

T-1588-19
2023 FC 138

T-1588-19
2023 CF 138

Air Canada Pilots Association (*Applicant*)

Association des pilotes d’Air Canada (*demanderesse*)

v.

c.

Air Canada and Roy Bentley (*Respondents*)

Air Canada et Roy Bentley (*défendeurs*)

INDEXED AS: AIR CANADA PILOTS ASSOCIATION v. AIR CANADA

RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DES PILOTES D’AIR CANADA c. AIR CANADA

Federal Court, Furlanetto J.—By videoconference, May 12, 2022; Toronto, January 30, 2023.

Cour fédérale, juge Furlanetto—Par vidéoconférence, 12 mai 2022; Toronto, 30 janvier 2023.

Human Rights — Application for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) decision dismissing request to declare Canadian Human Rights Benefit Regulations (Regulations), ss. 3(b), 5(b) unconstitutional for violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Amendments made to collective agreement (Agreement) between applicant, respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing provision that permitted mandatory retirement at age of 60 — Agreement included Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability — GDIP, provision L75.07 provided that pilots eligible for unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability — Respondent Roy Bentley becoming eligible to retire, filing human rights complaint — Argued that L75.07 discriminatory on basis of age — Test under Charter, s. 15(1) asking whether impugned provision creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in manner having effect of reinforcing disadvantage — C.H.R.T. found that Regulations, ss. 3(b), 5(b) met first part of s. 15(1) test — However, concluded not disadvantaging, prejudicing, or stereotyping claimant group — Ss. 3(b), 5(b) containing two distinct exemptions — Applicant challenged fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) cut-off from disability benefits — Of view that this exemption violating Charter, s. 15(1) — Applicant argued that Impugned Provision created distinction based on age — Air Canada asserted that employee’s period of employment or years of service not personal characteristic falling under definition of analogous ground — Also asserted that the applicant led no evidence that Impugned Provision created disproportionate impact on members of protected group — Whether Regulations, ss. 3(b), 5(b) violating Charter, s. 15(1) — Those provisions not violating s. 15(1) — Length of employee’s service not immutable personal characteristic — Given logical connection between length of service, age, Impugned Provision both directly,

Droits de la personne — Demande de contrôle judiciaire d’une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) qui a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du Règlement sur l’application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés — Des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans — La Convention comprenait également une garantie collective d’assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée — La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n’étaient pas admissibles aux prestations d’invalidité s’ils devenaient incapables de travailler en raison d’une maladie ou d’une invalidité — Le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite; il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne — Il a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l’âge — Le critère applicable sous le régime de l’article 15 de la Charte demande si la disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, si elle impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer le désavantage — Le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement rencontraient la première partie du test — Toutefois, il a conclu qu’ils ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs — Les alinéas 3b) et 5b) contiennent deux exemptions distinctes — La demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) — Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1)

indirectly created distinction on basis of age — Contextual analysis remaining part of Court's approach to substantive equality, requiring balancing of interests at play — Purpose of impugned provision in context of broader scheme still meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to circumstances of groups impacted, objects of scheme (Withler v. Canada (Attorney General), S.C.C.) — Here, ss. 3(b), 5(b) creating distinction when claimant reaches "normal pensionable age" — Issue was whether this drew discriminatory distinction by denying benefit in manner reinforcing disadvantage — Use of "normal pensionable age" allowing employers to have regard to employee's circumstances, pensionable benefit in line with teachings of Withler — "Normal pensionable age" bona fide distinction — Not targeting groups for illegitimate reasons outside of overall scheme — Here, consistent with Withler, terminating disability benefits when employee reaching normal pensionable age not putting employees in adverse situation — Provisions based on age must also consider natural cycle, "vertical", "horizontal" needs of population as recognized in Withler — Ss. 3(b), 5(b) creating necessary exemption to individualized approach that would otherwise apply under Canadian Human Rights Act — Charter, s. 15 right safeguarded under ss. 3(b), 5(b), Impugned Provision — Application dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) dismissing request to declare Canadian Human Rights Benefit Regulations (Regulations), ss. 3(b), 5(b) unconstitutional for violating Charter, s. 15(1) — Amendments made to collective agreement between applicant, respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing provision that permitted mandatory retirement at age of 60 — Agreement

