

T-2248-92

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

v.

Douglas H. Martin, Ernest H. Grosseck, Robert James Slavik, David E. Kilmartin, Ronald McIsaac, J. Jacques Lemieux, Raymond Blanchet, Gerald Robicheau, Ronald Lavigne, Peter McCullough and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

*INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MARTIN (T.D.)*

Trial Division, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, December 8, 1993 and January 31, 1994.

*Human rights — Application for judicial review of decision by Canadian Human Rights Tribunal Canadian Forces compulsory retirement age policy discrimination in employment contrary to CHRA, ss. 7, 10 — Respondents forced to retire at 55 under Q.R.&O., arts. 15.17, 15.31 — Tribunal right in finding CHRA, s. 15(b) not applicable — BFOR test including subjective, objective elements — Objective component based on rationality, proportionality of employer's policies — To meet rationality test, means used must be rationally connected to objectives — Individual testing alternative to compulsory retirement age — Testing to assess level of fitness feasible — CAF mandatory retirement policy not BFOR under Act, s. 15(a).*

*Armed forces — Compulsory retirement age of 55 for CAF officers, other ranks under Q.R.&O., arts. 15.17, 15.31 — Whether discrimination in employment contrary to CHRA, ss. 7, 10 — CAF mandatory retirement policies imposed in good faith as necessary to overall effectiveness of Forces — Rational connection required between safety/medical objectives and mandatory retirement policy — Compulsory retirement age not reasonably necessary to attaining objectives — Individual testing alternative to retirement policy — CAF capable of developing necessary tests — Aerobic capacity better indicator of fitness than age — Mandatory retirement policy not BFOR under CHRA, s. 15(a).*

T-2248-92

Le procureur général du Canada (*requérant*)

c.

<sup>a</sup> Douglas H. Martin, Ernest H. Grosseck, Robert James Slavik, David E. Kilmartin, Ronald McIsaac, J. Jacques Lemieux, Raymond Blanchet, Gerald Robicheau, Ronald Lavigne, Peter McCullough et la Commission canadienne des droits de la personne (*intimés*)

*RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. MARTIN (1<sup>re</sup> INST.)*

c

Section de première instance, juge Tremblay-Lamer —Ottawa, 8 décembre 1993 et 31 janvier 1994.

*Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a statué que la politique concernant l'âge obligatoire de la retraite qu'appliquaient les Forces armées canadiennes constituait de la discrimination en matière d'emploi en violation des art. 7 et 10 de la LCDP — En vertu des art. 15.17 et 15.31 des ORR, les intimés étaient forcés de prendre leur retraite à l'âge de 55 ans — Le Tribunal a eu raison de conclure que l'art. 15b) de la LCDP ne s'appliquait pas — Le critère s'appliquant aux EPJ comprend des éléments subjectifs et des éléments objectifs — L'élément objectif est fondé sur le caractère rationnel et proportionné des politiques de l'employeur — Pour satisfaire au critère concernant le caractère rationnel, les moyens utilisés doivent être rationnellement liés aux objectifs — L'administration de tests individuels est une solution de rechange par rapport à l'âge obligatoire de la retraite — L'administration de tests visant à permettre d'évaluer le niveau de forme physique est une solution faisable — La politique des FAC concernant la retraite obligatoire ne constitue pas une EPJ au sens de l'art. 15a) de la Loi.*

*Forces armées — L'âge obligatoire de la retraite s'appliquant aux officiers des FAC et aux autres militaires du rang est de 55 ans en vertu des art. 15.17 et 15.31 des ORR — Il s'agit de savoir s'il y a discrimination en matière d'emploi en violation des art. 7 et 10 de la LCDP — Les FAC étaient de bonne foi en imposant la politique de retraite obligatoire pour le motif que celle-ci était nécessaire à leur efficacité globale — Il doit exister un lien rationnel entre les objectifs médicaux et les objectifs liés à la sécurité d'une part et la politique concernant la retraite obligatoire — L'âge obligatoire de la retraite n'est pas une exigence raisonnablement nécessaire aux fins de la réalisation de ces objectifs — L'administration de tests individuels constitue une solution de rechange par rapport à la politique en question — Les FAC sont en mesure d'élaborer les tests nécessaires — La capacité aérobique constitue un meilleur indice de la forme physique que l'âge — La politique concernant la retraite obligatoire ne constitue pas une EPJ au sens de l'art. 15a) de la LCDP.*

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal that the compulsory retirement age policy adopted by the Canadian Armed Forces (CAF) constitutes discrimination in employment on the basis of age contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA). The compulsory retirement age of officers and other ranks in the CAF is 55 under the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (Q.R.&O.), articles 15.17 and 15.31. The CAF conceded before the Tribunal that its mandatory retirement policy constituted a discriminatory practice under sections 7 and 10 of the CHRA but sought to justify it on two grounds: first, this policy was a *bona fide* occupational requirement (BFOR) within the meaning of paragraph 15(a) of the Act; and second, it constituted "regulations" within the meaning of paragraph 15(b) of the Act. The Tribunal ruled that paragraph 15(b) was not applicable to Q.R.&O. 15.17 and 15.31 since the latter contain no reference to the CHRA and are not regulations made for the purposes of paragraph 15(b) of the CHRA. After examining the social, structural, safety and medical reasons advanced by the CAF, the Tribunal concluded that it had not been proven that it was not feasible to assess the risk presented by each member on an individual basis by means of appropriate tests, and therefore that the general exclusion constituted a BFOR. This appeal raised two main issues: 1) whether paragraph 15(b) of the CHRA is applicable to Q.R.&O. 15.17 and 15.31, and 2) whether the mandatory retirement policy of the CAF was a BFOR under paragraph 15(a) of the CHRA.

*Held*, the application should be dismissed.

1) The guiding principle of the CHRA being the removal of discrimination, any exception to this principle must be interpreted restrictively and with regard to the overall objectives of that Act. Therefore, Q.R.&O. 15.17 and 15.31 could not be included within the meaning of paragraph 15(b) of the CHRA unless there was evidence of a clear intention on the part of the Legislature and the Governor in Council that they be so included. They contain no indication that they were made for the purposes of paragraph 15(b) of the CHRA, especially since they were passed prior to the enactment of that section. The Tribunal committed no error in law in finding that paragraph 15(b) does not apply to Q.R.&O. 15.17 and 15.31.

2) The test relating to the BFOR has two components, both of which are to be proven by the employer. The first is that the employer's motives, measured subjectively, for implementing the work rule must be to assure the "efficient and economical performance of the job". The second is an objective inquiry as to whether the limitation is "reasonably necessary" for achieving that legitimate purpose. There was no issue pertaining to the subjective branch of the test: the mandatory retirement policies of the CAF were imposed in good faith based on the belief that they were necessary to the overall effectiveness of the Forces. The objective component is based upon the require-

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne avait statué que la politique concernant l'âge obligatoire de la retraite adoptée par les Forces armées canadiennes (FAC) constituait de la discrimination en matière d'emploi, fondée sur l'âge, en violation des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP). En vertu des articles 15.17 et 15.31 des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORR), l'âge obligatoire de la retraite s'appliquant aux officiers des FAC et aux autres militaires du rang est de 55 ans. Les FAC ont concédé devant le Tribunal que la politique concernant la retraite obligatoire constituait un acte discriminatoire au sens des articles 7 et 10 de la LCDP, mais elles ont tenté de la justifier en invoquant deux motifs: en premier lieu, cette politique constituait une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l'alinéa 15a) de la Loi; en second lieu, il s'agissait d'un «règlement» au sens de l'alinéa 15b) de la Loi. Le Tribunal a statué que l'alinéa 15b) ne s'appliquait pas aux articles 15.17 et 15.31 des ORR étant donné que ces derniers ne comportaient aucun renvoi à la LCDP et qu'il ne s'agissait pas de règlements pris pour l'application de l'alinéa 15b) de la LCDP. Après avoir examiné les motifs sociaux, organisationnels et médicaux ainsi que les raisons de sécurité invoqués par les FAC, le Tribunal a conclu que les FAC n'avaient pas prouvé qu'il n'était pas faisable d'évaluer de façon individuelle le risque que présentait chaque membre à l'aide de tests appropriés et que l'exclusion générale constituait donc une EPJ. Cet appel soulevait deux questions principales, à savoir: 1) si l'alinéa 15b) de la LCDP s'appliquait aux articles 15.17 et 15.31 des ORR, et 2) si la politique des FAC concernant l'âge obligatoire de la retraite constituait une EPJ en vertu de l'alinéa 15a) de la LCDP.

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) Étant donné que le principe directeur de la LCDP est l'élimination de la discrimination, toute exception à ce principe doit être interprétée restrictivement et compte tenu des objectifs globaux de cette Loi. Par conséquent, les articles 15.17 et 15.31 des ORR ne pouvaient pas être visés par l'alinéa 15b) de la LCDP en l'absence de preuve d'une intention claire de la part du législateur et du gouverneur en conseil qu'ils soient ainsi visés. Ils n'indiquent aucunement qu'ils ont été pris aux fins de l'alinéa 15b) de la LCDP, étant donné en particulier qu'ils ont été pris avant l'adoption de cette disposition. Le Tribunal n'a commis aucune erreur de droit en concluant que l'alinéa 15b) ne s'appliquait pas aux articles 15.17 et 15.31 des ORR.

2) Le critère s'appliquant aux EPJ comporte deux éléments, dont l'existence doit être prouvée par l'employeur. En premier lieu, les motifs pour lesquels l'employeur applique la règle de travail, appréciés subjectivement, doivent viser à assurer l'«exécution efficace et économique du travail». En second lieu, il faut déterminer objectivement si la restriction est «raisonnablement nécessaire» aux fins de la réalisation de ce but légitime. L'élément subjectif du critère n'était pas en litige: les FAC étaient de bonne foi lorsqu'elles avaient imposé la politique concernant la retraite obligatoire en se fondant sur leur conviction que celle-ci était nécessaire à leur efficacité globale.

ments of rationality and proportionality of the employer's policies. For the purposes of the present analysis, the overall objective of military effectiveness presents two different aspects, structural/organizational and safety/medical. In order to meet the test of rationality, the means used by the CAF (the compulsory retirement age of 55) must be rationally connected to its objectives. They must be reasonably necessary to achieve those ends, not just administratively convenient; and they cannot be the product of mere impressions, stereotypes or unsubstantiated generalizations. With respect to the structural objectives of the CAF, the real question was whether the connection between the means used and the objectives is a rational one. According to the evidence, a 10% yearly turnover in personnel is needed to meet the structural requirements of the CAF; the overall proportion of this required turnover attributable to the compulsory retirement policy itself is only 1% and of this number only a small percentage would choose to stay on if mandatory retirement were abolished. Thus, the Tribunal's conclusion that the compulsory retirement policy is not reasonably necessary to attaining the objectives of the CAF was well-founded. The organizational effectiveness of the CAF is not as tightly bound up with mandatory retirement as could be the case in other contexts. When the employer's objectives relate to issues of health and safety, the adjudicating body must assess the risk factor in determining whether the means are rationally connected to the objectives. The requirement in the CAF for physically fit personnel who are at all times trained and prepared for war is a rational objective directly tied to the prime directive of that organization. It was also acknowledged that mandatory retirement is rationally connected to this end; in other words, that the age of CAF personnel is related in a rational way to the tasks that are required of them and to the harsh conditions they must sometimes endure.

The central issue was whether the Tribunal had erred in concluding that although the compulsory retirement age of 55 was rationally connected to the safety/medical objectives of the CAF, it was not ultimately necessary since the CAF was capable of developing and implementing tests which could accurately assess the fighting capability of its personnel. Pursuant to the principle of proportionality, any measure that limits the rights of individuals guaranteed under human rights legislation must infringe upon those rights as little as possible. That raised the issue as to whether there are reasonable alternatives to the mandatory retirement policy which could attain the objective of a well-trained, combat-ready force. In this case, individual testing was the alternative explored by the Tribunal. The standard of proof which should be applied to the determination of whether individual testing is a reasonable alternative is "feasibility" rather than "possibility". It is important to determine the feasibility of individual testing both in relation to assessing a given level of fitness and to detecting the diseases linked to aging that may prevent individuals from being operationally

L'élément objectif est fondé sur le fait que les politiques de l'employeur doivent être rationnelles et proportionnées. Aux fins de la présente analyse, l'objectif global de l'efficacité militaire est examiné sous deux rubriques, à savoir les éléments organisationnels d'une part, et les éléments médicaux ou les éléments liés à la sécurité d'autre part. Afin de satisfaire au critère de la rationalité, les moyens employés par les FAC (l'âge obligatoire de la retraite de 55 ans) doivent être rationnellement liés aux objectifs visés. Ils doivent être raisonnablement nécessaires aux fins de la réalisation de ces fins, et non simplement commodes sur le plan administratif; de plus, ils ne peuvent pas résulter de simples impressions, de stéréotypes ou de généralisations non fondées. En ce qui concerne les objectifs organisationnels des FAC, il s'agit en réalité de savoir si le lien qui existe entre les moyens employés et les objectifs visés est rationnel. Selon la preuve, il faut un roulement annuel de personnel de 10 % pour satisfaire aux exigences organisationnelles des FAC; le pourcentage global de ce roulement qui est attribuable à la politique de retraite obligatoire elle-même n'est que de 1 % et un nombre peu élevé de personnes choisiraient de continuer à travailler si la retraite obligatoire était abolie. Par conséquent, la conclusion tirée par le Tribunal, à savoir que la politique de retraite obligatoire n'était pas raisonnablement nécessaire aux fins de la réalisation des objectifs des FAC, était fondée. L'efficacité organisationnelle des FAC n'est pas aussi étroitement liée à la retraite obligatoire que ce ne serait le cas dans d'autres contextes. Lorsque les objectifs de l'employeur se rapportent à des questions de santé et de sécurité, l'organe de décision doit évaluer le facteur de risque en déterminant si les moyens employés sont rationnellement liés aux objectifs visés. L'exigence des FAC selon laquelle le personnel doit être en bonne forme physique et être en tout temps formé et prêt à aller à la guerre constitue un objectif rationnel directement lié à l'orientation primordiale de cette organisation. Il était également reconnu que la retraite obligatoire est rationnellement liée à cette fin; en d'autres termes, l'âge du personnel des FAC est lié d'une façon rationnelle aux tâches que celui-ci doit accomplir et aux conditions difficiles auxquelles il doit parfois faire face.

La question primordiale était de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en concluant que l'âge obligatoire de la retraite de 55 ans était rationnellement lié aux objectifs médicaux et aux objectifs liés à la sécurité, mais qu'en fin de compte, cette politique n'était pas nécessaire puisque les FAC pouvaient élaborer et administrer des tests qui permettaient d'évaluer avec exactitude la capacité de combat du personnel. Conformément au principe de la proportionnalité, toute mesure qui limite les droits garantis par la législation sur les droits de la personne doit porter le moins possible atteinte à ces droits. Cela soulevait la question de savoir s'il existait des solutions de rechange raisonnables par rapport à la politique de retraite obligatoire, lesquelles permettaient d'atteindre l'objectif voulant qu'on dispose d'un effectif bien formé et prêt au combat. En l'espèce, l'administration de tests individuels était la solution de rechange examinée par le Tribunal. La norme de preuve qu'il faudrait appliquer pour déterminer si l'administration d'un test individuel constitue une solution de rechange raisonnable consiste à savoir si cette dernière est «faisable» plutôt

effective in times of greatest need. The evidence indicated that testing in order to assess the level of fitness was feasible. For example, aerobic capacity is a good indicator of performance capacity and a better predictor of fitness levels than age. Therefore, it was not reasonable to exclude an entire sector of the CAF from employment solely on the basis of age. The Tribunal was right in concluding that the CAF mandatory retirement policy was not a BFOR within the meaning of paragraph 15(a) of the CHRA.

que «possible». Il est important de déterminer si l'administration de tests individuels est faisable tant lorsqu'il s'agit d'évaluer un niveau donné de forme physique que lorsqu'il s'agit de déceler les maladies liées au vieillissement qui peuvent empêcher une personne d'agir d'une façon efficace dans les opérations au moment où l'on en a le plus besoin. La preuve a montré que l'administration de tests visant à permettre d'évaluer le niveau de forme physique était faisable. Ainsi, la capacité aérobique est un bon indice du rendement et est un meilleur indice des niveaux de forme physique que ne l'est l'âge. Par conséquent, il n'était pas raisonnable d'exclure tout un secteur des FAC uniquement en se fondant sur l'âge. Le Tribunal a eu raison de conclure que la politique des FAC concernant la retraite obligatoire n'était pas une EPJ au sens de l'alinéa 15a) de la LCDP.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15(a),(b).

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 14(b).

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2(f) (as am. by S.C. 1972, c. 13, s. 2), 235(2) (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 16).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*General Pilotage Regulations*, C.R.C., c. 1263, s. 4(1)(a).

*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, s. 11.1 (as enacted by S.A. 1985, c. 33, s. 5).

*National Defence Act*, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 12(1), 134 (as enacted by S.C. 1972, c. 13, s. 73.1).

*Pilotage Act*, S.C. 1970-71-72, c. 52, s. 42(a).

*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision), arts. 15.17, 15.31, 22.01 (as am. by P.C. 1976-1799).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; 88 N.R. 321; 18 Q.A.C. 164; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2f) (mod. par S.C. 1972, ch. 13, art. 2), 235(2) (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 16).

*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 11.1 (édicte par S.A. 1985, ch. 33, art. 5).

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15a),b).

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 14b).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur la défense nationale*, S.R.C. 1970, ch. N-4, art. 12(1), 134 (édicte par S.C. 1972, ch. 13, art. 73.1).

*Loi sur le pilotage*, S.C. 1970-71-72, ch. 52, art. 42a).

*Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1968), art. 15.17, 15.31, 22.01 (mod. par C.P. 1976-1799).

*Règlement général sur le pilotage*, C.R.C., ch. 1263, art. 4(1a).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; 82 CLLC 17,005; 40 N.R. 159; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; 10 C.H.R.R. D/5515; 88 CLLC 17,031; 88 N.R. 321; 18 Q.A.C. 164; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; (1989), 65 D.L.R. (4th) 481; [1990] 1 W.W.R. 481; 81 Sask. R. 263; 11 C.H.R.R. D/204; 90 CLLC 17,001; 45 C.R.R. 363.

## APPLIED:

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 33 C.C.E.L. 1; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1317; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81.

## DISTINGUISHED:

*Pacific Pilotage Authority v. Arnison*, [1981] 2 F.C. 206; (1980), 116 D.L.R. (3d) 736; 1 C.H.R.R. D/225; 81 CLLC 14,071; 34 N.R. 22 (C.A.); *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1.

## CONSIDERED:

*R. v. Nolan*, [1987] 1 S.C.R. 1212; (1987), 79 N.S.R. (2d) 394; 41 D.L.R. (4th) 286; 196 A.P.R. 394; 34 C.C.C. (3d) 289; 58 C.R. (3d) 335; 49 M.V.R. 140; 77 N.R. 81.

## REFERRED TO:

*Robinson v. Canada (Armed Forces)* (1991), 15 C.H.R.R. D/95 (Can. Trib.); *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; (1985), 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 S.C.R. 315; 47 D.L.R. 27; [1919] 1 W.W.R. 1005; *Canada (Attorney General) v. Martin*, A-573-93, Hugessen J.A., judgment dated 16/11/93, F.C.A., not yet reported; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; 19 Q.A.C. 69; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Cashin v. Canadian Broadcasting Corpora-*

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; [1991] 1 W.W.R. 577; (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 1; 91 CLLC 17,003; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; (1990), 111 A.R. 241; 72 D.L.R. (4th) 417; [1990] 6 W.W.R. 193; 76 Alta. L.R. (2d) 97; 33 C.C.E.L. 1; 12 C.H.R.R. D/417; 90 CLLC 17,025; 113 N.R. 161; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Moose Jaw (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1317; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; (1992), 9 O.R. (3d) 224; 93 D.L.R. (4th) 346; 138 N.R. 1; 55 O.A.C. 81.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*L'Administration de pilotage du Pacifique c. Arnison*, [1981] 2 C.F. 206; (1980), 116 D.L.R. (3d) 736; 1 C.H.R.R. D/225; 81 CLLC 14,071; 34 N.R. 22 (C.A.); *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. Nolan*, [1987] 1 R.C.S. 1212; (1987), 79 N.S.R. (2d) 394; 41 D.L.R. (4th) 286; 196 A.P.R. 394; 34 C.C.C. (3d) 289; 58 C.R. (3d) 335; 49 M.V.R. 140; 77 N.R. 81.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Robinson c. Canada (Forces armées)* (1991), 15 C.H.R.R. D/95 (Trib. can.); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 86 CLLC 17,002; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autres*, [1985] 2 R.C.S. 150; (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; [1985] 6 W.W.R. 166; 38 Man. R. (2d) 1; 15 Admin. L.R. 177; 8 C.C.E.L. 105; 85 CLLC 17,020; 61 N.R. 241; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; [1983] 1 W.W.R. 137; 39 B.C.L.R. 145; 3 C.H.R.R. D/1163; 82 CLLC 17,014; [1982] I.L.R. 1-1555; 43 N.R. 168; *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* (1919), 58 R.C.S. 315; 47 D.L.R. 27; [1919] 1 W.W.R. 1005; *Canada (Procureur général) c. Martin*, A-573-93, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 16-11-93, C.A.F., encore inédit; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; 10 C.H.R.R. D/5559; 36 C.R.R. 1; 90 N.R. 84; 19 Q.A.C. 69; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; (1984), 9 D.L.R. (4th) 161; 11 C.C.C. (3d) 481; 53 N.R. 169; 3 O.A.C. 321; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *Cashin c. Société Radio-*

*tion*, [1988] 3 F.C. 494; (1988), 20 C.C.E.L. 203; 9 C.H.R.R. D/5343; 88 CLLC 17,019; 86 N.R. 24 (C.A.); *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Kibale v. Canada (Transport Canada)* (1988), 10 C.H.R.R. D/6100; 88 CLLC 17,022; 90 N.R. 1 (F.C.A.); *Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (F.C.A.).

#### AUTHORS CITED

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal ((1992), 17 C.H.R.R. D/435 (Can. Trib.)) that the CAF compulsory retirement age policy constitutes discrimination in employment on the basis of age contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*. Application dismissed.

#### COUNSEL:

*Barbara A. McIsaac and Major Randall Smith* for applicant.  
*René Duval* for respondents.

#### SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Canadian Human Rights Commission, Ottawa*, for respondents.

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

TREMBLAY-LAMER J.:

#### THE FACTS

The applicant Attorney General of Canada seeks judicial review, pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5], of the decision of the Canadian Human Rights Tribunal [*Martin v. Canada (Dept. of National Defence)* (1992), 17 C.H.R.R. D/435] in which it ruled that the compulsory retirement age policy pursued by the Canadian Armed Forces con-

*Canada*, [1988] 3 C.F. 494; (1988), 20 C.C.E.L. 203; 9 C.H.R.R. D/5343; 88 CLLC 17,019; 86 N.R. 24 (C.A.); *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561; (1985), 23 D.L.R. (4th) 481; 17 Admin. L.R. 111; 9 C.C.E.L. 135; 86 CLLC 17,003; 63 N.R. 185; *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209; (1985), 18 D.L.R. (4th) 72; 6 C.H.R.R. D/2848; 57 N.R. 221 (C.A.); *Kibale c. Canada (Transport Canada)* (1988), 10 C.H.R.R. D/6100; 88 CLLC 17,022; 90 N.R. 1 (C.A.F.); *Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212; 22 N.R. 175 (C.A.F.).

#### DOCTRINE

Driedger, E. A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision ((1992), 17 C.H.R.R. D/435 (Trib. can.)) par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a statué que la politique de l'âge obligatoire de la retraite des FAC constituait de la discrimination en matière d'emploi, fondée sur l'âge, en violation des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demande rejetée.

#### AVOCATS:

*Barbara A. McIsaac et le major Randall Smith* pour le requérant.  
*René Duval* pour les intimés.

#### PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le requérant.  
*La Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa*, pour les intimés.

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

LE JUGE TREMBLAY-LAMER:

#### LES FAITS

Le procureur général du Canada, partie requérante, cherche à obtenir le contrôle judiciaire, conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [édicé par L.C. 1990, ch. 8, art. 5], de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne [*Martin c. Canada (Ministère de la Défense nationale)* (1992), 17 C.H.R.R. D/435] a statué que la politique concernant

stitutes discrimination in employment on the basis of age contrary to sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*<sup>1</sup> (hereinafter "CHRA").

The case before the Tribunal involved ten complainants. Nine of the complainants were former members of the Canadian Armed Forces (hereinafter "CAF") now retired; one of the complainants, Douglas Martin, is currently a serving officer in the CAF. David Kilmartin and Robert Slavik are retired officers. The other complainants had attained various non-commissioned ranks at their retirement. All of the complainants except Captain Martin had been compulsorily retired from the CAF.

The CAF terms of service relating to the compulsory retirement age (hereinafter "CRA") of officers and other ranks are set out in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision) (hereinafter "Q.R.&O."), articles 15.17 for officers and article 15.31 for other ranks. The CRA is the same for both groups of personnel, namely age 55. These terms of service came into effect on April 1, 1976 for general service officers; July 1, 1978 for specialist officers; and April 1, 1978 for other ranks. The new terms apply to all officers who commenced service after April 1, 1976 (1978 for other ranks) and to those whose service commenced prior to these dates but who have converted to the new terms. Those members whose service commenced prior to these dates and who chose not to convert to the new terms were bound by their original terms of service under which the retirement age was determined by either the pre-1968/pre-unification terms of service or the post-1968/post-unification terms of service depending on the time of enlistment.

The new terms of service were introduced as part of the Officer Career Development Program (hereinafter "OCDP") and the Other Ranks Career Develop-

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. H-6.

l'âge obligatoire de la retraite qu'appliquaient les Forces armées canadiennes constituait de la discrimination en matière d'emploi, fondée sur l'âge, en violation des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>1</sup> (ci-après «LCDP»).

L'affaire dont le Tribunal avait été saisi concernait dix plaignants. Neuf d'entre eux étaient d'anciens membres des Forces armées canadiennes (ci-après «FAC») et sont maintenant à la retraite; l'un des plaignants, Douglas Martin, est actuellement officier en service actif au sein des FAC. David Kilmartin et Robert Slavik sont des officiers à la retraite. Les autres plaignants avaient atteint divers grades de militaires du rang au moment où ils ont pris leur retraite. À l'exception du capitaine Martin, tous les plaignants ont été forcés de prendre leur retraite.

Les conditions d'enrôlement des FAC concernant l'âge obligatoire de la retraite (ci-après «AOR») des officiers et des militaires du rang sont énoncées dans les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1968) (ci-après «ORR»), plus précisément à l'article 15.17 dans le cas des officiers et à l'article 15.31 dans le cas des militaires du rang. L'AOR est le même pour les deux groupes, soit 55 ans. Ces conditions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1976 pour les officiers du service général, le 1<sup>er</sup> juillet 1978 pour les officiers spécialistes et le 1<sup>er</sup> avril 1978 pour les militaires du rang. Le nouveau régime s'applique à tous les officiers qui sont entrés en fonction après le 1<sup>er</sup> avril 1976 (1978 dans les cas des militaires du rang) ainsi qu'à ceux qui sont entrés en fonction avant ces dates, mais dont l'engagement a été converti en un engagement visé par les nouvelles conditions. Les membres qui s'étaient joints aux FAC avant ces dates et qui avaient choisi de ne pas être régis par les nouvelles conditions étaient assujettis à l'ancien régime, en vertu duquel l'âge de la retraite était déterminé par les conditions d'enrôlement qui existaient avant 1968, ou avant l'unification, ou par les conditions qui sont entrées en vigueur après 1968, ou après l'unification, selon le moment de leur enrôlement.

Les nouvelles conditions d'enrôlement ont été adoptées dans le cadre du Programme d'orientation des carrières—officiers (ci-après «POCO») et du Pro-

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. H-6.

ment Program (hereinafter "ORCDP"). The OCDP and ORCDP are three-tiered systems. The first stage is comprised of a "short engagement" of nine years for officers or a "basic engagement" of three years for other ranks with a possible three year extension. Prior to the end of this stage, officers and other ranks enter the conversion selection zone for the "intermediate engagement", and if the offer is accepted, the officer or other rank member will serve for a period of 20 continuous years. Between the 15th and 20th year of service, officers enter another conversion zone during which time they may be offered an "indefinite period of service" (hereinafter "IPS") until age 55. Members of the other ranks are also considered for an IPS on the basis of merit, rank and military occupation. Those not offered an IPS are released unless offered a lesser engagement for a fixed period of up to 5 years after which they are released.

The introduction of the OCDP and ORCDP did not result in the automatic conversion of all serving members to the new terms of service. "Transition provisions" were devised in the interests of the CAF and serving members under which collective offers were made of the new terms of service to serving officers in their early years of service as well as those with less than nine years commissioned service. Also, selective offers were made to those approaching the conversion zone to an IPS. A three-year conversion zone was also established for those officers who, as of April 1, 1976, had attained the later of 17 years of service or 37 years of age until they reached the 20/40 point, that is, 20 years' service or 40 years of age. During this period, officers were considered for offers of an IPS depending on rank, merit, quota and military occupation. Those offered an IPS would serve until age 55. Those not offered an IPS within the three-year period would continue to serve under their previous terms of service. Similar transition provisions applied under the ORCDP.

gramme d'orientation des carrières—personnel non officier (ci-après «POCPNO»). Le POCO et le POCPNO sont des systèmes à trois paliers. Le premier palier comporte un «engagement de courte durée» de neuf ans pour les officiers ou un «engagement initial» de trois ans pour les militaires du rang, avec une prolongation possible de trois ans. Avant la fin de ce stade, les officiers et les militaires du rang peuvent être choisis en vue de la conversion de leur engagement en un «engagement de durée intermédiaire» et, si l'offre est acceptée, ils exercent leurs fonctions pendant une période de 20 ans de service continu. Entre la 15<sup>e</sup> et la 20<sup>e</sup> année de service, les officiers sont admissibles à une conversion à l'«engagement de durée indéterminée» (ci-après «l'ED IND»), jusqu'à l'âge de 55 ans. Le cas des militaires du rang est également examiné en vue d'un ED IND en fonction du mérite, du grade et du groupe professionnel militaire. Les membres auxquels on n'offre pas d'ED IND sont libérés à moins qu'on ne leur propose un engagement pour une période fixe maximale de cinq ans, à la fin de laquelle ils sont libérés.

Malgré l'adoption du POCO et du POCPNO, les militaires actifs ne devenaient pas tous automatiquement assujettis aux nouvelles conditions d'enrôlement. Des «dispositions transitoires» ont été élaborées, dans l'intérêt des FAC et des militaires actifs, selon lesquelles on offrait à tous les officiers en service actif qui en étaient à leurs premières années de service ainsi qu'aux officiers comptant moins de neuf années de service la possibilité d'être régis par les nouvelles conditions. De plus, des offres sélectives étaient faites à ceux qui approchaient de la zone de conversion à l'ED IND. Une zone de conversion de trois ans a également été créée pour les officiers qui, le 1<sup>er</sup> avril 1976, comptaient 17 ans de service ou avaient atteint l'âge de 37 ans, selon la date la plus tardive, jusqu'à ce qu'ils atteignent le point 20/40, c'est-à-dire 20 années de service ou l'âge de 40 ans. Au cours de cette période, on évaluait les officiers aux fins d'une offre d'ED IND en fonction du grade, du mérite, du contingentement et du groupe professionnel militaire. Ceux à qui cette offre était faite servaient dans les FAC jusqu'à l'âge de 55 ans. Ceux qui ne recevaient pas d'offre en ce sens pendant cette période de trois ans continuaient à servir dans l'armée conformément aux anciennes conditions d'enrô-

Of the ten complainants, only Grosseck and Martin were made offers of an IPS with a CRA of 55. Grosseck was released when he attained his CRA of 55 and Martin is due to be retired when he reaches 55 years. The remaining complainants<sup>2</sup> were released as a result of the OCPD, the ORCPD and the transition provisions either because they had not attained the base rank necessary to qualify for an IPS offer or did not satisfy the other eligibility criteria for selection (i.e. merit, military occupation and the organizational requirements of the CAF).

The CAF conceded before the Tribunal that its mandatory retirement policy constituted a discriminatory practice under sections 7 and 10 of the CHRA. Rather, the CAF sought to justify it on two grounds: first, that this policy was a *bona fide* occupational requirement (hereinafter “BFOR”) within the meaning of paragraph 15(a) of the CHRA; and second, that it constituted “regulations” within the meaning of paragraph 15(b) of the CHRA.

During the hearing, the Commission raised the question of the constitutional validity of both the Q.R.&O. 15.17 and 15.31 and paragraph 15(b) of the CHRA, arguing that these provisions discriminated on the basis of age and thus contravened section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>3</sup> (hereinafter “Charter”) and were not saved by section 1 thereof.

#### DECISION OF THE TRIBUNAL

In the Tribunal’s opinion, it was not necessary to consider the Charter issue unless it concluded that paragraph 15(b) of the CHRA was applicable to Q.R.&O. 15.17 and 15.31. Paragraph 15(b) of the CHRA provides that:

<sup>2</sup> With the exception of Robert Slavik, who was a specialist medical officer and not eligible for selection for IPS because he reached his CRA in 1987, before the OCPD came into effect for specialist officers.

<sup>3</sup> 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].

lement. Le POCPNO comportait des dispositions transitoires similaires.

Des dix plaignants, seuls Grosseck et Martin se sont vu offrir un ED IND dont l’AOR était 55 ans. Grosseck a été libéré lorsqu’il a atteint son AOR de 55 ans et Martin doit être mis à la retraite lorsqu’il aura 55 ans. Les autres plaignants<sup>2</sup> ont été libérés dans le cadre du POCO ou du POCPNO et par suite des dispositions transitoires, parce qu’ils n’avaient pas atteint le grade de base nécessaire pour être admissibles à un ED IND ou parce qu’ils ne satisfaisaient pas aux autres critères d’admissibilité aux fins de la sélection (c’est-à-dire le mérite, le groupe professionnel militaire et les exigences organisationnelles des FAC).

Les FAC ont concédé devant le Tribunal que la politique concernant la retraite obligatoire constituait un acte discriminatoire visé par les articles 7 et 10 de la LCDP. Cependant, elles ont invoqué deux motifs pour tenter de la justifier: en premier lieu, cette politique constituait une exigence professionnelle justifiée (EPJ) au sens de l’alinéa 15(a) de la LCDP; en second lieu, il s’agissait d’un «règlement» au sens de l’alinéa 15(b) de la LCDP.

Pendant l’audience, la Commission a soulevé la question de la constitutionnalité des articles 15.17 et 15.31 des ORR ainsi que de l’alinéa 15(b) de la LCDP, en soutenant que ces dispositions entraînaient de la discrimination fondée sur l’âge et qu’elles étaient donc contraires à l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>3</sup> (ci-après «la Charte») et que l’article premier de la Charte ne les sauvegardait pas.

