente affaire de la situation visée par l’arrêt *McKinney*, des différences au niveau des preuves versées au dossier. Sur ce plan-là, la principale différence réside dans l’existence de rapports d’experts concernant les effets de l’abolition de la retraite obligatoire dans les



the Federal Court found that there were “new facts available which call into question the factual underpinning of the Supreme Court’s decision in *McKinney*”: *Kelly*, cited above, at paragraph 146.

[37] Finally, the Federal Court identified new developments in public policy as a further reason for not following *McKinney*. The Court observed that La Forest J. himself, in his capacity as Chair of the Canadian Human Rights Review Panel, had participated in the writing of *Promoting Equality: A New Vision* (Ottawa: Department of Justice, 2000). That report, while recognizing that the issue required further study, recommended that there should no longer be blanket exemptions for mandatory retirement in the CHRA. In the Federal Court’s view, this report reflected the change in societal attitudes to mandatory retirement since *McKinney* was decided.

[38] In addition, the Federal Court reviewed the jurisprudence of various courts on the subject of mandatory retirement, including many of the same cases referred to by the Tribunal, in order to show that judicial attitudes to mandatory retirement had also evolved over time.

[39] These, then, were the reasons given by the Federal Court for refusing to follow the Supreme Court’s decision in *McKinney*.

#### STANDARD OF REVIEW

[40] In an appeal of a judicial review, the role of this Court is to determine whether the reviewing court identified the proper standard of review and then applied it correctly. In practice, this means that the appellate court applies the normal rules of appellate review as articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; see *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 43. The scope and application

ressorts où une telle mesure a été décrétée. Bref, la Cour fédérale a conclu à l’existence de « faits nouveaux qui mettent en doute le fondement factuel de la décision que la Cour suprême a rendue dans *McKinney* » : *Kelly*, précité, au paragraphe 146.

[37] Et enfin, la Cour fédérale a invoqué, comme raison supplémentaire de ne pas appliquer en l’occurrence la jurisprudence *McKinney*, l’évolution des politiques publiques. La Cour a relevé que le juge La Forest lui-même, en sa qualité de président du Comité de révision de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, avait participé à la rédaction du rapport intitulé *La promotion de l’égalité : Une nouvelle vision*, Ottawa : Ministère de la Justice, 2000. Ce rapport, alors même qu’il reconnaissait le besoin d’étudier davantage la question, recommandait que l’on supprime de la LCDP les exemptions générales en matière de retraite obligatoire. Selon la Cour fédérale, ce rapport reflète l’évolution des attitudes sociales à l’égard de la discrimination fondée sur l’âge depuis l’arrêt *McKinney*.

[38] La Cour fédérale s’est en outre livrée à un examen de la jurisprudence des diverses cours ayant eu à se prononcer sur la question de la retraite obligatoire, y compris bon nombre des décisions citées par le Tribunal, et cela, afin de démontrer que l’attitude des tribunaux judiciaires envers la retraite obligatoire avait, elle aussi, évolué.

[39] Voilà, donc, les motifs invoqués par la Cour fédérale pour refuser d’appliquer la jurisprudence *McKinney*.

#### LA NORME DE CONTRÔLE

[40] Lors d’un appel visant un jugement rendu dans le cadre d’un contrôle judiciaire, il appartient à la Cour de dire si la cour de révision a précisé quelle était la norme de contrôle applicable, puis si elle l’a correctement appliquée. Cela veut dire, en pratique, que la Cour d’appel a recours aux règles usuelles applicables au contrôle en appel, telles qu’énoncées dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 : voir *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British*

of the doctrine of *stare decisis* is a question of law for which the standard of review is correctness.

### Stare Decisis

[41] The Ontario Court of Appeal recently considered the application of *stare decisis* in a similar context. In *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1 (*Bedford*), the issue was whether the Supreme Court's decision in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the *Prostitution Reference*), which found those provisions to be constitutional, was binding in a subsequent challenge to the constitutionality of those same provisions. The impugned *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provisions dealt with keeping a common bawdy-house and communicating for the purpose of prostitution. The Ontario Court of Appeal found that the trial Judge was free to entertain a section 7 challenge to the bawdy-house provisions of the *Criminal Code* because the Supreme Court's jurisprudence on the principles of fundamental justice had evolved since the *Prostitution Reference* was decided [see 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321]. As a result, the legal issues raised in *Bedford* with respect to whether the bawdy house provisions of the *Criminal Code* were an infringement of the accused's rights under section 7 of the Charter had not previously been considered by the Supreme Court.

[42] On the other hand, the Ontario Court of Appeal found that the section 2 Charter challenge to the *Criminal Code*'s provisions on "communicating ... for the purpose of prostitution" was caught by the Supreme Court's decision. The Ontario Court of Appeal found that the trial Judge erred in failing to follow the *Prostitution Reference*, "as there was no suggestion that it [the *Prostitution Reference*] had been expressly or by implication overruled by a subsequent decision of

*Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43. La portée et l'application de la règle du *stare decisis* est une question de droit qui appelle la norme de la décision correcte.

### Stare decisis

[41] La Cour d'appel de l'Ontario a récemment eu, dans un contexte analogue, à se pencher sur la question de l'application de la règle du *stare decisis*. Dans l'arrêt *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1 (*Bedford*), la Cour était appelée à dire si la décision rendue par la Cour suprême dans le cadre du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (*Renvoi sur la prostitution*), qui a conclu à la constitutionnalité des dispositions alors en cause, s'imposait lors d'une contestation ultérieure de la constitutionnalité de ces mêmes dispositions. La disposition attaquée du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, concerne l'interdiction de tenir des maisons de débauche ou de communiquer en public à des fins de prostitution. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, le juge du procès pouvait effectivement faire droit à une contestation des dispositions du *Code criminel* interdisant de tenir des maisons de débauche, fondée sur l'article 7 de la Charte, la jurisprudence de la Cour suprême concernant les principes de justice naturelle ayant évolué depuis le *Renvoi sur la prostitution* [voir 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321]. Les questions de droit soulevées dans l'affaire *Bedford* quant à la question de savoir si les dispositions du *Code criminel* interdisant les maisons de débauche portaient effectivement atteinte aux droits de l'accusé au regard de l'article 7 de la Charte n'auraient ainsi pas été tranchées par la Cour suprême.

[42] La Cour d'appel de l'Ontario a, par ailleurs, estimé que la mise en cause des dispositions du *Code criminel* interdisant de [TRADUCTION] « communiquer à des fins de prostitution » fondée sur l'article 2 de la Charte, devait se voir appliquer la décision de la Cour suprême. La Cour d'appel de l'Ontario a estimé que c'est à tort que le juge du procès n'avait pas appliqué la jurisprudence du *Renvoi sur la prostitution*, étant donné que [TRADUCTION] « rien ne permettait de dire que [le

the Supreme Court”: see *Bedford*, cited above, at paragraph 75.