de la Charte — La demanderesse a soutenu que la disposition contestée crée une distinction fondée sur l'âge — Air Canada a soutenu que la période de service d'un employé n'est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d'un motif énuméré ou analogue — Elle a aussi affirmé que la demanderesse n'a présenté aucune preuve que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d'un groupe protégé — Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient-ils au paragraphe 15(1) de la Charte? — Ces dispositions ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) — La durée du service d'un employé n'est pas une caractéristique personnelle immuable — Compte tenu du lien logique entre la durée du service et l'âge, la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l'âge — Une analyse contextuelle fait toujours partie de l'approche de la Cour à l'égard de l'égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu — L'objet de la disposition contestée dans le contexte de l'ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime (Withler c. Canada (Procureur général), C.S.C.) — En l'espèce, les alinéas 3b) et 5b) créent une distinction lorsqu'un demandeur atteint l'« âge normal ouvrant droit à la pension » — La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d'une prestation d'une manière qui renforce le désavantage — L'utilisation de « l'âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l'employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l'arrêt Withler — La distinction faite par l'« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi — Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général — En l'espèce, conformément à l'arrêt Withler, mettre fin aux prestations d'invalidité lorsqu'un employé a atteint l'âge normal ouvrant droit à la pension ne mettait pas les employés dans une situation difficile — Les dispositions fondées sur l'âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l'esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l'arrêt Withler — Les alinéas 3b) et 5b) créent une exception nécessaire à l'approche personnalisée qui, sinon, s'appliquerait sous le régime de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Le droit garanti par l'article 15 de la Charte est protégé par les alinéas 3b) et 5b) et par la disposition contestée — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la Charte — Des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre

included Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability — GDIP, provision L75.07 provided that pilots eligible for unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability — Respondent Roy Bentley becoming eligible to retire, filing human rights complaint — Argued that L75.07 discriminatory on basis of age — Test under s. 15(1) asking whether impugned provision creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in manner having effect of reinforcing disadvantage — Ss. 3(b), 5(b) containing two distinct exemptions — Applicant challenged fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) cut-off from disability benefits — Of view that this violating Charter, s. 15(1) — Applicant argued that Impugned Provision created distinction based on age — Whether Regulations, ss. 3(b), 5(b) violating Charter, s. 15(1) — Those provisions not violating s. 15(1) — Contextual approach still part of Court’s approach to substantive equality, requiring balancing of interests at play — Purpose of impugned provision in context of broader scheme still meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to circumstances of groups impacted, objects of scheme (Withler v. Canada (Attorney General), S.C.C.) — Here, ss. 3(b), 5(b) creating distinction when claimant reaches “normal pensionable age” — Issue was whether this drew discriminatory distinction by denying benefit in manner reinforcing disadvantage — Use of “normal pensionable age” allowing employers to have regard to employee’s circumstances, pensionable benefit in line with teachings of Withler — “Normal pensionable age” bona fide distinction — Not targeting groups for illegitimate reasons outside of overall scheme — Here, consistent with Withler, terminating disability benefits when employee reaching normal pensionable age not putting employees in adverse situation — S. 15 ensuring substantive equality for all employees — This not meaning that all workers will have exact same disability coverage — Rather, it requires that all workers be eligible to form of compensation for loss of salary based on disability — This equality right safeguarded under ss. 3(b), 5(b), Impugned Provision.

la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l’âge de 60 ans — La Convention comprenait également une garantie collective d’assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée — La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n’étaient pas admissibles aux prestations d’invalidité s’ils devenaient incapables de travailler en raison d’une maladie ou d’une invalidité — Le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite; il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne — Il a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l’âge — Le critère applicable sous le régime de l’article 15 de la Charte demande si la disposition contestée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, si elle impose un fardeau ou nie un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer le désavantage — Les alinéas 3b) et 5b) contiennent deux exemptions distinctes — La demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) — Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1) de la Charte — La demanderesse a soutenu que la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge — Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient-ils au paragraphe 15(1) de la Charte? — Ces dispositions ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) — Une analyse contextuelle fait toujours partie de l’approche de la Cour à l’égard de l’égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu — L’objet de la disposition contestée dans le contexte de l’ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime (Withler c. Canada (Procureur général), C.S.C.) — En l’espèce, les alinéas 3b) et 5b) créent une distinction lorsqu’un demandeur atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension » — La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d’une prestation d’une manière qui renforce le désavantage — L’utilisation de « l’âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l’employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l’arrêt Withler — La distinction faite par l’« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi — Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général — En l’espèce, conformément à l’arrêt Withler, mettre fin aux prestations d’invalidité lorsqu’un employé a atteint l’âge normal ouvrant droit à la pension ne mettait pas les employés dans une situation difficile — L’article 15 garantit l’égalité réelle de tous les employés — Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d’invalidité