#### LA DÉCISION DU TRIBUNAL

De l’avis du Tribunal, il n’était nécessaire d’examiner la question fondée sur la Charte que si l’on concluait que l’alinéa 15(b) de la LCDP s’appliquait aux articles 15.17 et 15.31 des ORR. L’alinéa 15(b) de la LCDP prévoit ceci:

<sup>2</sup> Sauf Robert Slavik, qui était médecin militaire (spécialiste) et qui n’était pas admissible à être sélectionné en vue d’un ED IND, parce qu’il avait atteint son AOR en 1987, avant que le POCO ne s’applique aux officiers spécialistes.

<sup>3</sup> 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].

## 15. It is not a discriminatory practice if

(b) employment of an individual is refused or terminated because that individual has reached . . . the maximum age, that applies to that employment by law or under regulations, which may be made by the Governor in Council for the purposes of this paragraph.

The Tribunal found that paragraph 15(b) was not applicable in this instance, stating the following, at page D/442 of its decision:

If meaning is to be given to these words in the context of the paragraph, it must be that a statute or regulation must clearly and unequivocally be made for the purposes of the said paragraph if they are to be exempt from the CHRA.

Q.R.&O. 15.17 and 15.31 contain no reference to the CHRA. This is not surprising because they were passed prior to the enactment of the CHRA. Thus, even in the absence of express wording, it is difficult to accept the argument that they are regulations made for the purposes of s. 15(b) of the CHRA.

The Tribunal then dealt at length with the question of whether Q.R.&O. 15.17 and 15.31 constituted a BFOR within the meaning of paragraph 15(a) of the CHRA. The starting point of its analysis was the test elaborated by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*<sup>4</sup> which posits a two-part subjective/objective assessment of the evidence.

There was no question for the Tribunal that the mandatory retirement policy was imposed in good faith (the subjective branch of the test). The validity of the policy would depend, rather, on whether the Armed Forces had justified it as being "reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public".<sup>5</sup> To this end, it examined the social, structural, safety and medical reasons advanced by the CAF.

## (i) Social and Structural Requirements

The Tribunal recognized that the CAF was of finite size and highly structured. Consequently, the requirement that it train its own people made it imperative that there be a steady flow through of personnel from

<sup>4</sup> [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 208.

<sup>5</sup> *Ibid.*

## 15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

b) le fait de refuser ou de cesser d'employer un individu . . . qui a atteint l'âge maximal prévu, dans l'un ou l'autre cas, pour l'emploi en question par la loi ou les règlements que peut prendre le gouverneur en conseil pour l'application du présent alinéa.

Le Tribunal a conclu que l'alinéa 15(b) ne s'appliquait pas en l'espèce et, à la page D/442 de sa décision, il a dit ceci:

Pour que ces mots aient un sens dans le contexte de l'alinéa, ils doivent signifier qu'une loi ou un règlement doit être adopté de façon claire et sans équivoque aux fins dudit alinéa pour être exempté de l'application de la LCDP.

L'art. 15.17 et 15.31 des ORR ne comportent aucun renvoi à la LCDP. Ce n'est pas étonnant, étant donné qu'ils ont été adoptés avant l'entrée en vigueur de celle-ci. En conséquence, même en l'absence de mots explicites, il est difficile de croire qu'il s'agit d'un règlement pris pour l'application de l'al. 15(b) de la LCDP.

Le Tribunal a ensuite examiné à fond la question de savoir si les articles 15.17 et 15.31 des ORR constituaient une EPJ au sens de l'alinéa 15(a) de la LCDP. Le point de départ de son analyse était le critère que la Cour suprême du Canada avait énoncé dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*<sup>4</sup>, lequel suppose une appréciation à la fois subjective et objective de la preuve.

Le Tribunal ne doutait pas qu'on avait été de bonne foi en adoptant la politique concernant la retraite obligatoire (élément subjectif du critère). La validité de la politique dépendait plutôt de la question de savoir si cette politique était justifiée parce qu'elle était «raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public général»<sup>5</sup>. À cette fin, le Tribunal a examiné les motifs sociaux, organisationnels et médicaux ainsi que les raisons de sécurité invoqués par les FAC.

## (i) Exigences sociales et organisationnelles

Le Tribunal a reconnu que l'effectif des FAC était limité et fortement structuré. Par conséquent, étant donné que les FAC devaient former elles-mêmes leurs membres, il devait y avoir un roulement cons-

<sup>4</sup> [1982] 1 R.C.S. 202, à la p. 208.

<sup>5</sup> *Ibid.*

the lower ranks to the higher ranks. For this reason, the CAF argued, it developed the OCPD and ORCDP, a three-tiered system of exit controls, including the final exit point at the CRA of 55, as an organizationally necessary, humane and justifiable means of accomplishing these goals. Although it recognized these arguments as legitimate in a general sense, the Tribunal found that they were not compelling in the context of the Canadian military.

Between 1985 and 1990, the overall proportion of the 10% yearly turnover necessary to provide both a trained base of people for the junior ranks and good career opportunities that was attributable to the CRA was approximately 1%. In addition, it would be unlikely that a member with 30-35 years of service and a fully paid-up annuity equivalent to 70% of salary would stay much beyond the age of 55. Also, if the CRA were abolished, it would still be possible to establish the historical base needed to predict the attrition rate necessary for organizational efficiency, though after some delay.

The Tribunal considered and accepted the findings of two research projects concerning a CRA of 65 which it judged relevant to the situation before it. One was conducted by the Ministry of Manpower in Quebec, where mandatory retirement was abolished for some business enterprises, and the other by the Task Force on Mandatory Retirement in Ontario. Both studies found that a small percentage of the total salaried employees, somewhere between 1% and 4%, would choose to stay on past the established age of retirement if it were no longer compulsory.

The Tribunal noted that the abolition would place greater emphasis on testing for physical and medical fitness but rejected the submission that the failure of CAF personnel to pass such tests would result in personal humiliation. A significant difference was perceived between subjecting university professors, for example, to competency tests and subjecting military personnel to fitness and health requirements. In any

tant du personnel depuis les grades inférieurs jusqu'aux grades supérieurs. Les FAC ont soutenu que c'était la raison pour laquelle elles avaient élaboré le POCO et le POCPNO, soit un système à trois paliers de règles prévoyant le départ, dont la règle sur le départ final à l'AOR de 55 ans, comme moyen nécessaire, humain et justifiable, sur le plan organisationnel, de réaliser ces buts. Le Tribunal a reconnu que ces arguments étaient, d'une façon générale, légitimes, mais il a conclu qu'ils n'étaient pas convainquants dans le contexte de l'armée canadienne.

De 1985 à 1990, du pourcentage de 10 % représentant le roulement annuel nécessaire pour assurer à la fois une base de personnes formées pour les grades inférieurs et de bonnes possibilités de carrière, le pourcentage global attribuable à l'AOR était d'environ 1 %. De plus, il était peu probable qu'un membre comptant de 30 à 35 années de service et ayant droit à une pension représentant 70 % de son salaire continue à servir dans les FAC bien après avoir atteint l'âge de 55 ans. En outre, si l'AOR était aboli, il serait encore possible d'établir la base de données permettant de prévoir le taux d'attrition nécessaire aux fins de l'efficacité organisationnelle, bien que cela prenne un certain temps.

Le Tribunal a examiné et retenu les constatations de deux projets de recherche concernant un AOR de 65 ans, qu'il jugeait pertinents dans l'affaire dont il était saisi. Une étude avait été faite par le ministère de la Main-d'oeuvre du Québec, où la retraite obligatoire avait été abolie pour certaines entreprises commerciales, et l'autre par le Task Force on Mandatory Retirement de l'Ontario. Selon les constatations des deux études, le nombre de personnes qui décidaient de continuer à travailler après l'âge prévu de la retraite, lorsque cette dernière n'était plus obligatoire, était d'environ 1 à 4 % seulement du nombre total d'employés salariés.

Le Tribunal a fait remarquer que si l'AOR était aboli, il faudrait mettre davantage l'accent sur les tests d'aptitude physique et sur les examens médicaux, mais il a rejeté l'argument selon lequel les membres des FAC qui ne réussiraient pas ces tests seraient personnellement humiliés. Le Tribunal estimait qu'il y avait une grande différence entre le fait de demander à des professeurs d'université, par

event, failing to satisfy the appropriate criteria did not automatically entail release since there was a practice of waiving medical deficiencies in certain circumstances or channelling members into programs which would allow them to meet the applicable minimum standards.

Finally, the claim that the removal of the CRA would have serious consequences on the pension scheme was also dismissed. Currently, there was a maximum limit of 35 years of pensionable service and there was a tendency for members to leave the CAF once they had maximized their pension. In fact, because pensions in the CAF were indexed to the Consumer Price Index, in situations where annual pay raises did not match the inflation rate, members might be financially better off leaving the CAF early.

Ultimately, the Tribunal concluded that the CRA was not “reasonably necessary” from a social/structural standpoint, though it may have been convenient for the forecasting and planning needs of the CAF.

## (ii) Safety/Medical Considerations

### Fitness testing

The CAF submitted evidence regarding safety concerns arising from the deteriorating effects on an individual caused by the aging process and the potentially harmful consequences in terms of a soldier's performance in combat conditions.

The Tribunal followed the test laid out in *Robinson v. Canada (Armed Forces)*<sup>6</sup> to the effect that the CAF bears the onus of showing, on a balance of probabilities:

(1) that the group of persons—for example, epileptics—excluded by its employment policy presents “a sufficient risk of employee failure” . . . to warrant its general exclusion, (2) that it is impossible to assess the risk presented by each member of a protected group on an individual basis and (3)

<sup>6</sup> (1991), 15 C.H.R.R. D/95, at p. D/119 (Can. Trib.).

exemple, de se soumettre à des tests de compétence et le fait d'assujettir le personnel militaire à certaines exigences concernant la forme physique et la santé. Quoi qu'il en soit, la personne qui ne satisfaisait pas aux critères appropriés n'était pas automatiquement libérée puisqu'elle bénéficiait habituellement d'une exemption à l'égard des déficiences médicales dans certaines circonstances ou qu'on l'orientait vers des programmes qui devaient lui permettre de respecter les normes minimales applicables.

Enfin, l'allégation selon laquelle l'abolition de l'AOR aurait de graves conséquences pour le régime de pension a également été rejetée. Le plafond, relativement au nombre d'années de service ouvrant droit à une pension, était de 35 ans et les membres avaient tendance à quitter les FAC une fois qu'ils avaient maximisé le montant de leur pension. De fait, étant donné que, dans les FAC, les pensions étaient indexées d'après l'indice des prix à la consommation, il était peut-être préférable pour les membres de quitter les FAC tôt, lorsque les augmentations annuelles de salaire ne correspondaient pas au taux d'inflation.

Le Tribunal a conclu que l'AOR n'était pas «raisonnablement nécessaire», au point de vue social et organisationnel, bien que cela fût peut-être commode lorsqu'il s'agissait de prévoir et de planifier les besoins des FAC.

## (ii) Facteur de sécurité et facteur d'ordre médical

### Tests d'aptitude physique

Les FAC ont présenté une preuve au sujet des questions de sécurité que soulevaient les effets néfastes causés par le vieillissement et des conséquences pouvant nuire au rendement du soldat en situation de combat.

Le Tribunal a adopté le critère énoncé dans *Robinson c. Canada (Forces armées)*<sup>6</sup>, à savoir qu'il incombe aux FAC de démontrer, selon la prépondérance des probabilités:

1) que le groupe de personnes exclu par sa politique d'emploi, par exemple les épileptiques, présente «un risque d'erreur humaine suffisant» . . . pour justifier son exclusion générale, 2) qu'il est impossible d'évaluer individuellement le risque que présente chaque membre d'un groupe protégé et 3) que l'exclu-

<sup>6</sup> (1991), 15 C.H.R.R. D/95, à la p. D/119 (Trib. can.).

that the blanket exclusion of a category of persons is not an excessive means, that is, it is proportional to the end being sought.

Concerning the individual assessment component of the test, the Tribunal concluded that the CAF had failed to prove that it was not feasible to assess the risk presented by each member on an individual basis by means of appropriate tests, and therefore that the general exclusion constituted a BFOR. It was satisfied that there existed sufficient, inexpensive means of ensuring that individuals, regardless of their age, could meet an appropriate fitness standard.

The Tribunal observed that the CAF did not appear to have in place a general standard of fitness.<sup>7</sup> The yearly fitness tests of every CAF member involved push-ups, sit-ups, a hand grip strength test, a step test to measure aerobic capacity as well as weight and height measurements. The purpose of these tests, however, was to ascertain whether a member needed to improve his or her fitness. There was no link to the basic fitness level required to be a soldier.

Despite the inadequacy of the existing testing regime, the Tribunal determined that the CAF was capable of developing physical fitness and endurance tests that would enable it to evaluate on an individual basis every member's capacity to fight as a soldier in adverse environmental conditions and under duress. The costs of such an endeavour would be relatively modest and the risk of physical injury arising from the implementation of the testing procedures would also be low.

#### Medical testing

The experts who testified about medical considerations identified a number of diseases that become more prevalent with age which may impact on functional performance, morbidity and mortality. These

<sup>7</sup> The Tribunal noted that the levels of fitness of CAF members was only slightly above that of the general population despite the fact that the CAF professed to have as its objective a *uniform capability and preparedness to fight a war if necessary*.

sion générale d'une catégorie de personnes s'avère un moyen non excessif, [c'est-à-dire] proportionné au but visé.

En ce qui concerne l'élément évaluation individuelle du critère, le Tribunal a conclu que les FAC avaient omis de prouver qu'il n'était pas possible d'évaluer de façon individuelle le risque que présentait chaque membre à l'aide de tests appropriés, et que l'exclusion générale constituait donc une EPJ. Il était convaincu qu'il existait suffisamment de moyens peu coûteux de s'assurer qu'une personne pouvait respecter une norme d'aptitude physique appropriée, et ce, quel que soit son âge.

Le Tribunal a fait observer que les FAC ne semblaient pas avoir adopté de normes générales sur la forme physique<sup>7</sup>. Chaque membre des FAC devait se soumettre tous les ans à des tests d'aptitude physique comme des extensions de bras, des redressements assis, un test de la force de préhension et un test de l'escalier permettant de mesurer la capacité aérobie ainsi qu'à une vérification du poids et de la taille. Ces tests visaient toutefois à déterminer si un membre devait améliorer sa forme physique. Il n'y avait aucun lien avec la forme physique nécessaire pour être soldat.

Malgré le caractère inadéquat de la série de tests existants, le Tribunal a conclu que les FAC étaient en mesure d'élaborer des tests d'aptitude physique et d'endurance qui leur permettraient d'évaluer la capacité de chaque membre d'accomplir ses tâches de soldat, sous pression, dans des conditions environnementales difficiles. Les coûts y afférents seraient relativement peu élevés et le risque de blessure que présentait l'administration de ces tests était également faible.

#### Examens médicaux

Les experts qui ont témoigné au sujet des facteurs d'ordre médical ont énuméré un certain nombre de maladies qui sont plus répandues avec l'âge et qui peuvent avoir des répercussions sur le rendement

<sup>7</sup> Le Tribunal a fait remarquer que les niveaux de forme physique des membres des FAC ne sont que légèrement supérieurs à ceux de l'ensemble de la population, et ce, bien que les FAC prétendent avoir pour objectif une capacité et un état de préparation uniformes, de façon que leurs membres soient en mesure de se battre en temps de guerre au besoin.

include coronary artery disease (CAD), stroke, cancer, osteoarthritis, peripheral vascular disease, diabetes mellitus and chronic obstructive pulmonary disease. Most of these are progressive in nature and easily tested for, diagnosed and monitored. The real concern, however, was seen to be the potential for sudden incapacitation caused by CAD or stroke and the consequences for the person involved, his or her colleagues and a given mission as a whole.

The Tribunal concluded that through risk factor assessment and testing, it was possible to predict or at least rule out the likelihood of an individual having a coronary artery disease (CAD) event or suffering a stroke, although not necessarily in all cases. Those persons who had some likelihood of suffering from CAD or stroke could be dealt with by the military without blanket resort to age. The costs and risks to the individuals being tested was seen as relatively low.

As for the methodology of testing, it was judged best left to the experts to devise the appropriate model. However, it would appear from the evidence that a step-by-step regime could be developed which would continue from the time of enlistment until retirement in order to ensure the fighting capability of the force. High standards would be applied to recruits; regular testing programmes would be developed for physical stamina, strength and aerobic capacity; annual screening of all members would take place for various risk factors such as blood sugar, blood pressure and cholesterol; and further testing procedures would be administered to those individuals who demonstrated two or more of these risk factors.

With respect to those over the age of 40, there would be a sequential screening process to identify those who may be susceptible to health problems.

fonctionnel, sur la morbidité et sur la mortalité, notamment les maladies des artères coronaires (MAC), l'accident cérébro-vasculaire, le cancer, l'ostéoartrite, la maladie vasculaire périphérique, le diabète sucré et le syndrome respiratoire obstructif chronique. La plupart de ces maladies sont de nature progressive et il est facile de faire des évaluations pour les déceler, les diagnostiquer et les contrôler. Toutefois, on craignait surtout la possibilité d'une incapacité soudaine causée par une maladie des artères coronaires ou un accident cérébro-vasculaire ainsi que les conséquences pour la personne concernée, pour ses collègues et pour l'ensemble d'une mission donnée.

Le Tribunal a conclu que, grâce aux tests et à l'évaluation des facteurs de risque, il était possible de prévoir ou, du moins, d'éliminer la probabilité qu'un individu soit atteint d'une maladie des artères coronaires ou subisse un accident cérébro-vasculaire, bien que pas nécessairement dans tous les cas. L'armée pouvait adopter des mesures à l'égard des personnes qui présentaient des risques à cet égard sans se fonder dans tous les cas sur l'âge. Les coûts et les risques que couraient les individus auxquels on administrait des tests étaient considérés comme relativement faibles.