[43] The Ontario Court of Appeal went on to find that the trial Judge was wrong in departing from the decision in the *Prostitution Reference* on the basis of a re-characterization of the issue. The Court of Appeal’s comments on this issue are apposite to the present case (*Bedford*, cited above, at paragraphs 82–84):

This change in perspective has not altered the *ratio decidendi* of that case, which was that the communicating provision is a reasonable limit on freedom of expression. In coming to this conclusion, the majority applied the *Oakes* test based on the best information available to them at the time. There may be good reasons for the Supreme Court to depart from this holding for all the reasons discussed in *Polowin Real Estate*, but that is a matter for the Supreme Court to decide for itself.

In our view, the need for a robust application of *stare decisis* is particularly important in the context of *Charter* litigation. Given the nature of the s. 1 test, especially in controversial matters, the evidence and the legislative facts will continue to evolve, as will values, attitudes and perspectives. But this evolution alone is not sufficient to trigger reconsideration in the lower courts.

If it were otherwise, every time a litigant came upon new evidence or a fresh perspective from which to view the problem, the lower courts would be forced to reconsider the case despite authoritative holdings from the Supreme Court on the very points at issue. This would undermine the legitimacy of *Charter* decisions and the rule of law generally.... Such an approach to constitutional interpretation yields not a vibrant living tree but a garden of annuals to be regularly uprooted and replaced.

[44] I adopt these views without reservation. They are dispositive of three of the four grounds given by the Federal Court for not following *McKinney*.

*Renvoi sur la prostitution*] avait été expressément ou implicitement contredit par une décision ultérieure de la Cour suprême » : voir *Bedford*, précité, au paragraphe 75.

[43] Pour la Cour d’appel de l’Ontario, c’est en outre à tort que le juge du procès s’était écarté de la décision rendue dans le cadre du *Renvoi sur la prostitution* en reformulant la question. Les observations de la Cour d’appel à cet égard s’appliquent en l’espèce (*Bedford*, précité, aux paragraphes 82 à 84) :

[TRADUCTION] Ce changement de perspective ne modifie en rien la *ratio decidendi* de l’affaire, à savoir que la disposition interdisant la communication à des fins de prostitution constituait une limite raisonnable à la liberté d’expression. Pour parvenir à cette conclusion, la majorité a appliqué le critère dégagé dans l’arrêt *Oakes* compte tenu des informations qu’elle avait à l’époque. La Cour suprême peut, pour les divers motifs exposés dans l’arrêt *Polowin Real Estate*, avoir de bonnes raisons de s’écarter d’une telle conclusion, mais c’est à la Cour suprême elle-même qu’il appartient d’en décider.

Nous estimons qu’une application stricte de la règle du *stare decisis* revêt une importance particulière dans le contexte d’une contestation fondée sur les dispositions de la Charte. Compte tenu du critère défini à l’article premier, et en particulier lorsqu’il s’agit de questions prêtant à controverse, les éléments d’appréciation et la législation sont en évolution constante, comme le sont les attitudes, les valeurs et les points de vue. Cette évolution ne permet cependant pas à elle seule aux tribunaux d’instance inférieure de revenir sur ce qui a été décidé.

Autrement, à chaque fois qu’un plaideur pourrait invoquer de nouveaux éléments d’appréciation, ou un point de vue permettant d’envisager le problème sous un angle nouveau, les tribunaux d’instance inférieure se verraient obligés de revenir sur la jurisprudence malgré les arrêts de la Cour suprême qui font autorité sur ces questions précises. Ce serait saper la légitimité des décisions rendues au regard des dispositions de la Charte et, de manière plus générale, les fondements de l’État de droit [...] Une telle approche de l’interprétation des dispositions constitutionnelles nous donnerait non pas un arbre en pleine croissance, mais un jardin de plantes annuelles qui devraient régulièrement être arrachées et remplacées.

[44] J’adopte sans hésitation ces points de vue. Ils sont déterminants en ce qui concerne trois des quatre motifs avancés par la Cour fédérale pour ne pas appliquer la jurisprudence *McKinney*.

[45] To recapitulate, the Federal Court gave four reasons for not following *McKinney*:

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;
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.

[46] The argument that the Supreme Court itself did not consider *McKinney* as the last word on mandatory retirement does not authorize a lower court to relitigate the issues decided in *McKinney*. We know from cases such as *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that the Supreme Court can, and does, revisit its own decisions when the circumstances call for it to do so. To the extent that, in *McKinney*, the Supreme Court held the door open to revisit the issue of mandatory retirement at a later date, it was holding the door open for itself and not for others.

[47] The fact that there are differences in the evidentiary records in this case and in *McKinney* cannot justify departing from established jurisprudence. If it did, every case would be binding only on the parties to that case since, with rare exceptions, no two cases are decided on the same evidentiary record. Such a result, particularly in Charter litigation, is at odds with the values of certainty and finality which underlie the doctrine of *stare decisis*. Similarly, the evolution of social policy over time may justify the Supreme Court revisiting a particular issue but it cannot justify a lower court's failure to follow the Supreme Court's jurisprudence.

[45] Pour récapituler, la Cour fédérale a invoqué quatre raisons de ne pas appliquer la jurisprudence *McKinney* :

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. 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.

[46] L'argument voulant que la Cour suprême n'ait elle-même pas considéré que l'arrêt *McKinney* a tranché de manière définitive la question de la retraite obligatoire n'autorise pas un tribunal d'instance inférieure à revenir sur les questions réglées par l'arrêt *McKinney*. Des arrêts tels que *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, montrent que la Cour suprême peut revenir sur ses propres décisions lorsque les circonstances l'y portent, ce qu'elle fait effectivement. Dans la mesure où, la Cour suprême a, dans l'arrêt *McKinney*, fait qu'il est possible de réexaminer à une date ultérieure la question de la retraite obligatoire, c'est à elle-même que cette possibilité a été donnée, et non à d'autres.

[47] Le fait que l'on puisse relever entre la présente affaire et l'affaire *McKinney*, des différences au niveau des dossiers de preuve ne justifie pas que l'on s'écarte de la jurisprudence établie. Sinon, toute décision de justice ne s'imposerait qu'aux parties au litige car, à de rares exceptions près, le dossier de preuve varie d'une affaire à l'autre. Un tel résultat, et cela est particulièrement vrai de contestations fondées sur les dispositions de la Charte, serait contraire au souci de certitude et de règlement définitif qui est à l'origine de la règle du *stare decisis*. Dans un même ordre d'idées, si l'évolution des politiques sociales peut porter la Cour suprême à réexaminer une question, une telle évolution ne saurait justifier qu'un tribunal d'instance inférieure s'écarte de la jurisprudence de la Cour suprême.

[48] This is not to say that lower courts do not have a role to play in the evolution of the jurisprudence once the Supreme Court has spoken. Where a challenge to the existing jurisprudence is raised, the role of the lower court is to allow the parties to gather and present the evidence and to make the necessary findings of fact and of credibility, so as to establish the evidentiary record upon which the Supreme Court can decide whether to reconsider its earlier decision: see *Bedford*, cited above, at paragraph 76. The Federal Court's lucid, well-written decision in this case provides a basis upon which the Supreme Court can revisit *McKinney* if it is disposed to do so.