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) that dismissed a request to declare paragraphs 3(b) and 5(b) of the *Canadian Human Rights Benefit Regulations* (Regulations) unconstitutional for violating subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

In 2012, amendments were made to a collective agreement (Agreement) between the applicant and the respondent Air Canada in response to legislative amendments repealing a provision that permitted mandatory retirement at the age of 60. The amendments provided that pilots were eligible to retire with an unreduced pension at age 60 with 25 years of service, or at age 65 if they did not have 25 years of qualifying service. The Agreement also included a Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability. Provision L75.07 of the GDIP provided that pilots who were eligible for an unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability. In 2014, the respondent Roy Bentley became eligible to retire with an unreduced pension as he had completed more than 25 years of service with Air Canada. When he learned that he would not receive GDIP benefits if he became disabled, he filed a human rights complaint. Before the C.H.R.T., Mr. Bentley argued that L75.07 was discriminatory on the basis of age. The questions to be asked when assessing a claim under subsection 15(1) of the Charter are whether the impugned provision, on its face or in its impact, creates a distinction based on an enumerated or analogous ground; and, if so, whether it imposes burdens or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including a “historical” disadvantage. The C.H.R.T. found that when the effects of L75.07 were taken into account, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations created a distinction based on an analogous ground, meeting the first part of the subsection 15(1) test. However, the C.H.R.T. concluded that paragraphs 3(b) and 5(b) did not disadvantage, prejudice, or stereotype the claimant group. Pursuant to section 22 of the *Canadian Human Rights Act* (Act), the terms of an insurance plan do not violate the Act if the discriminatory basis of that insurance plan is permitted by the Regulations. Paragraphs 3(b) and 5(b) contain two distinct exemptions: if the employee is at an age that is not less than 65; or if the employee is the “normal pensionable age under the pension plan”. On this judicial review, the applicant challenged the fact that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) are

— *L'article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d'indemnisation pour la perte de salaire en raison d'une invalidité — Ce droit à l'égalité est protégé par les alinéas 3b) et 5b) et par la disposition contestée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) par laquelle ce dernier a, entre autres, refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations* (le Règlement), au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

En 2012, des modifications ont été apportées à une convention collective (la Convention) entre la demanderesse et la défenderesse Air Canada en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans. Les modifications prévoyaient que les pilotes étaient admissibles à la retraite avec pension non réduite à l'âge de 60 ans après 25 années de service, ou à l'âge de 65 ans s'ils n'avaient pas atteint 25 années de service admissible. La Convention comprenait également une garantie collective d'assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée. La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n'étaient pas admissibles aux prestations d'invalidité s'ils devenaient incapables de travailler en raison d'une maladie ou d'une invalidité. En 2014, le défendeur Roy Bentley est devenu admissible à la retraite avec pension non réduite, car il avait accumulé plus de 25 années de service au sein d'Air Canada. Lorsqu'il a appris qu'il ne recevrait pas de prestations de GCAI s'il devenait invalide, il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne. Devant le T.C.D.P., M. Bentley a fait valoir que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l'âge. Lorsqu'une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte est évaluée, deux questions se posent : 1) à première vue ou de par son effet, la disposition contestée établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l'affirmative, 2) impose-t-elle un fardeau ou nie-t-elle un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage, y compris le désavantage « historique » subi? Le T.C.D.P. a conclu que, lorsque les effets de la disposition L75.07 sont pris en compte, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction fondée sur un motif analogue, et que cela satisfait donc à la première étape de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1). Toutefois, le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs. Selon l'article 22 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi), les modalités d'un régime d'assurance ne contreviennent pas à la Loi si le fondement discriminatoire de ce régime d'assurance est permis par le Règlement. Les alinéas 3b) et 5b) contiennent