Quant à la méthodologie relative aux tests, on estimait qu'il convenait de laisser aux experts le soin d'élaborer le modèle approprié. Cependant, d'après la preuve, il était possible, semble-t-il, d'élaborer une méthode progressive s'appliquant depuis la date de l'enrôlement jusqu'à la retraite et permettant de s'assurer que les membres avaient la capacité voulue pour agir en situation de combat. Des normes strictes s'appliqueraient aux recrues; des programmes de tests réguliers seraient élaborés, lesquels permettraient de vérifier la résistance physique, la force et la capacité aérobique; tous les membres devraient se soumettre à des tests annuels concernant les divers facteurs de risque comme le taux de sucre dans le sang, la pression sanguine et le taux de cholestérol; de plus, les membres qui présentaient au moins deux facteurs de risque devraient passer d'autres tests.

Dans le cas des personnes âgées de plus de 40 ans, on devait appliquer un processus de dépistage séquentiel pour repérer celles qui risquaient d'avoir

The initial screening would take place at the periodic or annual physical examination and if an established probability of risk of CAD was identified, further tests, such as an electro-cardiogram (ECG), thallium test or angiogram could be conducted.

Finally, the Tribunal observed that the CAF maintained personnel with medical conditions that made them ineligible to participate in combat conditions. This was quite contrary to the assertion by the CAF that every one of its members must be ready to face unlimited liability at any time. If the CAF could accommodate those individuals who were not fit for battle, then a general policy of mandatory retirement for all 55-year-old members was excessive and disproportionate to the objective of maintaining a capable corps of fighting personnel and could not qualify as a BFOR.

## ISSUES

1. Did the Tribunal err in determining that Q.R.&O. 15.17 and 15.31 do not constitute regulations as contemplated by paragraph 15(b) of the *Canadian Human Rights Act*;
2. If the Tribunal did so err, an issue raised by the Human Rights Commission but not decided by the Tribunal was whether paragraph 15(b) of the *Canadian Human Rights Act* violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and if so, whether it constitutes a reasonable limit pursuant to section 1;
3. If the regulations are not saved by paragraph 15(b), did the Tribunal err in determining that Q.R.&O. 15.17 and 15.31 and the ORCDP do not constitute a *bona fide* occupational requirement within the meaning of paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act*.

des problèmes de santé. L'évaluation initiale serait effectuée au moment de l'examen physique périodique ou annuel et, si un risque probable de maladie des artères coronaires était décelé, d'autres tests, comme un électrocardiogramme (ECG), une épreuve d'effort au thallium ou un angiogramme pouvaient être administrés.

Enfin, le Tribunal a fait remarquer que certains membres des FAC étaient inadmissibles à participer aux situations de combat en raison de leur état de santé. Cette situation allait tout à fait à l'encontre de l'affirmation que les FAC avaient faite, à savoir que chaque membre devait être prêt à assumer toutes sortes de responsabilités en tout temps. Si les FAC pouvaient composer avec les personnes qui n'étaient pas aptes à se battre, une politique générale de mise à la retraite obligatoire de tous les membres âgés de 55 ans était excessive et disproportionnée à l'objectif voulant qu'on maintienne un corps compétent de combattants et ne pouvait pas être qualifiée d'EPJ.

## QUESTIONS LITIGIEUSES

1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en statuant que les articles 15.17 et 15.31 des ORR n'étaient pas des règlements au sens de l'alinéa 15b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?
2. Si le Tribunal a commis pareille erreur, il s'agit de savoir si l'alinéa 15b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si pareille violation constitue une limite raisonnable conformément à l'article premier, question que la Commission des droits de la personne a soulevée, mais que le Tribunal n'a pas tranchée.
3. Si l'alinéa 15b) ne sauvegarde pas les règlements, le Tribunal a-t-il commis une erreur en statuant que les articles 15.17 et 15.31 des ORR et le POCENO ne constituaient pas une exigence professionnelle justifiée au sens de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

ANALYSIS1) THE APPLICABILITY OF PARAGRAPH 15(b) OF THE CANADIAN HUMAN RIGHTS ACT to Q.R.&O. 15.17 and 15.31 SETTING AGES FOR MANDATORY RETIREMENT

On this question, I agree with the conclusion of the Tribunal that paragraph 15(b) is not applicable in this instance. The guiding principle of the CHRA is the removal of discrimination, which is the effect of actions which impose on one person or group of persons obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the community.<sup>8</sup> Any exception to this principle, whether in the form of a particular legislative provision or within the CHRA itself must be interpreted restrictively and with regard to the overall objectives of the CHRA.

This point was recently affirmed by the Supreme Court of Canada in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*<sup>9</sup> when it held that while rights guaranteed under human rights legislation should receive a broad interpretation, defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly.

In *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*,<sup>10</sup> McIntyre J. stressed, at page 156, the requirement of a clear pronouncement of legislative intention in the event of a repeal, amendment or exception to human rights legislation.

In this light, the words “that employment by law or under regulations, which may be made . . . for the purposes of this paragraph” must be interpreted literally and restrictively. Q.R.&O. 15.17 and 15.31, therefore, cannot be included within the meaning of paragraph 15(b) unless there is evidence of a clear intention on the part of the Legislature and the Governor in Council that they be so included.

<sup>8</sup> *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547.

<sup>9</sup> [1988] 2 S.C.R. 279.

<sup>10</sup> [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 155.

ANALYSE1) L'APPLICABILITÉ DE L'ALINÉA 15b) DE LA LOI CANADIENNE SUR LES DROITS DE LA PERSONNE AUX ARTICLES 15.17 ET 15.31 DES ORR FIXANT LES ÂGES DE LA RETRAITE OBLIGATOIRES

Sur ce point, je souscris à la conclusion du Tribunal, à savoir que l'alinéa 15b) ne s'applique pas en l'espèce. Le principe directeur de la LCDP est l'élimination de la discrimination, qui résulte d'actions ayant pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives qui ne sont pas imposées aux autres membres de la société<sup>8</sup>. Toute exception à ce principe, que ce soit au moyen d'une disposition législative particulière ou dans le cadre de la LCDP elle-même doit être interprétée restrictivement et compte tenu des objectifs globaux de la LCDP.

Ce point a récemment été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*<sup>9</sup>, où il a été jugé que les droits garantis par la législation sur les droits de la personne devaient être interprétés d'une façon large, tandis que les moyens de défense qui pouvaient être opposés à l'exercice de ces droits devaient être interprétés de façon restrictive.

Dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autres*<sup>10</sup>, le juge McIntyre a souligné, à la page 156, que seule une déclaration législative claire permet d'abroger ou de modifier une loi sur les droits de la personne, ou encore de créer des exceptions à l'égard de ses dispositions.

Cela étant, les mots «prévu . . . pour l'emploi en question par la loi ou les règlements que peut prendre le gouverneur en conseil pour l'application du présent alinéa» doivent être interprétés littéralement et restrictivement. Par conséquent, les articles 15.17 et 15.31 des ORR ne peuvent être visés par l'alinéa 15b) que si le législateur et le gouverneur en conseil manifestent clairement leur intention à ce sujet.

<sup>8</sup> *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547.

<sup>9</sup> [1988] 2 R.C.S. 279.

<sup>10</sup> [1985] 2 R.C.S. 150, à la p. 155.

The applicant submitted that *Pacific Pilotage Authority v. Arnison*<sup>11</sup> is a binding authority in this matter. In that case, the respondent, upon attaining the age 50, was removed from the eligibility list maintained by the applicant for the employment of pilots. The position of the Authority was that this action, while constituting a contravention of sections 7 and 10 of the CHRA, was required of it by law pursuant to paragraph 4(1)(a) of the *General Pilotage Regulations*, C.R.C., c. 1263 which read:

4. (1) Every applicant for a license shall be  
(a) not less than 23 years of age and not more than 50 years of age . . .

The relevant exception section of the CHRA [*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33] was paragraph 14(b) which contained the same wording as the present paragraph 15(b).

The Federal Court of Appeal decided that paragraph 4(1)(a) of the *General Pilotage Regulations* was valid. However, this decision was not based on the applicability of paragraph 14(b) of the CHRA, but rather turned on the interpretation of the word “minimum” in paragraph 42(a) of the *Pilotage Act* [S.C. 1970-71-72, c. 52] which empowered the Governor in Council to:

42. . . . make regulations  
(a) prescribing for any region or part thereof the minimum qualifications respecting the navigational certificates, experience at sea, age and health of an applicant that an applicant shall meet before he is issued a license or pilotage certificate;

There was no mention in the decision of how paragraph 14(b) should be interpreted and what factors determined whether or not a particular provision or regulation fell within the scope of this section. Le Dain J.A. appeared to recognize the absence of discussion on this issue when he stated, at page 210:

It was not argued before me whether, as a general principle, the provisions of the *Canadian Human Rights Act* could affect the validity or application of statutory regulations that have been otherwise validly adopted, but without expressing an opinion on that question I am satisfied that the refusal of employment in the present case is sufficiently covered by the terms of section 14(b) of the Act . . .

<sup>11</sup> [1981] 2 F.C. 206 (C.A.).

Le requérant a soutenu que l'arrêt *L'Administration de pilotage du Pacifique c. Arnison*<sup>11</sup> fait autorité en l'espèce. Dans cette affaire-là, le nom de l'intimé, au moment où ce dernier avait atteint l'âge de 50 ans, avait été rayé de la liste d'admissibilité tenue par la requérante aux fins de l'emploi des pilotes. L'Administration a soutenu que cette mesure violait les articles 7 et 10 de la LCDP, mais que l'alinéa 4(1)a) du *Règlement général sur le pilotage*, C.R.C., ch. 1263, l'obligeait légalement à faire ce qu'elle avait fait. Ledit alinéa était ainsi libellé:

4. (1) Tout candidat à un brevet de pilote doit  
a) avoir au moins 23 ans et au plus 50 ans;

La disposition d'exception pertinente de la LCDP [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33] était l'alinéa 14b), dont le libellé était identique à celui de l'alinéa 15b) actuel.

La Cour d'appel fédérale a statué que l'alinéa 4(1)a) du *Règlement général sur le pilotage* était valide. Toutefois, cette décision n'était pas fondée sur l'application de l'alinéa 14b) de la LCDP, mais plutôt sur l'interprétation du mot «minimales» figurant à l'alinéa 42a) de la *Loi sur le pilotage* [S.C. 1970-71-72, ch. 52], en vertu duquel le gouverneur en conseil pouvait:

42. . . . établir des règlements  
a) prescrivant pour toute région ou partie de région les conditions minimales que doit remplir un requérant quant aux certificats de navigation, aux états de service en mer, à l'âge et à l'état de santé, avant de pouvoir obtenir un brevet ou un certificat de pilotage;

La décision ne mentionnait pas la façon dont l'alinéa 14b) devait être interprété et les facteurs qui permettraient de déterminer si une disposition ou un règlement particuliers étaient visés par cet alinéa. Le juge Le Dain, J.C.A., a semblé reconnaître que cette question n'avait pas été débattue lorsqu'il a dit ceci, à la page 210:

On n'a pas débattu devant nous la question de savoir si, de façon générale, les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pouvaient avoir des conséquences sur la validité ou l'application des règlements par ailleurs valablement pris en application d'une loi. Sans me prononcer sur cette question, j'estime que le refus d'employer qui nous intéresse était clairement autorisé par l'article 14b) de la Loi . . .

<sup>11</sup> [1981] 2 C.F. 206 (C.A.).

In light of the fact that no arguments were presented in *Arnison* with respect to the interpretation of paragraph 14(b), and noting that it was decided prior to the first decision of the Supreme Court of Canada on the proper interpretation of human rights legislation,<sup>12</sup> I do not find this case to have any binding weight for purposes of the present decision.

The applicant's position is that the reference to "regulations which may be made by the Governor in Council for the purposes of this paragraph" merely indicates who must make the regulations; I disagree. It is a well known rule of statutory interpretation that words should not be added or deleted to arrive at a desired result. In *Construction of Statutes*,<sup>13</sup> Driedger cites the following passage by Chief Justice Davis in *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* [(1919), 58 S.C.R. 315, at pages 320-321]:

I cannot admit the right of the courts where the language of a statute is plain and unambiguous to practically amend such statute either by eliminating words or inserting limiting words . . .

Since the identity of the body empowered to make the regulations is disclosed without reference to the words "for the purposes of this paragraph", these words must be assigned some meaning of their own.

The meaning of this phrase was considered by the Supreme Court of Canada in *R. v. Nolan*.<sup>14</sup> That case dealt with the question of whether a military police officer was a peace officer as defined in paragraph 2(f) of the *Criminal Code*<sup>15</sup> and therefore authorized to issue a breathalyzer demand to a civilian. The accused, a civilian, was seen driving out of a military base at excessive speed and was followed by two military policemen and detained on a public highway. Upon observing that the accused was staggering and had the strong smell of alcohol on his breath, the military police brought him to a police station and asked him to provide a breath sample. He refused and was charged with refusing to comply with a breathalyzer

<sup>12</sup> *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158.

<sup>13</sup> E. A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at p. 94.

<sup>14</sup> [1987] 1 S.C.R. 1212.

<sup>15</sup> R.S.C. 1970, c. C-34 (as am. by S.C. 1972, c. 13, s. 2).

Étant donné que, dans l'arrêt *Arnison*, aucun argument n'a été présenté au sujet de l'interprétation de l'alinéa 14b) et puisque cette affaire a été tranchée avant le premier arrêt de la Cour suprême du Canada concernant l'interprétation qu'il convient de donner à la législation sur les droits de la personne<sup>12</sup>, cet arrêt, à mon avis, ne fait pas autorité en l'espèce.

Le requérant fait valoir que la mention des «règlements que peut prendre le gouverneur en conseil pour l'application du présent alinéa» montre simplement qui doit prendre les règlements. Je ne souscris pas à cet avis. Selon une règle bien connue d'interprétation de la loi, il ne faut pas ajouter ou supprimer de mots pour arriver au résultat souhaité. Dans *Construction of Statutes*<sup>13</sup>, Driedger cite le passage suivant des motifs prononcés par le juge en chef Davis dans l'arrêt *Grand Trunk Pacific Railway Co. v. Dearborn* [(1919), 58 R.C.S. 315, aux pages 320 et 321]:

[TRADUCTION] Je ne puis reconnaître le droit des tribunaux, lorsque le libellé d'une loi est clair et non ambigu, de modifier en pratique pareille loi en supprimant des mots ou en ajoutant des mots restrictifs . . .

Étant donné que l'identité de l'organisme autorisé à prendre les règlements est révélée sans qu'il soit fait mention des mots «pour l'application du présent alinéa», il faut attribuer à ces mots un sens qui leur est propre.

Le sens de cette expression a été examiné par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Nolan*<sup>14</sup>, qui portait sur la question de savoir si un agent de la police militaire était un agent de la paix au sens de l'alinéa 2f) du *Code criminel*<sup>15</sup> et, par conséquent, si pareil agent de la police militaire était autorisé à demander à un civil de se soumettre à l'alcootest. Deux policiers militaires qui avaient vu l'accusé, un civil, sortir d'une base militaire à une vitesse excessive l'avaient pris en chasse et arrêté sur une voie publique. Ayant remarqué que l'accusé titubait et que son haleine sentait fortement l'alcool, les policiers militaires ont emmené celui-ci au poste de police et lui ont demandé de fournir un échantillon d'haleine.

<sup>12</sup> *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158.

<sup>13</sup> E. A. Driedger, *Construction of Statutes* 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1983), à la p. 94.

<sup>14</sup> [1987] 1 R.C.S. 1212.

<sup>15</sup> S.R.C. 1970, ch. C-34 (mod. par S.C. 1972, ch. 13, art. 2).

demand contrary to subsection 235(2) [as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 16] of the *Criminal Code*. At trial, the judge found that the military police officer was not a peace officer as defined in the *Criminal Code*.

Paragraph 2(f) of the *Criminal Code* contained the following:

2. In this Act

“peace officer” includes

(f) officers and men of the Canadian Forces who are

- (i) appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*, or
- (ii) employed on duties that the Governor in Council, in regulations made under the *National Defence Act* for the purposes of this paragraph, has prescribed to be of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers; [Emphasis added.]

The applicable regulation was found in the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (1968 Revision), passed pursuant to subsection 12(1) of the *National Defence Act* [R.S.C. 1970, c. N-4] and amended by Order in Council P.C. 1976-1799, July 13 1976. It read as follows:

**22.01—OFFICERS AND MEN—PEACE OFFICERS**

(2) for the purposes of subparagraph (f)(ii) of the definition of “peace officer” in section 2 of the *Criminal Code*, it is hereby prescribed that any lawful duties performed as a result of a specific order or established military custom or practice, that are related to any of the following matters are of such a kind as to necessitate that the officers and men performing them have the powers of peace officers:

The language of the Regulation clearly contained a reference to subparagraph 2(f)(ii) of the *Criminal Code*. There was no doubt, therefore, that it was passed “for the purposes of this paragraph”, and there was thus no need for the Court to actively turn its attention to the appropriate meaning of these words. However, given the respondent’s submission on the proper interpretation of subparagraph 2(f)(i), the

L'accusé a refusé et a été inculpé de refus d'obtempérer à l'ordre de se soumettre à l'alcootest, en violation du paragraphe 235(2) [édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 16] du *Code criminel*. Au procès, le juge a conclu que l'agent de la police militaire n'était pas un agent de la paix selon la définition du *Code criminel*.