[49] That leaves for consideration the first argument raised by the Federal Court, that is, whether the difference in the manner of determining the age at which mandatory retirement becomes permissible is a possible point of distinction between this case and *McKinney*.

[50] The specific provisions in issue in *McKinney* were subsection 4(1) and paragraph 9(a) of the Code. Subsection 4(1) prohibits discrimination on the basis of age while paragraph 9(a) defines "age" as one that is 18 years or more, but less than 65. The combined effect of these provisions was to deny the protection of the Code to workers over the age of 65 in all aspects of employment, including mandatory retirement.

[51] The provision in issue in this case, paragraph 15(1)(c) of the CHRA, provides for a limited exception to age-based discrimination for individual who have reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to their own.

[52] For our purposes, the distinction between the two provisions is that in one case, the age at which mandatory retirement is permissible is set out in the statute whereas in the other, it is determined by the industry

[48] Cela ne veut pas dire que les tribunaux d'instance inférieure n'aient aucun rôle à jouer dans l'évolution de la jurisprudence à partir du moment où la Cour suprême s'est prononcée. En cas de remise en cause d'une décision de jurisprudence, il appartient à un tribunal d'instance inférieure de permettre aux parties de réunir et de présenter leurs éléments de preuve, de parvenir aux conclusions qui s'imposent au plan des faits et de la crédibilité, et d'établir le dossier de la preuve au vu duquel la Cour suprême pourra décider s'il y a lieu ou non de revenir sur sa décision antérieure : voir *Bedford*, précité, au paragraphe 76. La décision de la Cour fédérale dans cette affaire, lucide et judicieusement formulée, réunit les éléments permettant éventuellement à la Cour suprême de réexaminer, si elle y est disposée, la jurisprudence *McKinney*.

[49] Cela laisse le premier argument avancé par la Cour fédérale, c'est-à-dire la question de savoir si la différence quant à la manière de décider à partir de quel âge il est possible d'imposer le départ à la retraite permet d'opérer une distinction entre la présente affaire et la situation qui se présentait dans l'affaire *McKinney*.

[50] Les dispositions en cause dans l'affaire *McKinney* étaient le paragraphe 4(1) et l'alinéa 9a) du Code. Le paragraphe 4(1) interdit la discrimination fondée sur l'âge, et l'alinéa 9a) définit « âge », comme voulant dire 18 ans ou plus, mais moins de 65 ans. Prises dans leur ensemble, ces deux dispositions avaient pour effet d'exclure de la protection offerte par le Code les travailleurs âgés de plus de 65 ans, dans tous les aspects de leur emploi, y compris la retraite obligatoire.

[51] En l'espèce, la disposition en cause est l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, qui prévoit une exception restreinte à l'interdiction de toute discrimination en fonction de l'âge pour ce qui est des personnes ayant atteint la limite d'âge en vigueur pour leur genre d'emploi.

[52] En ce qui concerne l'affaire dont nous sommes saisis, la distinction entre les deux dispositions est que dans l'un des cas, l'âge à partir duquel on peut imposer le départ à la retraite est prévu dans la Loi, alors que

practice with respect to persons working in positions similar to that of the individual in question. The practical consequence of this distinction is that under the CHRA, mandatory retirement may be permissible at ages younger than age 65. It is this feature of paragraph 15(1)(c) which attracts constitutional scrutiny.

[53] In form, the issue in this appeal is whether the difference in the manner of determining the age at which mandatory retirement may be imposed takes the CHRA outside the Supreme Court's reasoning in *McKinney*. In substance, the issue is whether a legislative provision which permits mandatory retirement at an age less than 65 is saved by *McKinney*. In either case, it is important to understand how the Supreme Court's reasoning in *McKinney* could apply to the case at hand.

[54] The Ontario Court of Appeal was confronted with a similar problem in *Bedford* in which the issue was whether the *Prostitution Reference* was binding authority. The Ontario Court of Appeal began by defining *stare decisis* as the requirement that "courts render decisions that are consistent with the previous decisions of higher courts": see *Bedford*, cited above, at paragraph 56. The Court then quoted the following passage from *Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1st ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008) (*Bedford*, cited above, at paragraph 57):

To employ the traditional terminology: *only the ratio decidendi of the prior court decision is binding on a subsequent court. The term ratio decidendi describes the process of judicial reasoning that was necessary in order for the court to reach a result on the issues that were presented to it for a decision.* All other comments contained within the reasons of the prior court are termed *obiter dicta*, and in essence such incidental remarks are treated as asides. They may have persuasive value, but they are not binding. [Emphasis added [in *Bedford*].]

dans l'autre cas, cet âge est fixé par la pratique en vigueur pour les personnes occupant un emploi analogue à celui de l'individu en cause. Cette distinction a pour conséquence pratique qu'aux termes de la LCDP, le départ à la retraite peut être imposé à des personnes n'ayant pas atteint l'âge de 65 ans. C'est cela qui porte à s'interroger sur la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c).

[53] Au niveau de la forme, la question est en l'espèce de savoir si la différence quant à la manière de fixer l'âge à partir duquel le départ à la retraite peut être imposé a pour effet de soustraire la LCDP au raisonnement appliqué par la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*. La question est essentiellement de savoir si une disposition législative autorisant la retraite obligatoire pour des personnes n'ayant pas 65 ans se défend au regard de l'arrêt *McKinney*. Quoi qu'il en soit, il convient de bien comprendre comment le raisonnement adopté par la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney* pourrait s'appliquer en l'espèce.

[54] La Cour d'appel de l'Ontario s'est trouvée face à un problème analogue dans l'affaire *Bedford* où il lui fallait dire si la jurisprudence du *Renvoi sur la prostitution* s'imposait. La Cour d'appel de l'Ontario a d'abord précisé que, selon la règle du *stare decisis*, [TRADUCTION] « les jugements des tribunaux judiciaires se conforment à la jurisprudence des tribunaux d'instance supérieure » : voir *Bedford*, précité, au paragraphe 56. La Cour a ensuite cité le passage suivant de *Halsbury's Laws of Canada, Civil Procedure I*, 1<sup>re</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008 (*Bedford*, précité, au paragraphe 57) :

[TRADUCTION] Pour reprendre la terminologie traditionnelle : seule la ratio decidendi de l'arrêt de principe s'impose aux jugements intervenant par la suite. Le terme de ratio decidendi décrit le raisonnement juridique qui a permis à la Cour d'aboutir à une conclusion à l'égard des questions qu'elle était appelée à trancher. Les autres observations qui se trouvent dans les motifs du jugement antérieur sont considérées comme des remarques incidentes, comme quelque chose de dit en passant. De telles observations peuvent avoir une valeur de persuasion, mais elles ne s'imposent pas. [Non souligné dans l'original [c.-à-d. *Halsbury's*].]