cut-off from disability benefits. It was of the view that this exemption is a violation of subsection 15(1) of the Charter. The applicant argued that, on its face, the Impugned Provision created a distinction based on age, and that this distinction was based on membership in an enumerated group—in this case, older workers. Air Canada asserted that the distinction created by the Impugned Provision was not based on an enumerated or analogous ground, that it referred to the “normal pensionable age”, which may be determined by a given period of service, rather than age. Air Canada argued that an employee’s period of service is not an immutable characteristic that has the character of an enumerated or analogous ground. An analogous ground is one based on a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity. Air Canada asserted that an employee’s period of employment or years of service is not a personal characteristic that falls under this definition. It also asserted that the applicant could not succeed on the first part of the test because it had led no evidence and had not demonstrated that the Impugned Provision created a disproportionate impact on members of a protected group.

The sole substantive issue was whether paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations violated subsection 15(1) of the Charter.

Held, the application should be dismissed.

Paragraphs 3(b) and 5(b) did not violate subsection 15(1) of the Charter and the C.H.R.T.’s decision was not in error. The length of an employee’s service on its own is not an immutable personal characteristic, as it does not describe what a person is, but rather what a person is doing or has done. Employees who are most likely to be impacted by pension eligibility determined by a set period of service are older employees given the length of service required to obtain that eligibility. While limited evidence was advanced regarding the length of service generally required by these plans or the age at which employees in those positions begin working to determine their age of pension eligibility, given the logical connection between length of service and age, it was concluded that the Impugned Provision both directly and indirectly created a distinction on the basis of age.

deux exemptions distinctes : si l’employé a au moins 65 ans; ou s’il a « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite ». Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la demanderesse a contesté l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée). Elle était d’avis que cette exception constituait une violation du paragraphe 15(1) de la Charte. La demanderesse a soutenu que, à première vue, la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge, et que cette distinction est fondée sur l’appartenance à un groupe visé par un motif énuméré — en l’occurrence, les travailleurs âgés. Air Canada a affirmé que la distinction créée par la disposition contestée n’est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue, que la disposition contestée fait référence à l’« âge normal ouvrant droit à la pension », qui peut être déterminé par une période de service donnée, plutôt que par l’âge. Air Canada a soutenu que la période de service d’un employé n’est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d’un motif énuméré ou analogue. Un motif analogue est une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle. Air Canada a affirmé que la période d’emploi ou les années de service d’un employé ne constituent pas une caractéristique personnelle visée par cette définition. Elle a aussi affirmé que la demanderesse ne pouvait satisfaire à la première étape du critère, parce qu’elle n’a présenté aucune preuve et n’a pas démontré que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé.

La seule question de fond à trancher était celle de savoir si les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne contrevenaient pas au paragraphe 15(1) de la Charte et la décision du T.C.D.P. n’était pas erronée. La durée du service d’un employé à elle seule n’est pas une caractéristique personnelle immuable, car elle ne décrit pas ce qu’est une personne, mais plutôt ce qu’une personne fait ou a fait. Les employés qui sont le plus susceptibles d’être touchés par l’admissibilité à la pension déterminée par une période de service donnée sont les employés plus âgés, compte tenu de la durée de service requise pour devenir admissible. Bien que peu d’éléments de preuve aient été présentés concernant la durée de service généralement requise par ces régimes ou l’âge auquel les employés qui occupent ces postes commencent à travailler pour déterminer leur âge d’admissibilité à la pension, compte tenu du lien logique entre la durée du service et l’âge, on pouvait conclure que la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l’âge.

A contextual analysis remains part of the Court's approach to substantive equality, requiring a balancing of the interests at play. As stated by the Supreme Court in *Withler v. Canada (Attorney General)* (*Withler*), the purpose of the impugned provision in the context of the broader scheme is still a meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to the circumstances of the groups impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals may also be considered. In this case, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a distinction when a claimant reaches "normal pensionable age". The issue was whether this drew a discriminatory distinction by denying a benefit in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates disadvantage as an employee gets older and reaches pensionable age. The use of "normal pensionable age" allows employers to have regard to the employee's circumstances and pensionable benefit in line with the teachings of *Withler*. The contextual factors demonstrated that the distinction made by "normal pensionable age" is a *bona fide* distinction. It is not targeting groups for illegitimate reasons outside of the overall scheme. Here, consistent with *Withler* and the goals pursued, terminating disability benefits when an employee has reached normal pensionable age does not put employees in an adverse situation because they are able to collect unreduced pension benefits. There are some inherent distinctions when considering a provision based on age. Provisions based on age must also consider the natural cycle, bearing in mind both the "vertical" and "horizontal" needs of the population as recognized in *Withler*. Even if one were to accept that older workers face stereotypes in the workplace, and have experienced certain disadvantages associated with those stereotypes, there is insufficient evidence of the actual impact of the loss of disability benefits on older workers, or a clear connection in the evidence between the loss of disability benefits to those asserted stereotypes and disadvantages. Paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a necessary exemption to the individualized approach that would otherwise apply under the Act. Section 15 of the Charter ensures substantive equality for all employees. This does not mean that all workers will have the exact same disability coverage because they are workers, or that there will be formal equality between older and younger workers. Rather, it requires that all workers be eligible to a form of compensation for loss of salary based on disability. The C.H.R.T. correctly found that this equality right was safeguarded under paragraphs 3(b) and 5(b), and in effect by the Impugned Provision.