L'alinéa 2f) du *Code criminel* disait ceci:

2. Dans la présente loi

«agent de la paix» comprend

f) les officiers et hommes des Forces canadiennes qui sont

- (i) nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*, ou
- (ii) employés à des fonctions que le Gouverneur en Conseil, dans des règlements établis en vertu de la *Loi sur la défense nationale* aux fins du présent alinéa, a prescrites comme étant d'une telle sorte que les officiers et les hommes qui les exercent doivent nécessairement avoir les pouvoirs des agents de la paix; [C'est moi qui souligne.]

Le règlement pertinent figurait dans les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Révision de 1968), pris en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la défense nationale* [S.R.C. 1970, ch. N-4] et modifié par le décret C.P. 1976-1799, le 13 juillet 1976. Il est ainsi libellé:

**22.01—OFFICIERS ET HOMMES—AGENTS DE LA PAIX**

(2) Aux fins de l'alinéa f)(ii) de la définition d'«agents de la paix» à l'article 2 du *Code criminel*, il est établi par les présentes que toutes les tâches légales, accomplies en vertu d'un ordre précis ou d'une coutume ou pratique militaire établie, qui sont reliées à l'un ou l'autre des domaines énumérés ci-après, sont d'une nature telle qu'il est nécessaire que les officiers et les hommes qui en sont chargés, soient investis des pouvoirs d'un agent de la paix:

Le libellé du Règlement faisait clairement mention du sous-alinéa 2f)(ii) du *Code criminel*. Par conséquent, le Règlement avait de toute évidence été pris «aux fins du présent alinéa», et la Cour n'avait donc pas à s'arrêter expressément au sens qu'il convenait de donner à ces mots. Toutefois, étant donné l'argument invoqué par l'intimé au sujet de l'interprétation qu'il convenait de donner au sous-alinéa 2f)(i), la

Court did engage in a more extensive analysis which is relevant to subparagraph 2(f)(ii) as well.

Dickson C.J. held that the words “for the purposes of section 134 [as enacted by S.C. 1972, c. 13, s. 73.1] of the *National Defence Act*” must mean something. He stated, at pages 1225-1226:

Like Andrews J. of the British Columbia Supreme Court, I am convinced that the words in s. 2(f)(i), “appointed for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*” must indeed “mean something”. The respondent Crown submits that “for the purposes of section 134” means nothing more than “under section 134”. The reference is simply to describe those members of the Armed Forces—military police—who are “peace officers” within the meaning of s. 2(f)(i). No limitation of authority is implied. I cannot not agree with that interpretation. Section 2(f)(i) of the Code speaks of the purposes of s. 134, not merely of the group defined by s. 134.” [Emphasis added.]

Later, on pages 1226-1227, Dickson C.J. concluded by stating:

In this context, it is difficult to imagine that the words in s. 2(f)(i), “for the purposes of section 134 of the *National Defence Act*” are not to be treated as words of limitation.

In the present case, Q.R.&O. 15.17 and 15.31 contain no indication that they were made for the purposes of paragraph 15(b) of the *Canadian Human Rights Act*. This conclusion is strengthened by the fact, as pointed out by the Tribunal and not contested by the applicant, that they were passed prior to the enactment of this section.

Consequently, I find that paragraph 15(b) does not apply to Q.R.&O. 15.17 and 15.31 and that the Tribunal committed no error in law on this question. I need not, therefore, decide on the constitutionality of this section.

In the event, however, that the Tribunal did in fact err regarding this question, I would like to make the following comment. Given the recent decision of the Federal Court of Appeal relative to these proceedings to the effect that I have the jurisdiction on a judicial review to decide a constitutional issue not decided by the Human Rights Tribunal,<sup>16</sup> a significant difficulty emerges with respect to the justification section of the Charter. A section 1 analysis requires evidence

<sup>16</sup> *Canada (Attorney General) v. Martin*, A-573-93, November 16, 1993, not yet reported (F.C.A.).

Cour a effectué une analyse plus approfondie, qui s'applique également au sous-alinéa 2f)(ii).

Le juge en chef Dickson a statué que les mots «aux fins de l'article 134 [édicte par S.C. 1972, ch. 13, art. 73.1] de la *Loi sur la défense nationale*» doivent signifier quelque chose. À la page 1226, il a dit ceci:

Comme le juge Andrews de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, je suis convaincu que les mots «nommés aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*», au sous-al. 2f)(i), doivent réellement «signifie[r] quelque chose». Le ministère public, intimé, soutient que l'expression «aux fins de l'article 134» signifie rien d'autre qu' [TRADUCTION] «en vertu de l'article 134». Il s'agit d'une simple description des membres des Forces armées, en l'occurrence la police militaire, qui sont des «agents de la paix» au sens du sous-al. 2f)(i). Aucune restriction de leur autorité n'est sous-entendue. Je ne puis accepter cette interprétation. Le sous-alinéa 2f)(i) du Code parle des fins de l'art. 134, non pas simplement du groupe de personnes visées par l'art. 134. [C'est moi qui souligne.]

Plus loin, à la page 1227, le juge en chef Dickson a conclu en disant ceci:

Dans ce contexte, on conçoit difficilement que les mots «aux fins de l'article 134 de la *Loi sur la défense nationale*», au sous-al. 2f)(i) ne doivent pas être considérés comme restrictifs.

En l'espèce, les articles 15.17 et 15.31 des ORR ne renferment aucune indication qu'ils ont été pris aux fins de l'alinéa 15b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette conclusion est renforcée par le fait que, comme l'a souligné le Tribunal, ils ont été pris avant l'adoption de cette disposition, ce que le requérant n'a pas contesté.

Je conclus donc que l'alinéa 15b) ne s'applique pas aux articles 15.17 et 15.31 des ORR et que le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit sur ce point. Je n'ai donc pas à statuer sur la constitutionnalité de cette disposition.

Toutefois, au cas où le Tribunal aurait de fait commis une erreur sur ce point, j'aimerais faire la remarque suivante. Étant donné que récemment, la Cour d'appel fédérale a décidé que j'avais compétence en l'espèce, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, pour trancher une question constitutionnelle que le Tribunal des droits de la personne n'avait pas tranchée<sup>16</sup>, un problème important se pose en ce qui concerne la disposition de justification de la Charte.

<sup>16</sup> *Canada (Procureur général) c. Martin*, A-573-93, 16 novembre 1993, encore inédit (C.A.F.).

indicating the intention of Parliament when it adopted paragraph 15(b) in order to determine whether it was a reasonable limit on the guaranteed rights and freedoms in question. Unfortunately, given the fact that the Tribunal did not decide the Charter issue, it was not before this Court in such a manner and quality that might enable me to try it with an acceptable degree of decisiveness.<sup>17</sup>

This problem was recognized by Estey J. in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*<sup>18</sup> in which he stated, at page 384:

As experience accumulates, the law profession and the courts will develop standards and practices which will enable the parties to demonstrate their position under s. 1 and the courts to decide issues arising under that provision. May it only be said here, in the cause of being helpful to those who come forward in similar proceedings, that the record on the s. 1 issue was indeed minimal, and without more, would have made it difficult for a court to determine the issue as to whether a reasonable limit on a prescribed right had been demonstrably justified. [Emphasis added.]

2) DO Q.R.&O. 15.17 AND 15.31, THE OCDP AND THE ORCPD CONSTITUTE A BONA FIDE OCCUPATIONAL REQUIREMENT UNDER SECTION 15(a) OF THE Canadian Human Rights Act?

Paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act* provides:

15. It is not a discriminatory practice if

(a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement.

The seminal authority on the meaning of the *bona fide* occupational requirement (BFOR) is the Supreme Court of Canada decision in *Ontario*

<sup>17</sup> It should be noted that, pursuant to the decision of the Supreme Court of Canada in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, I allowed certain documents relevant to a section 1 analysis to be put before me at the hearing. However, they were not of a sufficient quantity to enable me to adjudicate this question in a satisfactory manner.

<sup>18</sup> [1984] 1 S.C.R. 357.

L'analyse fondée sur l'article premier exige une preuve de l'intention du législateur, lorsqu'il a adopté l'alinéa 15b), de façon qu'il soit possible de déterminer s'il s'agit d'une limite raisonnable imposée aux droits et libertés en question qui sont garantis. Malheureusement, étant donné que le Tribunal n'a pas statué sur la question fondée sur la Charte, cette Cour n'en était pas saisie d'une façon qui me permette de la régler d'une façon raisonnablement décisive<sup>17</sup>.

Le juge Estey a reconnu ce problème dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*<sup>18</sup>, où il a dit ceci, à la page 384:

Avec l'expérience, les avocats et les tribunaux établiront des critères et des pratiques qui permettront aux parties de faire la preuve de leurs prétentions relativement à l'art. 1, et aux tribunaux de trancher les questions que cette disposition pourra soulever. Qu'il soit simplement dit ici, dans le but d'aider ceux qui se présenteront dans des procédures analogues, que le dossier portant sur l'art. 1 était effectivement réduit à sa plus simple expression et, à défaut d'autres choses, il aurait difficilement permis à une cour de trancher la question de savoir si on avait démontré que la limite imposée à un droit garanti était raisonnable et justifiée. [C'est moi qui souligne.]

2) LES ARTICLES 15.17 ET 15.31 DES ORR, LE POCO ET LE POCPNO CONSTITUENT-ILS UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE JUSTIFIÉE AU SENS DE L'ALINÉA 15a) DE LA Loi canadienne sur les droits de la personne?

L'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit ceci:

15. Ne constituent pas des actes discriminatoires:

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontrent qu'ils découlent d'exigences professionnelles justifiées.

L'arrêt faisant autorité en ce qui concerne le sens à donner à l'exigence professionnelle justifiée (l'EPJ) est l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la*

<sup>17</sup> Il est à noter que, conformément à l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, de la Cour suprême du Canada, [1988] 2 R.C.S. 712, j'ai admis, à l'audience, la production de certains documents se rapportant à l'analyse de l'article premier. Toutefois, je ne disposais pas d'un nombre suffisant de documents pour être en mesure de trancher cette question d'une façon satisfaisante.

<sup>18</sup> [1984] 1 R.C.S. 357.

*Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*,<sup>19</sup> where the Court considered whether or not a policy of mandatory retirement of fire fighters at age 60 constituted unlawful discrimination on the grounds of age. McIntyre J. set out the test in this oft-repeated paragraph, at page 208:

To be a *bona fide* occupational qualification . . . a limitation, such as mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which would defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

The test posits two limbs, both of which are to be proven by the employer. The first is that the employer's motives, measured subjectively, for implementing the work rule must be to assure the "efficient and economical performance of the job." The second is an objective inquiry as to whether the limitation is "reasonably necessary" for achieving this legitimate purpose.

The objective component of the test has evolved considerably since 1982. Two major elements have emerged, they are the requirements of rationality and proportionality of the employer's policies. Beetz J. in *Brossard* examined "reasonable necessity" on this basis, at pages 311-312:

- (1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.
- (2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in ques-

<sup>19</sup> *Supra*, note 4. McIntyre J. used the equivalent term *bona fide* occupational qualification (BFOQ).

*personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*<sup>19</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a examiné la question de savoir si une politique de mise à la retraite obligatoire de pompiers à l'âge de 60 ans constituait de la discrimination illicite fondée sur l'âge. À la page 208, dans un paragraphe qui a souvent été cité, le juge McIntyre a énoncé comme suit le critère pertinent:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

Le critère comporte deux éléments, dont l'existence doit être prouvée par l'employeur. En premier lieu, les motifs pour lesquels l'employeur applique la règle de travail, appréciés subjectivement, doivent viser à assurer «l'exécution efficace et économique du travail». En second lieu, il faut déterminer objectivement si la restriction est «raisonnablement nécessaire» aux fins de la réalisation de ce but légitime.

L'élément objectif du critère a considérablement évolué depuis 1982. Deux exigences majeures sont apparues, à savoir que les politiques de l'employeur doivent être rationnelles et proportionnées. Dans l'arrêt *Brossard*, aux pages 311 et 312, le juge Beetz a examiné la «nécessité raisonnable» en fonction des questions suivantes:

- (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.
- (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on

<sup>19</sup> Précité, note 4. Le juge McIntyre a parlé d'une «exigence professionnelle réelle», qui veut dire la même chose.

tion. The sixty-year mandatory retirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

The applicant has suggested that the test to determine whether an occupational requirement is *bona fide* has been modified recently by the Supreme Court of Canada in *Dickason v. University of Alberta*.<sup>20</sup> In that case, the wording of section 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act*<sup>21</sup> of Alberta and of section 1 of the Charter were so strikingly similar that the Court felt it appropriate to approach the analysis of section 11.1 in a manner consistent with that set out in *R. v. Oakes*.<sup>22</sup> That is not, however, the case here.

Even if, as the applicant submitted, both tests contain similar elements, I hesitate to depart from that enunciated in *Etobicoke* and often confirmed by the Supreme Court of Canada. The BFOR test was developed in the particular context of employment whereas section 1 is a general provision that applies to all rights guaranteed by the Charter. This distinction was emphasized by McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia*<sup>23</sup> when he stated, at page 176:

Where discrimination is forbidden in the Human Rights Acts it is done in absolute terms, and where a defence or exception is allowed it, too, speaks in absolute terms and the discrimination is excused. There is, in this sense, no middle ground. In the Charter, however, while s. 15(1), subject always to subs. (2), expresses its prohibition of discrimination in absolute terms, s. 1 makes allowance for a reasonable limit upon the operation of s. 15(1). A different approach under s. 15(1) is therefore required. While discrimination under s. 15(1) will be of the same nature and in descriptive terms will fit the concept of discrimination developed under the Human Rights Acts, a further step will be required in order to decide whether discriminatory laws can be justified under s. 1. The onus will be on the state to establish this. This is a distinct step called for under the Charter which is not found in most Human Rights Acts, because in those Acts justification for or defence to discrimination is generally found in specific exceptions to the substantive rights.

<sup>20</sup> [1992] 2 S.C.R. 1103.

<sup>21</sup> R.S.A. 1980, c. I-2 [as enacted by S.A. 1985, c. 33, s. 5].

<sup>22</sup> [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>23</sup> [1989] 1 S.C.R. 143.

satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

Le requérant a laissé entendre que le critère permettant de déterminer si une exigence professionnelle est justifiée a récemment été modifié par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*<sup>20</sup>. Dans cette affaire, le libellé de l'article 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*<sup>21</sup> de l'Alberta et celui de l'article premier de la Charte étaient tellement similaires que la Cour a jugé opportun d'aborder l'analyse de l'article 11.1 d'une manière conforme à celle qui était préconisée dans l'arrêt *R. c. Oakes*<sup>22</sup>. Toutefois, tel n'est pas ici le cas.

Même si, comme le requérant l'a soutenu, les deux critères comportent des éléments similaires, j'hésite à m'éloigner du critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, lequel a souvent été confirmé par la Cour suprême du Canada. Le critère relatif à l'EPJ a été élaboré dans le contexte particulier de l'emploi, alors que l'article premier est une disposition générale qui s'applique à tous les droits garantis par la Charte. Le juge McIntyre a mis l'accent sur cette distinction dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*<sup>23</sup>, lorsqu'il a dit ceci, à la page 176:

Lorsque les lois sur les droits de la personne interdisent la discrimination, elles le font de manière absolue et lorsqu'elles prévoient un moyen de défense ou une exception, c'est également en termes absolus et la discrimination est alors permise. Il n'y a pas de moyen terme à cet égard. Dans la Charte toutefois, bien que le par. 15(1), sous réserve du par. (2), interdise la discrimination de manière absolue, l'article premier permet que des limites raisonnables soient apportées à l'application du par. 15(1). Le paragraphe 15(1) exige donc une interprétation différente. Bien que la discrimination au sens du par. 15(1) soit de même nature et corresponde sur le plan de sa description au concept de discrimination élaboré sous le régime des lois sur les droits de la personne, une autre étape devra être franchie pour décider si des lois discriminatoires peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Il appartiendra à l'État d'établir cela. Il s'agit là d'une étape distincte nécessaire en vertu de la Charte et que l'on ne trouve pas dans la plupart des lois sur les droits de la personne parce que dans ces lois la justification de

<sup>20</sup> [1992] 2 R.C.S. 1103.

<sup>21</sup> R.S.A. 1980, ch. I-2 [édicte par S.A. 1985, ch. 33, art. 5].

<sup>22</sup> [1986] 1 R.C.S. 103.

<sup>23</sup> [1989] 1 R.C.S. 143.

The following, then, is the application of the BFOR test to the retirement policies of the CAF.

### I The First Branch: The Subjective test

As mentioned in the decision of the Tribunal, there is no issue in this case pertaining to the subjective branch of the test; the mandatory retirement policies of the CAF were imposed in good faith based on the belief that they were necessary to the overall effectiveness of the Forces.

### II The Second Branch: The Objective test

#### A) Defining the Objectives of the Employer in Relation to the Employment Policy (Mandatory Retirement) of the CAF.

The study conducted by the CAF entitled *The Requirement for Mandatory Retirement from the Regular Forces* considered the need for such a policy in the context of the Canadian military. The conclusions drawn by the CAF were based upon the particular objectives of that organization, objectives which were defined in the following terms, at page 3:

Military effectiveness cannot be quantified scientifically. It is the result of the combination of circumstances, equipment and personnel. Personnel contribute to military effectiveness by their physical, mental and emotional capacity, professional training and experience, and most importantly by their morale, or their willingness to meet the risks and hardships that attend an unlimited liability to serve. . . . In summary, in personnel terms, military effectiveness is characterized by flexibility, by the availability of capable, disciplined and well-trained members at the right place at the right time, and by a readiness to face the hazards and harsh conditions of military operations.

For the purposes of the present analysis, this overall objective of military effectiveness will be divided into its structural/organizational and safety/medical components.

#### (i) Structural/Organizational Objectives:

The OCPD and ORCDP were developed, according to the applicant, as a means to maintain a cohe-

la discrimination réside généralement dans des exceptions aux droits fondamentaux.