[55] The Court went on to note that the distinction between *stare decisis* and *obiter dicta* had evolved in the Canadian context so that there is a spectrum of authoritativeness on which the statements of appellate courts may be placed. The Court then referred to its own decision in *R. v. Prokofiew*, 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, at paragraph 19 (*R. v. Prokofiew*, cited above, as quoted in *Bedford*, cited above, at paragraph 59):

The question then becomes the following: how does one distinguish between binding *obiter* in a Supreme Court of Canada judgment and non-binding *obiter*? In *Henry* [*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 309], at para. 53, Binnie J. explains that one must ask, “*What does the case actually decide?*” Some cases decide only a narrow point in a specific factual context. Other cases – including the vast majority of Supreme Court of Canada decisions – decide broader legal propositions and, in the course of doing so, *set out legal analyses that have application beyond the facts of the particular case*. [Emphasis added [in *Bedford*].]

[56] In this context, the question at hand becomes: what did *McKinney* decide? On what basis did the Supreme Court decide that the Code provisions permitting mandatory retirement at age 65 were saved by section 1 [of the Charter]? Does the Supreme Court’s reasoning apply to mandatory retirement at younger age?

[57] Let us therefore examine the reasoning in *McKinney* to see if it is limited to the case of retirement at age 65 or older.

[58] In undertaking this review, one must keep in mind the nature of the question before the Court in *McKinney*. At issue was the constitutionality of a provision that allowed for mandatory retirement beginning at age 65. As a result, it should come as no surprise that the Court’s reasons refer specifically to retirement at age 65. The question is whether those reasons apply only to the specific provisions before the Court in that case.

[55] Et puis, la Cour relève que la distinction entre la règle du *stare decisis* et la notion de remarque incidente a évolué dans le contexte canadien et que, maintenant, le degré auquel font autorité les énonciations des cours d’appel varie. La Cour a alors cité son propre arrêt *R. v. Prokofiew*, 2010 ONCA 423, 100 O.R. (3d) 401, au paragraphe 19 (*R. v. Prokofiew*, précité, tel que cité dans l’arrêt *Bedford*, précité, au paragraphe 59) :

[TRADUCTION] La question devient donc celle-ci : comment distinguer dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, entre les remarques incidentes qui font jurisprudence, et celles qui ne s’imposent pas? Dans l’arrêt *Henry* [*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 309] au par. 53, le juge Binnie explique qu’il convient de demander « Quelle est la question effectivement tranchée en l’occurrence? » Certains arrêts ne se prononcent que sur un point très précis au regard de circonstances précises elles aussi. D’autres jugements — y compris la grande majorité des arrêts de la Cour suprême du Canada — règlent des points de droit plus généraux et, ce faisant, procèdent à une analyse juridique dont l’application ne se limite pas aux faits de l’espèce. [Non souligné dans l’original [c.-à-d. *Prokofiew*].]

[56] Cela étant, la question à trancher en l’espèce est la suivante : Quelle est la question qu’a effectivement tranchée l’arrêt *McKinney*? En fonction de quel raisonnement la Cour suprême a-t-elle décidé que les dispositions du Code autorisant la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans se défendaient au regard de l’article premier de la Charte? Le raisonnement de la Cour suprême s’applique-t-il à la retraite obligatoire fixée à un âge plus bas?

[57] Examinons donc le raisonnement à la base de l’arrêt *McKinney* afin de voir s’il ne s’applique qu’à la retraite de personnes âgées d’au moins 65 ans.

[58] Il convient, lors de cet examen, de garder à l’esprit la nature de la question dont la Cour était saisie dans l’affaire *McKinney*. Il s’agissait de la constitutionnalité d’une disposition permettant d’imposer le départ à la retraite à partir de 65 ans. Il n’y a, par conséquent, rien de surprenant à ce que les motifs de la Cour aient spécifiquement visé la retraite à 65 ans. La question est de savoir si ces motifs ne s’appliquaient qu’aux dispositions précises sur lesquelles la Cour était appelée à se prononcer.

[59] Before beginning his analysis in *McKinney*, La Forest J. reviewed the history of mandatory retirement in Canada so as to place the Charter issue in its “proper linguistic, philosophic and historical contexts”: see *McKinney*, cited above, at page 292. La Forest J. noted that mandatory retirement at age 65 developed as a consequence of the development of public pension plans under which benefits were payable commencing at age 65. Private pension plans were designed so that their benefits dovetailed with those of the public plans. As a result, 65 became the generally accepted “normal” age of retirement. Mandatory retirement arose in the context of this integration of public and private pension plans.

[60] La Forest J. noted that “[a]bout one half of the Canadian work force occupy jobs subject to mandatory retirement and about two-thirds of collective agreements in Canada contain mandatory retirement provisions at the age of 65, which reflects that it is not a condition imposed on the workers but one which they themselves bargain for through their own organizations”: see *McKinney*, cited above, at page 294. In La Forest J.’s view, mandatory retirement had become part of “the very fabric of the organization of the labour market” in Canada: see *McKinney*, cited above, at page 295.

[61] In that regard, at page 294 of his reasons, La Forest J. quoted with approval from the decision of the Ontario Court of Appeal in *McKinney v. University of Guelph*, reported as 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1:

One of the primary objectives of s. 9(a) was to arrive at a legislative compromise between protecting individuals from age-based employment discrimination and giving employers and employees the freedom to agree on a date for termination of the employment relationship. Freedom to agree on a termination date is of considerable benefit to both employers and employees.

[62] This passage highlights two elements that are important to the Supreme Court’s analysis. The first is that any law permitting mandatory retirement at any age

[59] Dans l’arrêt *McKinney*, avant d’entreprendre son analyse, le juge La Forest a fait l’historique de la retraite obligatoire au Canada, afin de situer la question constitutionnelle « dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : voir *McKinney*, précité, à la page 292. Le juge La Forest a relevé que la retraite obligatoire à 65 ans est née du développement de régimes de retraite publics aux termes desquels une pension de retraite était versée à partir de 65 ans. Les régimes de retraite privés ont été conçus de manière à ce que le versement des prestations se conforme aux régimes publics. C’est ainsi que 65 ans est devenu l’âge « normal » de la retraite. La retraite obligatoire est née dans ce contexte d’intégration des régimes de retraite publics et privés.

[60] Le juge La Forest a relevé que « [p]rès de la moitié de toute la main-d’œuvre canadienne occupe un emploi assujéti à la retraite obligatoire, et près des deux tiers des conventions collectives au Canada contiennent des dispositions sur la retraite obligatoire à l’âge de 65 ans, ce qui indique qu’il ne s’agit pas d’une condition imposée aux travailleurs, mais d’une condition qu’ils ont eux-mêmes négociée par l’entremise de leurs propres organisations » : voir *McKinney*, précité, à la page 294. Selon le juge La Forest, la retraite obligatoire fait maintenant partie « de l’organisation même du marché du travail dans notre pays » : voir *McKinney*, précité, à la page 295.