Une analyse contextuelle fait toujours partie de l'approche de la Cour à l'égard de l'égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu. Tel qu'énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)* (*Withler*), l'objet de la disposition contestée dans le contexte de l'ensemble du régime de retraite demeurerait une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime. Il n'est pas nécessaire que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. L'affectation des ressources et les objectifs stratégiques particuliers peuvent aussi être pris en compte. En l'espèce, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction lorsqu'un demandeur atteint l'« âge normal ouvrant droit à la pension ». La question était de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d'une prestation d'une manière qui renforce, perpétue ou accentue le désavantage à mesure qu'un employé vieillit et atteint l'âge ouvrant droit à la pension. L'utilisation de « l'âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l'employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés dans l'arrêt *Withler*. Les facteurs contextuels ont démontré que la distinction faite par l'« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi. Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général. En l'espèce, conformément à l'arrêt *Withler* et aux objectifs poursuivis, le fait de mettre fin aux prestations d'invalidité lorsqu'un employé a atteint l'âge normal ouvrant droit à la pension ne mettrait pas les employés dans une situation difficile, parce qu'ils pouvaient toucher des prestations de retraite non réduites. Il existe certaines distinctions inhérentes lorsqu'on envisage une disposition fondée sur l'âge. Les dispositions fondées sur l'âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l'esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l'arrêt *Withler*. Même si l'on admettait que les travailleurs âgés sont victimes de stéréotypes en milieu de travail et qu'ils ont subi certains désavantages associés à ces stéréotypes, la preuve ne suffit pas à étayer l'impact réel de la perte de prestations d'invalidité sur les travailleurs âgés, ni l'existence d'un lien clair entre la perte des prestations d'invalidité et les stéréotypes et désavantages allégués. Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une exception nécessaire à l'approche personnalisée qui, sinon, s'appliquerait sous le régime de la Loi. L'article 15 de la Charte garantit l'égalité réelle de tous les employés. Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d'invalidité, ni qu'il y aura une égalité formelle entre les travailleurs âgés et les jeunes travailleurs. L'article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d'indemnisation pour la perte de salaire en raison d'une invalidité. Le T.C.D.P. a conclu à juste titre que ce droit à l'égalité était protégé par les alinéas 3b) et 5b) et, du moins dans ses effets, par la disposition contestée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 22.

Canadian Human Rights Benefit Regulations, SOR/80-68, ss. 2 “normal pensionable age”, 3(b), 5(b).

Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41.

Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 25(2.1).

Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36.

CASES CITED

APPLIED:

Fraser v. Canada (Attorney General), 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113; *National R&D Inc. v. Canada*, 2022 FCA 72, [2022] 2 F.C.R. D-4; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 12.

CONSIDERED:

Talos v. Grand Erie District School Board, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75; *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183; *Stadler v. Director, St Boniface/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Landau v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 12, 466 D.L.R. (4th) 550; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158, [2021] 3 F.C.R. D-21; *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (Ont. Sup. Ct.); *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679; *Healy v. Gregory* (2009), 75 C.C.P.B. 178, [2009] O.J. No. 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (Ont. Sup. Ct.); *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313.

REFERRED TO:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Highwood Congregation*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

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

Code des droits de la personne, L.R.O., ch. H.19, art. 25(2.1).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 22.

Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, ch. 41.

Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36.

Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations, DORS/80-68, art. 2 « âge normal ouvrant droit à la pension », 3b), 5b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Fraser c. Canada (Procureur général), 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113; *National R&D Inc. c. Canada*, 2022 CAF 72, [2022] 2 R.C.F. F-5; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 12.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Talos v. Grand Erie District School Board, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75; *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186; *Stadler v. Director, St Boniface/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Landau c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 12; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, [2021] 3 R.C.F. F-22; *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (C.S. Ont.); *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679; *Healy v. Gregory*, [2009] O.J. n° 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (C.S. Ont.); *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Highwood*

of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75; *Khodeir v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 44; *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (Ont. G.S.B.).

Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Khodeir c. Canada (Procureur général)*, 2022 CF 44; *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (Comm. de règlement des griefs Ont.).

AUTHORS CITED

Canadian Human Rights Commission, *Annual Report 1979*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1980.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (2019 CHRT 37, 51 C.C.P.B. (2d) 267) that dismissed a request to declare paragraphs 3(b) and 5(b) of the *Canadian Human Rights Benefit Regulations* unconstitutional for violating subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Application dismissed.

DOCTRINE CITÉE

Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport annuel 1979*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1980.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (2019 TCDP 37) par laquelle ce dernier a refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations*, au motif que ces dispositions violaient le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Christopher Rootham for applicant.
Maryse Tremblay for respondent Air Canada.

No one appearing for respondent Roy Bentley.

ONT COMPARU :

Christopher Rootham pour la demanderesse.
Maryse Tremblay pour la défenderesse
Air Canada.

Personne n'a comparu pour le défendeur
Roy Bentley.

SOLICITORS OF RECORD

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa,
for applicant.
Borden Ladner Gervais LLP, Montréal, for
respondent Air Canada.
Hamilton Duncan Armstrong & Stewart, Surrey,
British Columbia, for respondent Roy Bentley.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Nelligan O'Brien Payne s.r.l., Ottawa, pour
la demanderesse.
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l.,
Montréal, pour la défenderesse Air Canada.
Hamilton Duncan Armstrong & Stewart, Surrey,
Colombie-Britannique, pour le défendeur
Roy Bentley.

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

[1] FURLANETTO J.: This is an application for judicial review of an August 28, 2019 decision [*Bentley v. Air Canada and Air Canada Pilots Association*, 2019 CHRT 37, 51 C.C.P.B. (2d) 267] (Decision) of the Canadian Human Rights Tribunal (C.H.R.T.) that, *inter alia*, dismissed a request to declare paragraphs 3(b) and 5(b) of the *Canadian Human Rights Benefit Regulations*, SOR/80-68 (Regulations) unconstitutional for violating subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). The C.H.R.T. found that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations were a complete defence to complaints filed by the Respondent, Roy Bentley, against Air Canada (AC) and Air Canada Pilots Association (ACPA) that a provision of the collective agreement between AC and ACPA allowing for termination of long-term disability benefits for pilots who became eligible to receive unreduced pension benefits was age discrimination within the meaning of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act).

[2] Mr. Bentley is now retired from AC and has elected not to participate in the current proceedings. He did not file any materials or participate in the hearing of this matter. Instead, ACPA has brought this application to challenge the C.H.R.T.'s finding based on subsection 15(1) of the Charter.

[3] For the reasons set out below, it is my view that the application should be dismissed as ACPA has failed to demonstrate that the phrase “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” from paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations violates the substantive equality norm enshrined in subsection 15(1) of the Charter.

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

[1] LA JUGE FURLANETTO : La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue le 28 août 2019 [*Bentley c. Air Canada et Association des pilotes d'Air Canada*, 2019 TCDP 37] (la décision contestée) par le Tribunal canadien des droits de la personne (le T.C.D.P.) par laquelle ce dernier a, entre autres, refusé une demande visant à déclarer inconstitutionnels les alinéas 3b) et 5b) du *Règlement sur l'application de la Loi canadienne sur les droits de la personne aux régimes de prestations*, DORS/80-68 (le Règlement), au motif que ces dispositions violent le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement constituaient une défense complète contre les plaintes déposées par le défendeur, Roy Bentley, contre Air Canada (AC) et l'Association des pilotes d'Air Canada (l'APAC), portant qu'une disposition de la convention collective conclue entre AC et l'APAC permettant la cessation des prestations d'invalidité de longue durée pour les pilotes qui sont devenus admissibles à des prestations de retraite non réduites constituait de la discrimination fondée sur l'âge au sens de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi).