Voici donc la façon dont le critère relatif à l'EPJ s'applique aux politiques des FAC sur la retraite.

### I Le premier volet: l'élément subjectif

Comme le Tribunal l'a mentionné dans sa décision, l'élément subjectif du critère n'est pas ici en litige; les FAC étaient de bonne foi lorsqu'elles ont imposé les politiques concernant la retraite obligatoire en se fondant sur leur conviction que ces politiques étaient nécessaires à leur efficacité globale.

### II Le second volet: l'élément objectif

#### A) Définition des objectifs de l'employeur relative- ment à la politique d'emploi (retraite obligatoire) des FAC.

Dans une étude intitulée *The Requirement for Mandatory Retirement from the Regular Forces*, les FAC ont examiné la nécessité de pareille politique dans le contexte de l'armée canadienne. Les conclusions qu'elles ont tirées étaient fondées sur les objectifs particuliers de cette organisation, lesquels étaient ainsi définis, à la page 3:

[TRADUCTION] L'efficacité militaire ne peut pas être quantifiée scientifiquement. C'est le résultat d'une combinaison de circonstances, de matériel et de personnel. Le personnel contribue à l'efficacité militaire par sa capacité physique, mentale et émotionnelle, par sa formation professionnelle et par son expérience et, fait encore plus important, par son moral, ou par sa volonté de courir les risques et de faire face aux difficultés qu'emporte une responsabilité illimitée au sein des Forces armées . . . En résumé, sur le plan du personnel, l'efficacité militaire est caractérisée par la souplesse, par la disponibilité de membres capables, disciplinés et bien formés, au bon endroit et au bon moment, et par le fait que pareils membres sont prêts à faire face aux dangers et aux conditions rigoureuses que comportent les opérations militaires.

Aux fins de la présente analyse, cet objectif global de l'efficacité militaire sera examiné sous deux rubriques, à savoir les éléments organisationnels d'une part, et les éléments médicaux ou les éléments liés à la sécurité d'autre part.

#### (i) Objectifs organisationnels:

Selon le requérant, le POCO et le POCPNO ont été élaborés comme moyens de maintenir une armée

sive and effective peacetime military. To be operationally effective, the CAF requires a steady flow through of personnel from the lower ranks upward; flexibility in the management of that career progression in order to meet the changing needs of the forces; predictability for the purposes of resource allocation and the development of pension plans; and generally, greater control over its internal structure.

There is a clearly defined hierarchical rank structure for both officers and non-commissioned members. With rare exceptions, members are enrolled at the bottom of the rank structure applicable to their military occupation and, based on their experience, performance and merit, these members are eligible for varying career opportunities. It is thus important to achieve the orderly development of members from lower ranks to enable them to assume leadership functions at more senior rank levels. It is also crucial to sustain a balance between youth and experience.

The CAF identified problems which were hampering its organizational integrity and which required the existence of "release or safety valves" for easing personnel out when and where necessary. These problems included slow promotion and rank stagnation; high and unforecasted attrition rates, particularly among ROTP personnel after the end of obligatory service; dissatisfaction arising from the penalties imposed on pension benefits because of early retirement; and poor age and rank distribution (the so-called "bubble effect" where there is blockage in the flow of personnel entering certain ranks and occupations or a sudden dearth of qualified candidates to replace those who retire). The structural objectives of the CAF necessarily involve solving these difficulties as well.

(ii) Safety/Medical Objectives:

The CAF requires that every member be at all times trained and prepared for war, even those fulfilling a support function; this is the "soldier first" principle. Military operations are inherently risky and demand physical strength, agility, speed, resilience

cohésive et efficace en temps de paix. Pour être efficaces sur le plan des opérations, les FAC doivent assurer un roulement constant du personnel depuis les grades inférieurs jusqu'aux grades supérieurs, la souplesse dans la gestion de l'avancement professionnel de façon à répondre aux besoins changeants des forces, la prévisibilité aux fins de la répartition des ressources et de l'élaboration des régimes de pension et, d'une façon générale, un plus grand contrôle sur leur structure interne.

Il existe une structure hiérarchique des grades clairement définie tant pour les officiers que pour les militaires du rang. À quelques exceptions près, les membres sont enrôlés au bas de la structure des grades qui s'applique à leur groupe professionnel militaire et, compte tenu de l'expérience, du rendement et du mérite, ils sont admissibles à diverses possibilités de carrière. Il est donc important d'assurer le perfectionnement méthodique des membres depuis les grades inférieurs, de façon à leur permettre d'assumer des fonctions de direction à des grades plus élevés. Il faut également établir un équilibre entre la jeunesse et l'expérience.

Les FAC ont décelé les problèmes nuisant à leur intégrité organisationnelle et nécessitant l'adoption de règles relatives à la libération du personnel, lorsque c'était nécessaire. Mentionnons notamment la lenteur du processus de promotion et la stagnation dans un grade; un taux d'attrition élevé et non prévu, en particulier parmi le personnel du PFOR, une fois terminé le service obligatoire; le mécontentement résultant des pénalités imposées à l'égard des prestations de retraite en raison d'une retraite anticipée; une mauvaise répartition des âges et des grades (qui empêche le roulement des membres qui atteignent certains grades et certains postes ou qui entraîne un manque soudain de candidats qualifiés pour remplacer ceux qui prennent leur retraite). Les objectifs organisationnels des FAC visent nécessairement à résoudre ces problèmes également.

(ii) Objectifs médicaux et objectifs liés à la sécurité:

Les FAC exigent que leurs membres soient en tout temps formés et prêts à aller à la guerre, même s'ils exercent des fonctions de soutien; c'est le principe du «soldat d'abord». Les opérations militaires sont foncièrement risquées et exigent de la force physique, de

and endurance on the part of the individual soldier. The aging process, however, has a deteriorating effect on the physical strength and abilities of persons and results as well in an increased susceptibility to disease, illness and morbidity. This process of deterioration is irreversible and permanent. It is thus important, in the interests of maintaining the necessary fitness standard in the military, to retire personnel at a certain age.

B) Is there a Rational Connection between these Objectives and the Mandatory Retirement Policy?—The Test of Rationality

In order to meet the test of rationality, the means used by the CAF (in this case the CRA of 55) must be rationaly connected to its objectives. They must be reasonably necessary to achieving those ends, not just administratively convenient; and they cannot be the product of mere impressions, stereotypes or unsubstantiated generalizations. In *Etobicoke*, for example, the Court held that “impressionistic” evidence from professional fire fighters to the effect that fire fighting is a “young man’s game” was insufficient to establish a BFOQ. McIntyre J. stated, at page 212:

In dealing with the question of a mandatory retirement age it would seem that evidence as to the duties to be performed and the relationship between the aging process and the safe, efficient performance of those duties would be imperative. Many factors would be involved and it would seem to be essential that the evidence should cover the detailed nature of the duties to be performed, the conditions existing in the work place, and the effect of such conditions upon employees, particularly upon those at or near the retirement age sought to be supported. . . .

I am by no means entirely certain what may be characterized as “scientific evidence”. I am far from saying that in all cases some “scientific evidence” will be necessary. It seems to me, however, that in cases such as this, statistical and medical evidence based upon observation and research on the question of aging, if not in all cases absolutely necessary, will certainly be more persuasive than the testimony of persons, albeit with great experience in firefighting, to the effect that firefighting is a “young man’s game”. [Emphasis added.]

l’agilité, de la rapidité, de la résistance et de l’endurance de la part du soldat. Toutefois, le vieillissement a un effet néfaste sur la force et les capacités physiques et rend en outre l’individu plus susceptible aux maladies et à la morbidité. Ce processus de vieillissement est irréversible et permanent. Il est donc important, si l’on veut maintenir la norme d’aptitude nécessaire dans l’armée, de mettre le personnel à la retraite à un certain âge.

B) Existe-t-il un lien rationnel entre ces objectifs et la politique de retraite obligatoire? Le critère de la rationalité

Afin de satisfaire au critère de la rationalité, les moyens employés par les FAC (en l’espèce, l’AOR de 55 ans) doivent être rationnellement liés aux objectifs visés. Ils doivent être raisonnablement nécessaires aux fins de la réalisation de ces fins, et non simplement commodes sur le plan administratif; de plus, ils ne peuvent pas résulter de simples impressions, de stéréotypes ou de généralisations non fondées. Par exemple, dans l’arrêt *Etobicoke*, la Cour a statué que la preuve «impressionniste» présentée par les pompiers, selon laquelle le travail de pompier est une «affaire de jeune homme» était insuffisante pour établir l’existence d’une EPJ. À la page 212, le juge McIntyre a dit ceci:

À l’examen de la question d’un âge de retraite obligatoire, il semble nécessaire de présenter des éléments de preuve relativement aux tâches à accomplir et au rapport entre le vieillissement et l’exécution sûre et efficace de ces tâches. Un bon nombre de facteurs doivent être considérés et il semble essentiel que la preuve porte sur les aspects détaillés des tâches à accomplir, les conditions régnant sur les lieux de travail et l’effet de ces conditions sur les employés, en particulier sur ceux qui ont atteint ou qui atteindront bientôt l’âge qu’on veut prescrire pour la retraite. . . .

Je ne suis pas du tout certain de ce qu’on peut qualifier de «preuve scientifique». Je ne dis absolument pas qu’une «preuve scientifique» sera nécessaire dans tous les cas. Il me semble cependant que, dans des cas comme celui en l’espèce, une preuve de nature statistique et médicale qui s’appuie sur l’observation et l’étude de la question du vieillissement, même si elle n’est pas absolument nécessaire dans tous les cas, sera certainement plus convaincante que le témoignage de personnes même très expérimentées dans la lutte contre les incendies, portant que le travail de pompier est «une affaire de jeune homme». [C’est moi qui souligne.]

In those situations where empirical evidence cannot be produced, the courts have displayed a preference for “objective assessments” over “subjective impressions”.<sup>24</sup>

This requirement of a rational connection must be met in relation to both objectives of the CAF.

(i) Structural/Organizational Objectives:

The Tribunal does not dispute the fact that the structural objectives of the CAF are rational. Factors such as rank stagnation, poor flexibility in responding to changing needs and low morale are serious in the context of an organization whose prime directive is to prepare for and be able to respond to situations of conflict. The real question, however, is whether the connection between the means used (the CRA) and the objectives is a rational one.

Support for the submission that mandatory retirement is necessary to achieve the flow of personnel upon which the health of an organization like the CAF depends can be found in *McKinney v. University of Guelph*.<sup>25</sup> In that case, La Forest J. concluded, at page 284 that the mandatory retirement policy of the University was reasonably necessary in that it:

... not only supports the tenure system which undergirds the specific and necessary ambience of university life. It ensures continuing faculty renewal, a necessary process to enable universities to be centres of excellence. Universities need to be on the cutting edge of new discoveries and ideas, and this requires a continuing infusion of new people. In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people. Mandatory retirement achieves in an orderly way that permits long-term planning both by the universities and the individual.

In contrast, Wilson J. noted in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*,<sup>26</sup> a case involving the mandatory retirement of physicians at age 65, that the evidence did not support the contention that the

<sup>24</sup> *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1988] 3 F.C. 494 (C.A.), at p. 513.

<sup>25</sup> [1990] 3 S.C.R. 229.

<sup>26</sup> [1990] 3 S.C.R. 483.

Dans les cas où aucune preuve empirique ne peut être présentée, les tribunaux préfèrent les «appréciations objectives» aux «impressions subjectives»<sup>24</sup>.

<sup>a</sup> Cette exigence, concernant l'existence d'un lien rationnel, doit être satisfaite relativement aux deux objectifs des FAC.

<sup>b</sup> (i) Objectifs organisationnels:

Le Tribunal ne conteste pas que les objectifs organisationnels des FAC sont rationnels. Des facteurs comme la stagnation dans un grade, le manque de souplesse lorsqu'il s'agit de répondre aux besoins changeants et le fait que le moral est bas posent des problèmes sérieux dans le contexte d'une organisation dont l'orientation primordiale est de se préparer pour faire face aux situations de conflit. Toutefois, il s'agit en réalité de savoir si le lien qui existe entre le moyen employé (l'AOR) et les objectifs visés est rationnel.

À l'appui de l'argument selon lequel la retraite obligatoire est nécessaire lorsqu'il s'agit d'assurer le roulement du personnel dont dépend le bien-être d'une organisation comme les FAC, on peut citer l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*<sup>25</sup>, dans lequel le juge La Forest a conclu, à la page 284, que la politique de retraite obligatoire de l'université était raisonnablement nécessaire en ce sens qu'elle:

... ne justifie pas seulement le système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire. Elle assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. Les universités doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées, et cela exige l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu.

<sup>i</sup> Par contre, dans l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*<sup>26</sup>, qui portait sur la retraite obligatoire des médecins à l'âge de 65 ans, le juge Wilson a fait remarquer que la preuve n'était pas la préten-

<sup>24</sup> *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1988] 3 C.F. 494 (C.A.), à la p. 513.

<sup>25</sup> [1990] 3 R.C.S. 229.

<sup>26</sup> [1990] 3 R.C.S. 483.

retirement of older physicians would ensure promotion opportunities for younger physicians. The Court concluded that the maintenance of hospital privileges would not prevent other physicians from gaining admitting privileges and that, therefore, the retirement policy was not reasonably necessary.

In my opinion, the case at bar more closely resembles the situation in *Stoffman* in that the maintenance of personnel past the standard age of retirement would not have a significant impact on the career opportunities of younger members. The evidence indicates that a 10% turnover in personnel is necessary in order to meet the structural requirements of the CAF. The Tribunal did not reject this figure, but rather focused on the fact that the overall proportion of this required turnover attributable to the CRA policy itself is only 1%, and of this number only a small percentage would choose to stay on if mandatory retirement were abolished (evidence of Brigadier Stephenson, Director, Manpower Utilization for the CAF, volume 1 of the applicant's record, at page 261). The evidence also reveals that the number of individuals affected by mandatory retirement is small relative to the 85,000 members presently serving in the CAF. The ten-year average between 1980 and 1990 of individuals leaving the military because they had reached their CRA was a mere 751 per year (volume 1 of the applicant's record, at page 254).

The Armed Forces might indeed constitute a "closed system" with finite resources, but the proportion of those resources that is allocated to the relatively small number of members who might choose to stay on past the standard retirement age is not significant. In this light, the decision that the CRA is not reasonably necessary to attaining the objectives of the CAF is a valid one.

In coming to this conclusion, the Tribunal did not underestimate the ratio in *McKinney*. The type of connection identified by the Court between the tenure system and the mandatory retirement age does not exist in the CAF. In *McKinney*, the tenure system was seen as fostering the freedom necessary for the main-

tion selon laquelle la mise à la retraite des médecins les plus âgés fournirait à des médecins plus jeunes la possibilité d'être promus. La Cour a conclu que le maintien des privilèges accordés par l'hôpital n'empêcherait pas d'autres médecins d'avoir le privilège de faire admettre des patients et que la politique de retraite n'était donc pas raisonnablement nécessaire.

À mon avis, le cas qui nous occupe se rapproche énormément de la situation qui existait dans l'arrêt *Stoffman*, en ce sens que le fait de garder un membre après l'âge normal de la retraite n'aurait pas de répercussions importantes sur les possibilités de carrière des membres plus jeunes. Selon la preuve, il faut un roulement de personnel de 10 % pour satisfaire aux exigences organisationnelles des FAC. Le Tribunal n'a pas rejeté ce chiffre, mais il a plutôt mis l'accent sur le fait que le pourcentage global de ce roulement qui était attribuable à la politique des FAC elle-même n'était que de 1 %, et qu'un nombre peu élevé de personnes choisiraient de continuer à travailler si la retraite obligatoire était abolie (témoignage du brigadier Stephenson, directeur de l'utilisation des effectifs des FAC, volume 1 du dossier du requérant, à la page 261). La preuve révèle également que le nombre de membres touchés par la retraite obligatoire est faible par rapport aux 85 000 membres qui servent actuellement dans les FAC. Au cours de la décennie allant de 1980 à 1990, 751 personnes en moyenne ont quitté l'armée chaque année parce qu'elles avaient atteint l'AOR (volume 1 du dossier du requérant, à la page 254).

Les Forces armées constituent peut-être bien un «système fermé» dont les ressources sont limitées, mais la quantité de ressources affectées au nombre relativement faible de membres qui pourraient choisir de continuer à travailler après l'âge normal de la retraite n'est pas importante. Cela étant, le Tribunal pouvait à juste titre conclure que l'AOR n'était pas raisonnablement nécessaire aux fins de la réalisation des objectifs des FAC.

En tirant cette conclusion, le Tribunal n'a pas sous-estimé le raisonnement qui avait été fait dans l'arrêt *McKinney*. Le genre de lien que la Cour a reconnu entre le système de la permanence et l'âge de la retraite obligatoire n'existe pas dans les FAC. Dans l'arrêt *McKinney*, le système de la permanence était

tenance of academic excellence. That system depended on the lowest possible level of interference and evaluation in the performance of professors. This was made possible by the setting of a mandatory retirement age without which:

... the imposition of a stricter performance appraisal system might be required. It would be fraught with many difficulties, and would probably require an assessment by one's peers or by outside experts.<sup>27</sup>

In the present circumstances, however, the organizational effectiveness of the CAF is not as tightly bound up with mandatory retirement. The elimination of the CRA would not provoke a radical shift in the way personnel circulates within the organization such as that which might have occurred in the university context were mandatory retirement abolished.