[61] À cet égard, à la page 294 de ses motifs, le juge La Forest cite, en l’approuvant, la décision rendue par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’affaire *McKinney v. University of Guelph*, dont la référence est 1987 CanLII 179, 63 O.R. (2d) 1 :

[TRADUCTION] L’un des principaux objectifs de l’al. 9a) était de parvenir à un compromis législatif pour protéger les individus contre la discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi et pour reconnaître aux employeurs et aux employés la liberté de fixer la date de la fin des rapports de travail. La liberté de convenir d’une date de cessation d’emploi représente un avantage considérable tant pour les employeurs que pour les employés.

[62] Ce passage fait ressortir deux éléments qui ont de l’importance pour ce qui est de l’analyse à laquelle s’est livrée la Cour suprême. Le premier est que toute



involves a compromise between competing interests, namely, freedom from age-based discrimination and the freedom of employers and employees to make mutually beneficial decisions. The second element is the prominent place given by La Forest J. to employer/employee self-determination in the elaboration of workplace policies.

[63] After these introductory comments, La Forest J. then turned to the section 1 analysis. He examined the objectives of the legislation. After referring to the legislative debates, he summarized the legislator's preoccupations in the following passage, which I quoted earlier in these reasons (*McKinney*, cited above, at page 302):

The Legislature's concerns were with the ramifications of changing what had for long been the rule on such important social issues as its effect on pension plans, youth employment, the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment, the advantages flowing from expectations and ongoing arrangements about terms of employment, including not only retirement, but seniority and tenure and, indeed, almost every aspect of the employer-employee relationship. These issues are surely of "pressing and substantial [concern] in a free and democratic society".

[64] This passage reflects the fact that the legislature did not start with a blank slate when it enacted the Code. In the period preceding the legislation, employers and employees had entered into a variety of arrangements that reflected their expectations about workplace mobility and stability, based on the existence of mandatory retirement. The legislator was anxious to protect these mutually advantageous arrangements and was wary of interfering with them without understanding the ramifications of such changes.

[65] As La Forest J. noted in his introductory comments (see paragraphs 56 to 58 above), these arrangements usually involved mandatory retirement at age 65.

disposition législative autorisant la retraite obligatoire à quelque âge que ce soit est le fruit d'un compromis entre des intérêts divergents, en l'occurrence la protection contre les mesures discriminatoires fondées sur l'âge, d'une part, et d'autre part, la liberté qu'ont les employeurs et les employés de prendre des décisions avantageuses pour tout le monde. Le second élément est l'importance que le juge La Forest accorde à la possibilité pour les employeurs et les employés de définir eux-mêmes les politiques applicables en matière d'emploi.

[63] Après ces observations livrées à titre d'introduction, le juge La Forest aborde l'analyse de la question telle qu'elle se pose au regard de l'article premier. Il se penche d'abord sur les objectifs retenus par le législateur. Après avoir évoqué le débat à l'assemblée législative, il résume, dans le passage suivant, déjà cité plus haut, les préoccupations du législateur (*McKinney*, précité, à la page 302) :

Les préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu'entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite, le travail chez les jeunes, l'utilité pour ceux qui sont sur le marché du travail de négocier et d'établir leurs propres conditions d'emploi, les avantages qui découlent des attentes et des arrangements en cours quant aux conditions d'emploi, y compris non seulement la retraite mais encore l'ancienneté et la permanence et, en réalité, presque tous les aspects des relations employeur-employé. Ces questions constituent certainement une «[préoccupation] urgente et réelle dans une société libre et démocratique».

[64] Ce passage montre que, lorsqu'elle a adopté le Code, la législature ne partait pas de rien. Au cours de la période précédant l'adoption du texte en question, les employeurs et les employés avaient conclu divers arrangements qui traduisaient leurs diverses attentes concernant la mobilité et la stabilité de la main-d'œuvre compte tenu de la retraite obligatoire. Le législateur avait le souci de protéger ces arrangements contenant des avantages réciproques, et hésitait à intervenir dans la mesure où on ne connaissait pas très bien les conséquences qu'entraîneraient les changements.

[65] Ainsi que le juge La Forest l'a noté dans ses observations introductives (voir les paragraphes 56 à 58 ci-dessus), les arrangements en question prévoyaient

However, there were other arrangements in place in different sectors of the workplace which reflected a different organization of the workplace. By way of example, the Air Canada pension plan has required mandatory retirement at age 60 since 1957. Air Canada and its employees have been bargaining collectively since 1945. Mandatory retirement at age 60 has been a term of the collective agreement since the early 1980's: see *Vilven*, cited above, at paragraph 8. Just as the Ontario legislature did not legislate in a vacuum, neither did Parliament.

[66] Moving to the next step in the section 1 analysis, La Forest J. addressed the issue of whether the means chosen by the legislature were rationally connected to its objectives. He was of the view that the legislation achieved its purpose of maintaining stability in pension arrangements and was therefore "rationally connected to that end": *McKinney*, cited above, at page 304. In his view, there was nothing irrational in a system "that permits those in the private sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity": *McKinney*, cited above, at page 304.

[67] These words accurately describe the thrust of paragraph 15(1)(c) of the CHRA which leaves the determination of the age at which mandatory retirement is permissible to the prevailing practice in a particular industry. I find in them an indication that the majority of the Supreme Court was addressing its mind to the issue of mandatory retirement generally, and not specifically to the question of mandatory retirement at age 65.

[68] The next issue considered in La Forest J.'s analysis was minimal impairment. In analysing this issue, he reviewed some of the social science evidence contained in the record, noting the conflicting predictions as to the effects of abolishing mandatory retirement. In his view, it was not surprising that, in light of this conflicting evidence, the legislature should adopt a cautious approach to the issue.

généralement la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans. Il y avait, cependant, dans d'autres secteurs professionnels, des arrangements qui traduisaient une autre organisation du milieu de travail. C'est ainsi que le régime de pension d'Air Canada impose, depuis 1957, la retraite obligatoire à partir de 60 ans. Or, les négociations collectives entre Air Canada et ses employés remontent à 1945. La retraite obligatoire à 60 ans est une modalité de la convention collective depuis le début des années 1980 : voir *Vilven*, précité, au paragraphe 8. La législature de l'Ontario n'a donc pas légiféré à partir de rien, et cela est également vrai du Parlement.

[66] Dans l'étape suivante de son analyse de la question, au regard de l'article premier, le juge La Forest se penche sur la question de savoir si les moyens retenus par la législature entretenaient avec les objectifs visés un lien rationnel. Selon lui, la législation permettait effectivement d'atteindre l'objectif visé, c'est-à-dire le maintien de la stabilité en matière de régime de retraite, et elle entretient donc « un lien rationnel avec cette fin » : *McKinney*, précité, à la page 304. Selon lui, il n'y a rien d'irrationnel dans un système « qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activité » : *McKinney*, précité, à la page 304.

[67] Ce propos décrit correctement l'objectif que cherche à atteindre l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, qui, pour décider de l'âge de la retraite obligatoire, s'en remet à la pratique en vigueur dans un secteur particulier de l'activité économique. Je vois, dans ce propos, une indication que la majorité de la Cour suprême entendait se prononcer sur la question de la retraite obligatoire en général, et pas uniquement sur la retraite obligatoire à partir de 65 ans.

[68] À l'étape suivante de son analyse, le juge La Forest se penche sur la question de l'atteinte minimale. Il examine certains des éléments du dossier issus de recherches en sciences sociales, relevant un certain nombre de contradictions concernant les effets que pourrait entraîner l'abolition de la retraite obligatoire. Cela étant, il n'est, selon lui, pas surprenant, compte tenu de ces éléments contradictoires, que la législature ait abordé la question avec prudence.

[69] La Forest J. put his discussion of minimal impairment in context when he wrote the following at page 312 of his reasons:

It must be remembered that what we are dealing with is not regulation of the government's employees; nor is it government policy favouring mandatory retirement. It simply reflects a permissive policy. It allows those in different parts of the private sector to determine their work conditions for themselves, either personally or through their representative organizations. It was not a condition imposed on employees. Rather it derives in substantial measure from arrangements which the union movement or individual employees have struggled to obtain.

[70] This passage underlines La Forest J.'s sensitivity to the permissive nature of the Code and to the choices made by labour market participants in relation to retirement, often through the vehicle of collective bargaining. In my view, La Forest J.'s reasoning is premised on respect for the choices made by labour market participants themselves.

[71] La Forest J. then noted that a court must ultimately consider whether, on the evidence, the legislature had a reasonable basis for concluding that the means it had chosen impaired constitutionally protected rights as little as possible: see *McKinney*, cited above, at page 314. He expressed his conclusion on this point in the following terms:

I do not intend here to take sides on the economic arguments, and it may well be that acceptable arrangements can be worked out over time to take more sensitive account of the disadvantages resulting to the aged from present arrangements. But I am not prepared to say that the course adopted by the Legislature, in the social and historical context through which we are now passing, is not one that reasonably balances the competing social demands which our society must address. The fact that other jurisdictions have taken a different view proves only that the Legislatures there adopted a different balance to a complex set of competing values.

[72] Finally, La Forest J. found that the issue of proportionality between the measures adopted and the impairment of the constitutional right must be

[69] Le juge La Forest situe dans un contexte plus général son examen de l'atteinte minimale, s'exprimant en ces termes à la page 312 de ses motifs :

Il faut se rappeler que nous n'avons pas affaire à un règlement applicable aux employés du gouvernement; il ne s'agit pas non plus d'une politique gouvernementale qui favorise la retraite obligatoire. Il s'agit simplement d'une politique facultative. Elle permet à ceux qui travaillent dans des divers domaines du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement, soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une condition imposée aux employés. Elle résulte plutôt en bonne partie des ententes que le mouvement syndical ou des employés, pris individuellement, ont réussi à obtenir avec peine.

[70] Ce passage montre bien que le juge La Forest est sensible au caractère facultatif des dispositions du Code sur ce point, et aux choix des acteurs du marché de la main-d'œuvre en matière de retraite, choix souvent issus de négociations collectives. Le raisonnement du juge La Forest est fondé, selon moi, sur le respect des choix opérés par les acteurs du marché de la main-d'œuvre.

[71] Le juge La Forest note ensuite qu'en définitive un tribunal appelé à se prononcer en ce domaine doit décider si, compte tenu des preuves présentées, la législature pouvait raisonnablement conclure que les mesures qu'elle adoptait portaient le moins possible atteinte à des droits garantis par la Constitution : voir *McKinney*, précité, à la page 314. Voici en quels termes il a formulé sa conclusion sur ce point :

Je n'ai pas l'intention en l'espèce de me prononcer sur les arguments économiques et il se peut bien que l'on conclue à l'avenir des ententes acceptables qui tiendront mieux compte des désavantages que comportent les ententes actuelles pour les personnes âgées. Mais je ne suis pas prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur, dans le contexte social et historique que nous connaissons actuellement, n'établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s'attaquer notre société. Le fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes.

[72] Et enfin, le juge La Forest a estimé que la question de la proportionnalité des mesures adoptées par rapport à l'atteinte à un droit garanti par la Constitution

approached in a manner that respects the fact that certain types of Charter problems lend themselves to incremental solutions. In La Forest's view, "it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once": see *McKinney*, cited above, at page 317. This is particularly so in a case like this where protecting the rights of one group of people necessarily affects the rights of others.

[73] Justices Sopinka and Cory each wrote concurring reasons agreeing with La Forest J.'s reasons and conclusion: see *McKinney*, cited above, at pages 445 and 447. Each of them went on to add a further element to the analysis, an element which, in my view, reinforces the thrust of La Forest J.'s analysis.

[74] Sopinka J. summarized his thinking on the issue of mandatory retirement as follows (*McKinney*, cited above, at page 446):

The current state of affairs in the country, absent a ruling from this court that mandatory retirement is constitutionally impermissible, is the following. The federal government and several provinces have legislated against it. Others have declined to do so. These decisions have been made by means of the customary democratic process and no doubt this process will continue unless arrested by a decision of this Court. Furthermore, employers and employees through the collective bargaining process can determine for themselves whether there should be a mandatory retirement age and what it should be. They have done so in the past, and the position taken by organized labour on this issue indicates that they wish this process to continue. A ruling that mandatory retirement is constitutionally invalid would impose on the whole country a regime not forged through the democratic process but by the heavy hand of the law. Ironically, the *Charter* would be used to restrict the freedom of many in order to promote the interests of the few. While some limitation on the rights of others is inherent in recognizing the rights and freedoms of individuals the nature and extent of the limitation, in this case, would be quite unwarranted. I would therefore dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

[75] Cory J. was more passionate in his defence of the collective bargaining process (*McKinney*, cited above, at pages 447–448):

doit être abordée d'une manière qui tienne compte du fait que certains types de problèmes en rapport avec les dispositions de la Charte se prêtent à des dispositions progressives. Selon le juge La Forest, « il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois » : voir *McKinney*, précité, à la page 317. Il en va particulièrement ainsi lorsque la protection des droits de certains, va nécessairement affecter les droits de certains autres.

[73] Les juges Sopinka et Cory ont chacun exposé des motifs concourants en harmonie avec les motifs et la conclusion du juge La Forest : voir *McKinney*, précité, aux pages 445 et 447. Chacun a ajouté à l'analyse un élément complémentaire qui, selon moi, renforce la portée de l'analyse effectuée par le juge La Forest.