The applicant also maintained that the Tribunal erred in failing to recognize that current pension entitlements are tied to mandatory retirement and that the pension scheme compliments the current retirement policy. In my opinion, the Tribunal was again correct in its conclusion. There is no evidence in the record which demonstrates that the pension scheme and the mandatory retirement policy are somehow intimately connected in the way the tenure system and mandatory retirement were linked in *McKinney*. The only mention of a connection is a bald assertion to this effect by the solicitor for the applicant to the chairman of the Tribunal.<sup>28</sup> Further, there was insufficient evidence before the Tribunal regarding the consequences of the elimination of mandatory retire-

<sup>27</sup> This passage from the Ontario Court of Appeal decision [(1987), 63 O.R. (2d) 1] was reproduced with approval by the Supreme Court in its decision, at page 283.

<sup>28</sup> The validity of this comment was not tested, however, as it was not put to the witness, Mr. David Primeau, Section Head, National Defence Headquarters, responsible for the development of pension policy issues for the Armed Forces. Further, in answer to the question asked by a Tribunal member about whether the elimination of the CRA in the Armed Forces would cause any great difficulties, Mr. Primeau answered "I honestly don't know. It's a hypothetical question that I'm afraid I just can't assess."

considéré comme encourageant la liberté nécessaire au maintien de l'excellence en matière d'enseignement. Dans ce système, le degré d'intervention et d'évaluation du rendement des professeurs devait être le plus faible possible, ce qu'on pouvait faire en fixant un âge de retraite obligatoire en l'absence duquel:

... un système plus sévère d'évaluation du rendement pourrait être requis. Il serait empreint de plusieurs difficultés et exigerait probablement que l'évaluation soit faite par les collègues ou par des experts de l'extérieur<sup>27</sup>.

Toutefois, en l'espèce, l'efficacité organisationnelle des FAC n'est pas aussi étroitement liée à la retraite obligatoire. L'abolition de l'AOR n'entraînerait pas, en ce qui concerne le roulement du personnel au sein de l'organisation, des changements radicaux comme ceux qui pourraient se produire dans le contexte universitaire si la retraite obligatoire était abolie.

Le requérant a également soutenu que le Tribunal avait commis une erreur en omettant de reconnaître que le droit existant à la pension est lié à la retraite obligatoire et que le régime de pension est le complément de la politique de retraite existante. À mon avis, le Tribunal avait ici encore raison de tirer cette conclusion. Rien dans le dossier ne montre que le régime de pension et la politique de retraite obligatoire sont d'une certaine façon étroitement liés, comme l'étaient le système de la permanence et la retraite obligatoire dans l'arrêt *McKinney*. Ce lien a uniquement été mentionné au moyen d'une simple affirmation à ce sujet que le procureur du requérant a faite au président du Tribunal<sup>28</sup>. En outre, le Tribunal ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve en ce qui

<sup>27</sup> Dans sa décision, à la page 283, la Cour suprême du Canada a cité ce passage de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario [(1987), 63 O.R. (2d) 1] en l'approuvant.

<sup>28</sup> Toutefois, le bien-fondé de cette remarque n'a pas été mis à l'épreuve, car ce point n'a pas été soulevé devant le témoin, M. David Primeau, chef de section du Quartier général de la Défense nationale, qui est responsable de l'élaboration de la politique des Forces armées sur la retraite. En outre, en réponse à la question que lui avait posée un membre du Tribunal au sujet de la question de savoir si l'abolition de l'AOR dans les Forces armées poserait des problèmes importants, M. Primeau a répondu ceci: [TRADUCTION] «Je ne le sais vraiment pas. C'est une question hypothétique à laquelle je ne suis vraiment pas en mesure de répondre».

ment on the pension scheme to enable it to draw any reasonable conclusions.

(ii) Safety/Medical Factors

When the objectives of the employer relate to issues of health and safety, the adjudicating body must assess the risk factor in determining whether the means are rationally connected with the objectives. In the present case, however, the Tribunal recognized the risk factors in the military context arising from the aging process and agreed that the effects of aging on people raised sufficient concerns about the risk involved.<sup>29</sup>

There is little doubt that the requirement in the CAF for physically fit personnel who are at all times trained and prepared for war is a rational objective and directly tied to the prime directive of that organization. It is also acknowledged that mandatory retirement is rationally connected to this end; in other words, that the age of CAF personnel is related in a rational way to the tasks that are required of them and to the harsh conditions they must sometimes endure. The Tribunal did not dispute the fact that advancing age causes a deterioration in the physical capacity of every individual, nor that it occasions an increased susceptibility to illness, disease or morbidity. Given the demands placed upon members of the CAF, even those in non-combat support positions, it is reasonably necessary to develop some mechanism through which those individuals whose military effectiveness has been compromised by advancing age can be retired. The retirement of personnel at a set age is one option.

This brings us, in my view, to the central issue in this judicial review, and that is whether the Tribunal erred in concluding that although the CRA of 55 was rationally connected to the safety/medical objectives of the CAF, it was not ultimately necessary since the CAF was capable of developing and implementing tests which could accurately assess the fighting capability of its personnel. This raises the question of reasonable alternatives to a given employment rule which falls within the second part of the objective

<sup>29</sup> See pp. D/450-D/452 of the decision of the Tribunal.

concerne l'effet que l'abolition de la retraite obligatoire aurait sur le régime de pension pour pouvoir tirer une conclusion raisonnable.

*a* (ii) Facteur de sécurité et facteur médical

Lorsque les objectifs de l'employeur se rapportent à des questions de santé et de sécurité, l'organe de décision doit évaluer le facteur de risque en déterminant si les moyens employés sont rationnellement liés aux objectifs visés. Toutefois, en l'espèce, le Tribunal a reconnu, dans le contexte militaire, les facteurs de risque découlant du vieillissement et a convenu que l'effet du vieillissement suscitait des préoccupations suffisantes au sujet du risque y afférent<sup>29</sup>.

Sans aucun doute, le fait que les FAC cherchent à avoir un personnel en bonne forme physique qui est en tout temps formé et prêt à aller à la guerre constitue un objectif rationnel directement lié à l'orientation primordiale de cette organisation. Il est également reconnu que la retraite obligatoire est rationnellement liée à cette fin; en d'autres termes, l'âge des membres des FAC est lié d'une façon rationnelle aux tâches que ceux-ci doivent accomplir et aux conditions difficiles auxquelles ils doivent parfois faire face. Le Tribunal n'a pas contesté que le vieillissement cause une détérioration de la capacité physique, et que les risques de maladie et de morbidité augmentent avec l'âge. Compte tenu des exigences imposées aux membres des FAC, et même aux non-combattants qui occupent des postes de soutien, il est raisonnablement nécessaire d'élaborer un mécanisme permettant de mettre à la retraite des personnes dont l'efficacité militaire a été compromise par le vieillissement. Une solution consiste à mettre le personnel à la retraite à un âge déterminé.

À mon avis, cela nous amène à la question primordiale qui est ici soulevée, à savoir si le Tribunal a commis une erreur en concluant que la politique concernant l'AOR de 55 ans était rationnellement liée aux objectifs médicaux et aux objectifs liés à la sécurité, mais qu'en fin de compte, elle n'était pas nécessaire puisque les FAC pouvaient élaborer et administrer des tests qui permettaient d'évaluer avec exactitude la capacité de combat du personnel. Cela soulève la question des solutions de rechange raison-

<sup>29</sup> Voir la décision du Tribunal, aux p. D/450 à D/452.

branch of the BFOR test—the requirement of proportionality.

C) Are the Means Devised Sufficiently Tailored to the Objective and do they Impair as Little as Possible—the Test of Proportionality

Pursuant to the principle of proportionality, any measure that limits the rights of individuals guaranteed under human rights legislation must infringe upon those rights as little as possible. In that light it is necessary to consider whether there are any reasonable alternatives to the mandatory retirement policy which would attain the objective of a well-trained, combat-ready force. As Wilson J. stated in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pages 518-519:

In my opinion, this [the availability of alternatives] is not designed to be a discrete test for determining the existence of a BFOQ but rather a factor that must be taken into account in determining whether the rule is “reasonably necessary” under the first branch. The fact that this Court had not explicitly drawn attention to it before may help explain its being singled out in *Brossard*. I believe that the proposition it stands for is uncontroversial. If a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be bona fide.

This approach was endorsed and applied by this Court in the recent case of *Saskatoon Fire Fighters, supra*. Unlike *Etobicoke*, the parties addressed the availability of individualized testing . . . as an alternative to a rule which on its face discriminated on the basis of age. [Emphasis added.]

In the case at bar, individual testing was the alternative explored by the Tribunal.

(i) Individual Testing

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*,<sup>30</sup> Sopinka J. commented on the tension between an individualized approach to the

<sup>30</sup> [1989] 2 S.C.R. 1297.

nables, par rapport à une condition d'emploi donnée, laquelle est visée par la seconde partie de l'élément objectif du critère concernant l'EPJ, à savoir le caractère proportionnel.

C) Les moyens élaborés s'harmonisent-ils suffisamment à l'objectif visé et portent-ils le moins possible atteinte aux droits garantis—le critère de la proportionnalité

Conformément au principe de la proportionnalité, toute mesure qui a pour effet de limiter les droits garantis par la législation sur les droits de la personne doit porter le moins possible atteinte à ces droits. Cela étant, il faut déterminer s'il existe des solutions de rechange raisonnables, par rapport à la politique de retraite obligatoire, lesquelles permettraient d'atteindre l'objectif voulant qu'on dispose d'un effectif bien formé et prêt au combat. Comme le juge Wilson l'a dit dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, aux pages 518 et 519:

À mon avis, il [la possibilité de solutions autres] ne s'agit pas là d'un critère distinct pour vérifier l'existence d'une EPN mais plutôt d'un facteur à prendre en compte pour savoir si la règle est «raisonnablement nécessaire» en vertu du premier volet. Si ce volet est mis en évidence dans l'arrêt *Brossard*, c'est peut-être que notre Cour n'avait pas explicitement attiré l'attention sur lui auparavant. À mon avis, le principe qui y est formulé est incontestable. S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée.

Notre Cour a repris le même point de vue dans la récente affaire *Saskatoon Fire Fighters*, précitée. Contrairement à l'affaire *Etobicoke*, les parties avaient envisagé la possibilité de faire subir des tests individuels . . . au lieu d'imposer une règle qui, à première vue, établissait une discrimination fondée sur l'âge. [C'est moi qui souligne.]

En l'espèce, l'administration de tests individuels était la solution de rechange examinée par le Tribunal.

(i) L'administration de tests individuels

Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*<sup>30</sup>, le juge Sopinka a fait des remarques au sujet de la dichotomie entre une

<sup>30</sup> [1989] 2 R.C.S. 1297.

BFOR section and an approach based on average characteristics. He stated, at page 1309:

The general philosophy of human rights legislation is that persons are not to be judged or dealt with on the basis of external characteristics such as race, age, sex, etc., but on individual merit. That is the general rule, and violation of it constitutes discrimination. As pointed out by McIntyre J. in *Etobicoke*, the defence of *bona fide* occupational qualification or requirement is an exception to the general rule. In the limited circumstances in which this defence applies, it is not individual characteristics that are determinative but general characteristics reasonably applied.

After reviewing the decisions in *Bhinder et al. v. Canadian National Railway Co. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 561,<sup>31</sup> in which the Supreme Court ruled against individual testing as the proper approach to exceptions under human rights legislation, and *Air Canada v. Carson*,<sup>32</sup> in which the Federal Court of Appeal was in favour of it, Sopinka J. set out, at pages 1313-1314 the proper approach to individual testing:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it.

It is important to consider what standard of proof should be applied to the determination of whether individual testing is a reasonable alternative "feasibility" or "possibility". On the basis of the following jurisprudence, I conclude that "feasibility" is more the appropriate standard.

In *Saskatoon*, Sopinka J. wrote, at pages 1314-1315:

It was the role of the Board, admittedly a very difficult one given the complexity and divergence of medical views on the subject, to determine if individualized testing was feasible. The

<sup>31</sup> See the comments of Wilson J., at p. 580 as well as those of McIntyre J., at p. 589.

<sup>32</sup> [1985] 1 F.C. 209 (C.A.).

méthode individualisée en égard à l'EPJ et une méthode fondée sur les caractéristiques moyennes. À la page 1309, il a dit ceci:

La philosophie générale des lois en matière de droits de la personne veut que les personnes soient jugées ou traitées non pas en fonction de caractéristiques externes telles la race, l'âge, le sexe, etc., mais plutôt en fonction de leur mérite individuel. C'est la règle générale et sa violation constitue de la discrimination. Comme le fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, le moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle est une exception à la règle générale. Dans les cas limités d'applicabilité de ce moyen de défense, ce ne sont pas les caractéristiques individuelles qui sont déterminantes, mais les caractéristiques générales appliquées de façon raisonnable.

Après avoir examiné l'arrêt *Bhinder et autre c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et autres*, [1985] 2 R.C.S. 561<sup>31</sup>, dans lequel la Cour suprême du Canada a décidé que l'évaluation de chaque cas particulier n'était pas la façon appropriée d'aborder la question des exceptions à la législation sur les droits de la personne, et l'arrêt *Air Canada c. Carson*<sup>32</sup>, dans lequel la Cour d'appel fédérale s'est prononcée pour l'emploi de pareille méthode, le juge Sopinka a énoncé, aux pages 1313 et 1314, la bonne façon d'aborder les tests individuels:

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution.

Il est important de se demander quelle norme de preuve il faut appliquer pour déterminer si l'administration d'un test individuel constitue une autre solution «faisable» ou «possible». Compte tenu des arrêts ci-après mentionnés, je conclus que la norme la plus appropriée est celle de la «faisabilité».

Dans l'arrêt *Saskatoon*, le juge Sopinka a dit ceci, aux pages 1314 et 1315:

La commission avait un rôle, très difficile il est vrai étant donné la complexité et la divergence des opinions médicales en la matière, qui consistait à déterminer la faisabilité de test

<sup>31</sup> Voir les remarques du juge Wilson, à la p. 580, ainsi que celles du juge McIntyre, à la p. 589.

<sup>32</sup> [1985] 1 C.F. 209 (C.A.).

Board concluded that this was not the case. In my opinion, the Board correctly applied the law, found as a fact that there was no practical alternative available to the appellant, and concluded that in adopting the policy with respect to retirement at age sixty, the employer was acting reasonably. [Emphasis added.]

This standard of feasibility was echoed in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Moose Jaw (City)*<sup>33</sup> when Sopinka J. effectively ruled that the Board erred in law when it concluded the city of Moose Jaw failed to displace the burden of showing that functional testing on an individualized basis was “impossible or highly impractical”.

In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*,<sup>34</sup> Sopinka J. applied this standard in the context of an insurance rate classification system and concluded that the Board imposed too onerous a burden upon Zurich Insurance when it stated that the company had to prove that the very essence of its business would be undermined if it could no longer rely on discriminatory group characteristics for its rate classification system. He stated the following, at page 350:

This standard ascribes too narrow a meaning to what constitutes a practical alternative. An alternative may be impractical even though its adoption would not undermine the very essence of the business.

In *Central Alberta Dairy Pool*, however, Wilson J. appeared to indicate that the standard is much higher than mere feasibility or practicability when she wrote, at page 513:

... justification of a rule manifesting a group stereotype depends on the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments. [Emphasis added.]

However, in light of the decision as a whole and of the case law on this topic, the proper interpretation of this excerpt should be tied to the underlying idea of reasonableness and practicability.

With respect to the case at bar, the Tribunal did not, in my opinion, impose too high a burden when it

<sup>33</sup> [1989] 2 S.C.R. 1317, at pp. 1322-1324.

<sup>34</sup> [1992] 2 S.C.R. 321.

individuels. Elle a conclu qu'ils n'étaient pas faisables. À mon avis, la commission d'enquête a appliqué correctement les règles de droit, a conclu qu'en fait l'appelante ne disposait d'aucune autre solution pratique et a décidé qu'en adoptant la politique relative à la retraite à l'âge de soixante ans, l'employeur avait agi raisonnablement. [C'est moi qui souligne.]

Cette norme de faisabilité a été reprise dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Moose Jaw (Ville)*<sup>33</sup>, où le juge Sopinka a décidé que la Commission avait commis une erreur de droit en concluant que la ville de Moose Jaw ne s'était pas acquittée de l'obligation qui lui incombait de démontrer que des tests individuels d'aptitude étaient «impossibles ou hautement impraticables».

Dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*<sup>34</sup>, le juge Sopinka a appliqué cette norme dans le contexte d'un système de classification des taux d'assurance et a conclu que la Commission avait imposé une obligation trop lourde à Zurich Insurance en disant que la compagnie devait prouver que les fondations mêmes de son entreprise seraient ébranlées si elle ne pouvait plus appliquer des mesures discriminatoires dans le cadre de son système de classification des taux. Il a dit ceci, à la page 350:

Cette norme donne une interprétation trop étroite de ce qui constitue une solution de rechange pratique. En effet, une solution pourrait ne pas être pratique même si son adoption ne risquait pas d'ébranler les fondations mêmes d'une entreprise.

Toutefois, dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, le juge Wilson a semblé dire que la norme à appliquer est beaucoup plus stricte que celle du caractère faisable ou praticable, lorsqu'elle a dit ceci, à la page 513:

... la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux. [C'est moi qui souligne.]

Toutefois, compte tenu de la décision dans son ensemble et de la jurisprudence à ce sujet, l'interprétation qu'il convient de donner à ce passage devrait être liée à l'idée sous-jacente du caractère raisonnable et praticable.

En l'espèce, le Tribunal n'a pas, à mon avis, imposé une obligation trop lourde aux FAC en con-

<sup>33</sup> [1989] 2 R.C.S. 1317, aux p. 1322 à 1324.

<sup>34</sup> [1992] 2 R.C.S. 321.

concluded that the CAF was capable of developing the necessary tests. Implied in its decision is the standard of “feasibility”, not “impossibility”.

(ii) Feasibility of Individualized Testing

It is important to determine the feasibility of individual testing both in relation to assessing a given level of fitness and to detecting the diseases linked to aging that may prevent individuals from being operationally effective in times of greatest need.

The evidence indicates that testing in order to assess the level of fitness is feasible. It involves tailoring the standard exercise tests that include push-ups, sit-ups, hand grips as well as the VO2 Max test (which measures aerobic capacity) to this end (volume 4 of the applicant’s record, at page 1271).

Aerobic capacity is a good indicator of performance capacity and is in fact a better predictor of fitness levels than is age (volume 4 of the applicant’s record, at page 1250). The loss of performance capacity with age is inevitable, but it appears that this decline can be slowed considerably with the proper conditioning and life habits such that an older individual who is fit can possess greater endurance and a greater aerobic capacity than a younger individual. Therefore, the conclusion of the Tribunal that age *per se* is less important than other factors such as body composition, lean body mass, aerobic capacity, muscular strength and endurance in measuring the variance between individuals is not unreasonable.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> A study of the aerobic capacity of men aged 35-60 contained in the evidence pointed out that once the other influences were factored out, there was only a 9% difference due to age (vol. 4 of the applicant’s record, at p. 1358).

cluant que celles-ci étaient capables d’élaborer les tests nécessaires. Dans sa décision, il entendait implicitement la norme de la « faisabilité » et non de l’« impossibilité ».

a

(ii) La faisabilité de l’administration de tests individuels

b Il est important de déterminer si l’administration de tests individuels est faisable lorsqu’il s’agit d’évaluer un niveau donné de forme physique et de déceler les maladies liées au vieillissement qui peuvent empêcher une personne d’agir d’une façon efficace dans les opérations, au moment où l’on en a le plus besoin.

c La preuve montre que l’administration de tests visant à permettre d’évaluer le niveau de forme physique est faisable. Il s’agit d’adapter à cette fin les tests habituels sur la forme physique comme des extensions de bras, des redressements assis, un test de la force de préhension et une évaluation du niveau VO2 Max (permettant de mesurer la capacité aéro-bique) (volume 4 du dossier du requérant, à la page 1271).

d La capacité aéro-bique est un bon indice du rendement et est de fait un meilleur indice des niveaux de forme physique que ne l’est l’âge (volume 4 du dossier du requérant, à la page 1250). Le rendement d’une personne, lorsqu’elle vieillit, diminue inévitablement, mais il semble que de cette détérioration puisse être considérablement ralentie au moyen d’exercices physiques appropriés et d’un mode de vie sensé, de sorte qu’une personne âgée qui est en forme peut avoir plus d’endurance et une plus grande capacité aéro-bique qu’une personne plus jeune. Il n’était donc pas déraisonnable pour le Tribunal de conclure que l’âge en soi est moins important que d’autres facteurs comme la composition corporelle, la masse maigre de l’organisme, la capacité aéro-bique, la force musculaire et l’endurance, lorsque les différences d’une personne à l’autre sont mesurées<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Une étude de la capacité aéro-bique des hommes âgés de 35 à 60 ans présentée en preuve montrait qu’une fois que les autres facteurs étaient éliminés, une différence de 9 % seulement était attribuable à l’âge (vol. 4 du dossier du requérant, à la p. 1358).

Since age is not the best indicator of the level of fitness of CAF members, it is not reasonable to exclude an entire sector of the Forces from employment solely on that basis. What is required in the realm of fitness is the implementation of a minimum standard to which all personnel must measure up.

While it is true that the CAF does not presently have minimal fitness standards in place, the evidence before the Tribunal shows that they had been developed but had not yet been implemented. This is revealed in the report submitted by the ergonomics research laboratory of Queen's University which studied the standards developed by the Forces (volume 12 of the applicant's record, at page 4773).

As well, the CAF has in place certain standards that are used as a minimum benchmark in specific situations. For example, yearly physical fitness tests are conducted in order to identify areas where fitness can be improved (volume 3 of the applicant's record, at page 1146). The CAF also tests members prior to sending them out on particular missions. This usually involves a more intense scrutiny of the health of the individual in relation to the type of mission and the nature of the hardships that might be endured.

Finally, the CAF maintains medical categories of its personnel on the basis of which individuals with low medical classifications can be transferred to a less physically demanding post if their primary occupation permits. Four factors are used to evaluate members: the occupational "O" factor, the geographical "G" factor, the vision "V" factor and the hearing "H" factor. These factors, especially the occupational and geographic factors which deal with the nature of work and overseas postings, are involved in limiting the employment and deployment of personnel. Each factor is rated on a scale of 1 to 5, with a 3 indicating sufficient disability to cause some restriction or, depending on the primary occupation of the members, release from the Forces (a rating of O3, for example, signifies that the member is not suitable to

Étant donné que l'âge n'est pas le meilleur indice du niveau de forme physique des membres des FAC, il n'est pas raisonnable d'exclure tout un secteur des Forces uniquement pour ce motif. En ce qui concerne la forme physique, il faut appliquer une norme minimale que tous les membres du personnel doivent respecter.

Il est vrai que les FAC n'ont pas encore adopté de normes minimales d'aptitude, mais selon la preuve présentée devant le Tribunal, pareilles normes ont été élaborées, bien qu'elles ne s'appliquent pas encore. C'est ce que révèle le rapport présenté par le laboratoire de recherche ergonomique de l'université Queen's qui a étudié les normes élaborées par les Forces (volume 12 du dossier du requérant, à la page 4773).

De plus, les FAC ont adopté certaines normes qui servent de critère minimum dans des cas précis. Par exemple, elles administrent des tests annuels d'aptitude physique afin de déceler les secteurs dans lesquels la forme physique peut être améliorée (volume 3 du dossier du requérant, à la page 1146). Les FAC soumettent également leurs membres à des tests avant de les charger de missions particulières. La chose comporte habituellement un examen médical plus rigoureux compte tenu du genre de mission et de la nature des difficultés auxquelles les membres pourraient avoir à faire face.

Enfin, il existe au sein des FAC des catégories médicales permettant aux membres d'une catégorie médicale inférieure d'être mutés à une affectation moins exigeante au point de vue physique, dans la mesure où leur occupation première le permet. On se fonde sur quatre facteurs pour évaluer les membres: le facteur professionnel «O», le facteur géographique «G», le facteur visuel «V» et le facteur auditif «H». Ces facteurs et, en particulier, les facteurs professionnel et géographique, qui portent sur la nature du travail et les affectations à l'étranger, servent à limiter l'emploi et le déploiement du personnel. Chaque facteur est coté de 1 à 5, la cote 3 indiquant une déficience suffisante pour que le membre soit assujéti à une restriction ou, selon sa profession principale, pour qu'il soit libéré (par exemple, une cote 3 signifie

be sent to war). Such a classification system by implication involves a minimum health standard.

With respect to the feasibility of testing for the effects of aging on susceptibility to disease, illness and morbidity, the evidence on the record does not support the applicant's contention that individuals must be managed solely on the basis of statistical groups. The applicant relied for this assertion on the study conducted by the CAF which pointed out that while the fitness of its members could be monitored through observable medical characteristics, it was much more difficult to manage the various decrements in performance and health generally associated with age. Although regular Force members are subject to periodic medical exams, it was argued that these only indicate current medical status and offer no assurance of future condition or possible morbidity.

As mentioned in the decision of the Tribunal, of the major illnesses identified by the experts as relevant to the present context, only coronary artery disease (CAD) and stroke carry the risk of sudden incapacitation such that it would be important to be able to predict their occurrence with the greatest accuracy. The other diseases, such as diabetes, cancer and so on, are progressive in nature and are more readily detectable and manageable (volume 3 of the applicant's record, at page 999).

The applicant submitted evidence to the effect that while the risk factors associated with CAD, such as gender, age, smoking and cholesterol levels, provide a statistical likelihood of how probable a CAD episode might be in an individual, they do not, unfortunately, enable one to predict whether an individual will or not have the disease. The same can be said with respect to stroke.

Concerning the tests used to detect CAD, such as the resting ECG, the exercise ECG, the thallium scan and the coronary arteriograph, the applicant argued that they are inaccurate as predictors or detectors,

que le membre n'est pas apte à aller à la guerre). Pareil système de classification comporte implicitement une norme médicale minimum.

<sup>a</sup> En ce qui concerne la faisabilité de tests visant à déterminer les effets du vieillissement sur les risques de maladie et de morbidité, la preuve versée au dossier n'étaye pas la prétention du requérant, à savoir qu'on doit traiter les individus uniquement en fonction de groupes statistiques. À l'appui de cette affirmation, le requérant a cité une étude des FAC montrant que la forme physique des membres pouvait être surveillée au moyen de caractéristiques médicales observables, mais qu'il était beaucoup plus difficile d'évaluer la baisse du rendement et la détérioration de la santé généralement liées à l'âge. Les membres réguliers des Forces doivent subir des examens médicaux périodiques, mais il a été soutenu que ces examens indiquent uniquement l'état de santé existant et ne fournissent aucune garantie au sujet de l'état de santé futur ou de la morbidité possible.

<sup>e</sup> Comme le Tribunal l'a mentionné dans sa décision, parmi les principales maladies reconnues par les experts comme se rapportant au contexte ici en cause, seules les maladies des artères coronaires et l'accident cérébro-vasculaire comportent un risque d'incapacité soudaine tel qu'il serait important d'être en mesure de les prévoir de la façon la plus exacte possible. Les autres maladies, comme le diabète, le cancer et ainsi de suite, sont de nature progressive et sont beaucoup plus faciles à déceler et à traiter (volume 3 du dossier du requérant, à la page 999).

<sup>h</sup> Le requérant a présenté une preuve montrant que les facteurs de risque liés aux maladies des artères coronaires, comme le sexe, l'âge, l'usage du tabac et le taux de cholestérol, aident à déterminer la probabilité statistique qu'une personne souffre de pareille maladie, mais malheureusement, ils ne permettent pas de prévoir si celle-ci contractera la maladie. On peut dire la même chose au sujet de l'accident cérébro-vasculaire.

<sup>j</sup> Quant aux tests qu'on administre pour déceler les maladies des artères coronaires, comme l'ECG au repos, l'ECG à l'effort, l'épreuve d'effort au thallium et l'artériographie, le requérant a soutenu qu'ils sont

expensive and risky. I disagree with these submissions for the following reasons.

The evidence demonstrates that in an asymptomatic population, the exercise ECG, for instance, can achieve a negative specificity of 90% or more, which means that there is a 90% chance that a person will not have CAD if the test is negative. And given the available evidence which suggests that asymptomatic 55-year-old males, for example, have a 10% occurrence rate for CAD, this reduces the likelihood of having undetected CAD to approximately 1% of those tested (volume 3 of the applicant's record, at pages 830-1002).

Even though the positive ECG test has a specificity of only 50%, in other words, that in only half the cases will the asymptomatic individual actually have the disease when the test is positive, this is not as relevant as negative specificity for the purposes of weeding those people out who represent a safety risk to themselves and their co-members.

The overall accuracy of the testing regime rises significantly with a symptomatic population. In the presence of symptoms such as a high cholesterol, the positive predictive value of the ECG test jumps from 50% to 90%. The thallium scan has an even greater specificity and is less risky than the ECG (volume 3 of the applicant's record, at pages 830-1002).

Of all symptoms that might assist in identifying individuals at risk, the evidence suggests that a person's cholesterol level is an indispensable indicator. If it is below 150, the evidence reveals that there is little chance of a heart attack, regardless of what the other risk factors are. Also, the cost of such a test is low as is the risk (volume 4 of the applicant's record, at pages 1360-1403).

With respect to the cost of testing beyond the initial screening for symptoms, the evidence reveals that it is reasonable. The resting ECG is a routine part of the medical exam for U.S. Army members over the

inexact en tant qu'indices; ils comportent en outre des risques et des frais. Je ne souscris pas à ces arguments, et ce, pour les motifs suivants.

*a* La preuve montre que dans une population asymptomatique, l'ECG à l'effort, par exemple, peut avoir une spécificité négative de 90 % ou plus, ce qui veut dire que les chances qu'une personne ne soit pas atteinte d'une maladie des artères coronaires si le test est négatif sont de 90 %. Compte tenu de la preuve disponible, qui laisse entendre que 10 % des hommes asymptomatiques âgés de 55 ans, par exemple, sont atteints d'une maladie des artères coronaires, cela réduit à environ 1 % des personnes soumises à des tests la probabilité que cette maladie ne soit pas décelée (volume 3 du dossier du requérant, aux pages 830 à 1002).

*d* Bien qu'un ECG positif ait une spécificité de 50 % seulement, en d'autres termes, que la moitié seulement des personnes qui ne présentent pas de symptômes sont en fait atteintes de la maladie lorsque le test est positif, cela n'est pas aussi pertinent que la spécificité négative lorsqu'il s'agit d'éliminer les personnes qui présentent un risque pour leur sécurité et celle de leurs collègues.

*f* L'exactitude globale de la série de tests augmente considérablement dans une population symptomatique. En présence de symptômes comme un taux élevé de cholestérol, la valeur de prévision positive de l'ECG passe de 50 à 90 %. Le test de l'effort au thallium a une spécificité encore plus grande et comporte moins de risques que l'ECG (volume 3 du dossier du requérant, aux pages 830 à 1002).

*h* Parmi tous les symptômes qui pourraient aider à dépister les cas qui présentent des risques, la preuve laisse entendre que le taux de cholestérol est un indice indispensable. La preuve révèle que si le taux est inférieur à 150, la probabilité d'une crise cardiaque est faible, et ce, quels que soient les autres facteurs de risque. De plus, les frais et les risques que comporte pareil test sont minimes (volume 4 du dossier du requérant, aux pages 1360 à 1403).

*j* En ce qui concerne les frais que comportent les tests après le dépistage initial visant à déterminer la présence de symptômes, la preuve révèle qu'ils sont raisonnables. L'ECG au repos fait partie intégrante

age of 40. The cost of such a test in a physician's office is in the range of \$25 to \$50. The more intensive exercise cardiogram is used by the U.S. military if the person is at high risk of a heart attack because of the risk factors and symptoms. High risk is defined as 5% to 10% probability of an attack in six years.

Though the thallium scan and the angiogram are more costly, their use can be restricted to the few individuals who, on the basis of a positive symptomatic scan such as an elevated cholesterol level or poor aerobic capacity, exhibit high risk characteristics. Overall, the number of individuals involved represents a small proportion of the CAF personnel (volume 4 of the applicant's record, at pages 1458-1462).

## CONCLUSION

The Tribunal found as a fact that individual testing was feasible. The jurisprudence indicates, regarding the review of the findings of fact of administrative tribunals, that they will not be disturbed unless they are capricious, perverse or made without regard to the evidence.<sup>36</sup> Since there was sufficient evidence before the Tribunal to support its decision, such a characterization cannot be imposed in the circumstances at bar. It was therefore reasonable for the Tribunal to conclude that the mandatory retirement policy of the Canadian Armed Forces was not a *bona fide* occupational requirement pursuant to paragraph 15(a) of the *Canadian Human Rights Act*.

As mentioned earlier, I also conclude that the Tribunal committed no error in deciding that paragraph 15(b) of the *Canadian Human Rights Act* was not applicable to the case at bar.

<sup>36</sup> *Kibale v. Canada (Transport Canada)* (1988), 10 C.H.R.R. D/6100 (F.C.A.), at p. D/6102; see also *Rohm & Haas Canada Ltd. and Anti-dumping Tribunal, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (F.C.A.).

de l'examen médical des membres de l'armée américaine âgés de plus de 40 ans. Les frais d'un test administré dans le cabinet du médecin sont de 25 à 50 \$. Le cardiogramme à l'effort, qui est un test plus rigoureux, est utilisé par l'armée américaine si la personne présente un risque élevé de crise cardiaque par suite de la présence de facteurs de risque et de symptômes. Un risque élevé est défini comme étant une probabilité de 5 à 10 % qu'une personne ait une crise cardiaque au cours des six prochaines années.

Le test de l'effort au thallium et l'angiogramme sont plus coûteux, mais leur utilisation peut être limitée aux quelques individus qui, compte tenu d'un test symptomatique positif comme un taux élevé de cholestérol ou une mauvaise capacité aérobique, présentent des caractéristiques de risque élevé. Dans l'ensemble, le nombre d'individus en cause représente une partie peu importante du personnel des FAC (volume 4 du dossier du requérant, aux pages 1458 à 1462).

## CONCLUSION

Le Tribunal a tiré la conclusion de fait selon laquelle l'administration de tests individuels était faisable. Selon la jurisprudence, les conclusions de fait des tribunaux administratifs ne doivent être modifiées, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, que si elles sont tirées de façon abusive ou arbitraire, ou sans qu'il soit tenu compte de la preuve<sup>36</sup>. Étant donné que le Tribunal disposait de suffisamment d'éléments de preuve à l'appui de sa décision, on ne saurait en l'espèce qualifier de cette façon les conclusions qu'il a tirées. Le Tribunal pouvait donc raisonnablement conclure que la politique de retraite obligatoire des Forces armées canadiennes n'était pas une exigence professionnelle justifiée au sens de l'alinéa 15a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Comme il en a ci-dessus été fait mention, je conclus également que le Tribunal n'a pas commis d'erreur en décidant que l'alinéa 15b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne s'appliquait pas en l'espèce.

<sup>36</sup> *Kibale c. Canada (Transports Canada)* (1988), 10 C.H.R.R. D/6100 (C.A.F.), à la p. D/6102; voir également *Rohm & Haas Canada Ltd. et Tribunal antidumping, Re* (1978), 91 D.L.R. (3d) 212 (C.A.F.).

For the foregoing reasons, the application for judicial review shall be dismissed.

Pour les motifs susmentionnés, la demande de contrôle judiciaire est rejetée.