[74] Voici, en quels termes, le juge Sopinka a résumé sa pensée sur la question de la retraite obligatoire (*McKinney*, précité, à la page 446) :

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. Qui plus est, les employeurs et les employés peuvent, dans le cadre du processus de la négociation collective, déterminer eux-mêmes s'il y a lieu de fixer un âge de retraite obligatoire et quel devrait être cet âge. Ils l'ont fait dans le passé et la position adoptée par les syndicats à l'égard de cette question indique qu'ils veulent que ce processus se poursuive. Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit. Ironiquement, la *Charte* serait utilisée pour limiter la liberté de bien des gens pour promouvoir les intérêts de quelques-uns. Bien que la reconnaissance des droits et libertés des particuliers comporte en soi une certaine restriction des droits d'autrui, la nature et l'étendue de la restriction en l'espèce serait tout à fait injustifiée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge La Forest.

[75] Le juge Cory va encore plus loin dans sa défense des négociations collectives (*McKinney*, précité, aux pages 447 et 448) :

Bargains struck whereby higher wages are paid at an earlier age in exchange for mandatory retirement at a fixed and certain age, may well confer a very real benefit upon the worker and not in any way affect his or her basic dignity or sense of worth. If such contracts should be found to be invalid, it would attack the very foundations of collective bargaining and might well put in jeopardy some of the hard won rights of labour.

The collective agreement reflects the decision of intelligent adults, based upon sound advice, that it is in the best interest of themselves and their families to accept a higher wage settlement for the present and near future in exchange for agreeing to a fixed and certain date for retirement. In those circumstances, it would be unseemly and unfortunate for a court to say to a union worker that, although this carefully made decision is in the best interest of you and your family, you are not going to be permitted to enter into this contract. It is a position that I would find unacceptable.

[76] Both of these passages emphasize La Forest J.'s belief in the wisdom of deferring to the legislature's choices with respect to the organization of the workplace by employers and employees.

[77] Given all of this, what does *McKinney* stand for?

[78] It is perhaps easier to state what *McKinney* did not decide. *McKinney* did not decide that the provisions of the Code permitting mandatory retirement as of age 65 were saved by section 1 of the Charter because 65 was seen as the normal age of retirement. La Forest J.'s observation that 65 had come to be regarded as the normal age of retirement does not figure at all in his subsequent application of the *Oakes* test. It is simply a demographic observation, the occurrence of which is explainable by reference to certain economic factors.

[79] Age 65, in and of itself, cannot justify a breach of section 15 of the Charter. The factors which justify mandatory retirement must logically apply independent of age since one cannot justify a breach of the right to

Les ententes conclues où l'on prévoit que des salaires plus élevés sont versés à un âge plus jeune en échange de la retraite obligatoire à un âge fixe et précis peuvent fort bien conférer un véritable avantage au travailleur et ne toucher d'aucune façon à sa dignité ou à sa valorisation personnelles. Si ces contrats étaient déclarés invalides, on porterait atteinte aux fondements mêmes de la négociation collective et on pourrait fort bien mettre en péril certains droits durement acquis en matière de travail.

La convention collective reflète la décision, fondée sur des conseils judicieux, de personnes adultes intelligentes qu'il est dans leur meilleur intérêt, ainsi que dans celui de leur famille, d'accepter pour l'immédiat et un avenir rapproché un salaire plus élevé en échange de l'établissement d'une date fixe précise pour la retraite. Dans ces circonstances, il serait inconvenant et malheureux qu'un tribunal dise à un travailleur syndiqué que, même si cette décision soigneusement prise est dans son meilleur intérêt et celui de sa famille, on ne lui permettra pas de conclure ce contrat. Il s'agit d'une position que j'estime inacceptable.

[76] Ces deux passages soulignent à quel degré le juge La Forest considère qu'il convient de s'en remettre aux choix de la législature pour ce qui est de l'organisation, par les employeurs et les employés, du marché du travail.

[77] Cela étant, quelle est, au juste, la portée de l'arrêt *McKinney*?

[78] Peut-être est-il plus aisé de dire quels sont les points sur lesquels l'arrêt *McKinney* ne s'est pas prononcé. L'arrêt *McKinney* n'a notamment pas dit que les dispositions du Code autorisant la retraite obligatoire à partir de 65 ans se défendaient au regard de l'article premier de la Charte parce que 65 ans est considéré comme l'âge de la retraite en vigueur. Le juge La Forest a bien dit que 65 ans était dorénavant considéré comme l'âge de la retraite en vigueur, mais il ne reprend pas cette observation plus loin, lors de son application du critère dégagé par l'arrêt *Oakes*. Il s'agit d'une simple observation de caractère démographique, qui s'explique au vu de certains facteurs économiques.

[79] L'âge de 65 ans ne saurait en soi justifier une atteinte à l'article 15 de la Charte. Les facteurs qui justifient la retraite obligatoire doivent logiquement s'appliquer indépendamment de l'âge car on ne saurait,

be free from age-based discrimination by reference to age itself. Such an argument would be tautological.

[80] In my view, what *McKinney* did decide was that mandatory retirement, as an exception to the prohibition against discrimination on the basis of age, could be justified under section 1 of the Charter when it is a mutually advantageous arrangement between employers and employees which permits the workplace to be organized in a manner that accommodates the needs of both parties. While these types of arrangements are not limited to unionized workplaces, La Forest J. was very conscious of the significant role that collective bargaining plays in achieving these types of accommodations: see *McKinney*, cited above, at pages 312–314.

[81] There is nothing in *McKinney* that would suggest that the analysis which resulted in the conclusion that paragraph 9(a) of the Code was saved under section 1 of the Charter does not apply to provisions permitting mandatory retirement prior to age 65.

[82] While retirement at age 65 is the norm in the general workforce, there are instances of particular occupational groups in which there are longstanding mandatory retirement arrangements at an age other than 65. This case is but one example of such an arrangement. There is nothing in *McKinney* which would force the conclusion that such arrangements were not justified under section 1 of the Charter simply because the agreed upon age of mandatory retirement was less than 65.

[83] Moreover, the trigger by which the age of mandatory retirement is fixed does not change the analysis insofar as the constitutional validity of a permissive mandatory retirement provision is concerned. The trigger in the case of paragraph 15(1)(c) of the CHRA, the normal age of retirement for a given occupation or position, simply allows for the fact that certain occupational groups may have negotiated arrangements based on a fixed and certain retirement date other than age 65.

sous peine de tautologie, invoquer l'âge de l'intéressé pour justifier une atteinte au droit d'échapper aux mesures discriminatoires fondées sur l'âge.

[80] Selon moi, ce que l'arrêt *McKinney* a dit, c'est que la retraite obligatoire, qui constitue une exception à l'interdiction de toute mesure discriminatoire fondée sur l'âge, peut se justifier au regard de l'article premier de la Charte lorsqu'elle correspond à un arrangement qui est dans l'intérêt à la fois des employeurs et des employés, puisqu'il permet une organisation du travail correspondant aux besoins des deux parties. De tels arrangements ne se limitent pas aux emplois syndiqués, mais le juge La Forest était tout à fait conscient de l'importance des négociations collectives lorsqu'il s'agit de parvenir à ce type d'arrangement : voir *McKinney*, précité, aux pages 312 à 314.

[81] Il n'y a rien, dans l'arrêt *McKinney*, qui permette de dire que l'analyse ayant mené à conclure que l'alinéa 9a) du Code se défendait au regard de l'article premier de la Charte ne s'applique pas aux dispositions autorisant la retraite obligatoire avant l'âge de 65 ans.

[82] L'âge de 65 ans est certes l'âge normal de la retraite pour l'ensemble de la main-d'œuvre, mais il existe depuis longtemps, pour certains groupes professionnels, des dispositions prévoyant la retraite obligatoire à un âge autre que 65 ans. Le présent cas n'est qu'un exemple de ce genre d'arrangement. L'arrêt *McKinney* ne contient rien qui contraigne à conclure que de tels arrangements ne se justifient pas au regard de l'article premier de la Charte simplement parce qu'ils prévoient la retraite obligatoire à moins de 65 ans.

[83] Précisons par ailleurs que la manière dont est fixé l'âge de la retraite obligatoire ne change rien à l'analyse de la validité constitutionnelle d'une disposition autorisant la retraite obligatoire. Pour ce qui est de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, la retraite obligatoire devient possible dès l'âge de la retraite en vigueur pour un genre d'emploi donné, ce qui ne fait que reconnaître que certains groupes professionnels peuvent avoir négocié des arrangements prévoyant, comme date fixe et certaine du départ à la retraite, un âge autre que 65 ans.

[84] By way of example only, in the *Vilven* decision, the Federal Court noted the Tribunal's observations with respect to mandatory retirement for pilots at Air Canada (*Vilven*, cited above, at paragraph 217):

In this case, ACPA and Air Canada agreed to retirement at age 60 in exchange for a rich compensation package, including a pension plan that put Air Canada pilots in an elite group of pensioners. Based upon the testimony of an Air Canada witness, the Tribunal observed [at paragraph 100] that employees, including Air Canada pilots, are not faced with the indignity of retiring because they have been found to be incapable of performing the requirements of their position or because of failing health. Instead, "retirement at age 60 for pilots is the fully understood and anticipated conclusion of a prestigious and financially rewarding career."

[85] While the issue at hand is not the validity of Air Canada's mandatory retirement policy, this passage does make it clear that the same mechanisms which are at play in workplaces where mandatory retirement occurs at age 65 are also at play in workplaces where the parties have agreed upon mandatory retirement at a younger age.

[86] To recapitulate, I am of the view that *McKinney* decided that a provision which permits mandatory retirement is constitutionally permissible because the existence of a fixed and certain retirement date permits the negotiation of mutually beneficial arrangements which might not otherwise be possible. A provision such as paragraph 15(1)(c) of the CHRA permits such arrangements and would therefore come within the principles articulated in *McKinney*.

[87] That said, it may be that conditions have changed to the point where the Supreme Court is prepared to revisit this issue. If it is, then, obviously, nothing in this decision would prevent it from doing so.

[88] I therefore find that the Tribunal and the Federal Court were bound by *McKinney* and ought to have followed it.

[84] Simplement à titre d'exemple, la Cour fédérale a, dans son jugement *Vilven*, cité les observations du Tribunal concernant la retraite obligatoire des pilotes d'Air Canada (*Vilven*, précité, au paragraphe 217) :

En l'espèce, l'APAC et Air Canada ont convenu de fixer l'âge de la retraite à 60 ans en échange d'un généreux système de rémunération, qui comporte un régime de retraite qui situe les pilotes d'Air Canada dans un groupe privilégié de pensionnés. Se fondant sur la déposition d'un témoin d'Air Canada, le Tribunal a fait remarquer [au paragraphe 100] que les employés, dont les pilotes d'Air Canada, ne sont pas mis dans la situation embarrassante d'être obligés de prendre leur retraite parce qu'il a été conclu qu'ils sont incapables de satisfaire aux exigences de leur emploi ou que leur état de santé se dégrade. Au contraire, « la retraite à 60 ans pour les pilotes est la conclusion entièrement comprise et attendue d'une carrière prestigieuse et valorisante pécuniairement ».

[85] La question à trancher en l'espèce n'est pas celle de la validité de la politique d'Air Canada en matière de retraite obligatoire, mais ce passage précise bien que les mécanismes adoptés dans les entreprises où l'âge de la retraite obligatoire est fixé à 65 ans s'appliquent également aux cas où les parties ont convenu d'un départ obligatoire à la retraite à un âge moins avancé.

[86] Bref, j'estime que, selon l'arrêt *McKinney*, une disposition autorisant la retraite obligatoire se défend au regard de la Constitution, car l'existence, pour le départ à la retraite, d'un âge fixe et certain, permet la négociation, dans l'intérêt des diverses parties concernées, d'arrangements qui ne seraient peut-être pas possibles autrement. Une disposition qui, comme l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, permet de tels arrangements, est donc conforme aux principes dégagés par l'arrêt *McKinney*.

[87] Cela étant, il se peut que les conditions aient évolué au point où la Cour suprême serait disposée à réexaminer la question. Si c'est effectivement le cas, il est clair que la présente décision ne comporte rien qui l'empêcherait de le faire.

[88] Je considère, par conséquent, que la jurisprudence *McKinney* s'imposait au Tribunal et à la Cour fédérale et qu'il y avait lieu pour eux de l'appliquer.

## CONCLUSION

[89] The Federal Court decided in *Vilven* that the Tribunal's conclusion that age 60 was the normal age for pilots was reasonable, see *Vilven*, cited above, at paragraph 174. Since paragraph 15(1)(c) of the CHRA is constitutionally valid, and since the Pilot's complaints were caught by paragraph 15(1)(c), it follows that their complaints should be dismissed.

[90] I would therefore allow the appeal with costs in this Court and in the Federal Court. I would set aside the decision of the Federal Court, and return the matter to the Tribunal with the direction that the complaints of Mr. Kelly and Mr. Vilven should be dismissed on the ground that paragraph 15(1)(c) of the CHRA is constitutionally valid, and that 60 is the normal retirement age for persons working in positions similar to theirs.

[91] I would also dismiss the cross-appeal with costs.

GAUTHIER J.A.: I agree.

## CONCLUSION

[89] Dans le jugement *Vilven*, la Cour fédérale estime qu'il était, de la part du Tribunal, raisonnable de conclure que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les pilotes : voir *Vilven*, précité, au paragraphe 174. Étant donné la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, et puisque la plainte déposée par les Pilotes tombe sous le coup de l'alinéa 15(1)c), leur plainte doit être rejetée.

[90] J'accueillerais, par conséquent, l'appel, avec dépens tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale. J'infirmes la décision de la Cour fédérale, renvoyant l'affaire au Tribunal pour qu'il rejette les plaintes déposées par MM. Kelly et Vilven, l'alinéa 15(1)c) de la LCDP étant constitutionnellement valide, et 60 ans étant l'âge normal de la retraite pour ce genre d'emploi.

[91] Je rejetterais, également avec dépens, l'appel incident.

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