[2] M. Bentley est maintenant retraité d'AC et a choisi de ne pas participer à la présente instance. Il n'a produit aucun document et n'a pas participé à l'audience de cette affaire. L'APAC a plutôt présenté la demande en l'espèce pour contester la conclusion du T.C.D.P. fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte.

[3] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis que la demande devrait être rejetée, car l'APAC n'a pas démontré que l'expression « âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l'employé », employée aux alinéas 3b) et 5b) du Règlement viole la norme de l'égalité réelle consacrée au paragraphe 15(1) de la Charte.

I. Background

[4] In 2011, ACPA and AC entered into a collective agreement (Agreement) that was in force from 2011 to 2016. In 2012, amendments were made to the Agreement in response to legislative amendments repealing a provision that permitted mandatory retirement at the age of 60. The amendments provided that pilots were eligible to retire with an unreduced pension at age 60 with 25 years of service, or at age 65 if they did not have 25 years of qualifying service.

[5] The Agreement also included a Group Disability Income Plan (GDIP) for pilots on long-term disability. Provision L75.07 of the GDIP provided that pilots who were eligible for an unreduced pension did not qualify for disability benefits should they become unable to work due to illness or disability.

[6] Mr. Bentley turned 60 on May 30, 2014. He became eligible to retire with an unreduced pension as he had completed more than 25 years of service with AC. When he learned that he would not receive GDIP benefits if he became disabled, he filed a human rights complaint.

A. *Proceeding before the C.H.R.T.*

[7] Before the C.H.R.T., Mr. Bentley argued that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations violated subsection 15(1) of the Charter and were not saved by section 1, and that L75.07 of the GDIP was discriminatory on the basis of age.

[8] Both AC and ACPA initially opposed Mr. Bentley's arguments. However, in May 2018, the Ontario Human Rights Tribunal (O.H.R.T.) released its decision in *Talos v. Grand Erie District School Board*, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75 (*Talos*), wherein the O.H.R.T. found that a provision under Ontario human rights legislation violated subsection 15(1) of the Charter and were not to be saved by section 1. After the release of

I. Contexte

[4] En 2011, l'APAC et AC ont conclu une convention collective (la Convention) qui a été en vigueur de 2011 à 2016. En 2012, des modifications ont été apportées à la Convention en réponse à des modifications législatives abrogeant une disposition qui permettait la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans. Les modifications prévoyaient que les pilotes étaient admissibles à la retraite avec pension non réduite à l'âge de 60 ans après 25 années de service, ou à l'âge de 65 ans s'ils n'avaient pas atteint 25 années de service admissible.

[5] La Convention comprenait également une garantie collective d'assurance-invalidité (la GCAI) pour les pilotes en invalidité de longue durée. La disposition L75.07 de la GCAI prévoyait que les pilotes admissibles à une pension non réduite n'étaient pas admissibles aux prestations d'invalidité s'ils devenaient incapables de travailler en raison d'une maladie ou d'une invalidité.

[6] M. Bentley a eu 60 ans le 30 mai 2014. Il est devenu admissible à la retraite avec pension non réduite, car il avait accumulé plus de 25 années de service au sein d'AC. Lorsqu'il a appris qu'il ne recevrait pas de prestations de GCAI s'il devenait invalide, il a déposé une plainte pour atteinte aux droits de la personne.

A. *L'instance devant le T.C.D.P.*

[7] Devant le T.C.D.P., M. Bentley a fait valoir que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contrevenaient au paragraphe 15(1) de la Charte et n'étaient pas justifiés au regard de l'article premier de la Charte, et que la disposition L75.07 du GCAI établissait une distinction fondée sur l'âge.

[8] AC et l'APAC se sont d'abord opposées aux arguments de M. Bentley. Toutefois, en mai 2018, le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario (le T.D.P.O.) a rendu sa décision dans l'affaire *Talos v. Grand Erie District School Board*, 2018 HRTO 680 (CanLII), 47 C.C.E.L. (4th) 75 (*Talos*), dans laquelle le T.D.P.O. a conclu qu'une disposition de la législation ontarienne sur les droits de la personne contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte

Talos, ACPA changed its position to support Mr. Bentley's arguments.

B. Evidence before the C.H.R.T.

[9] Before the C.H.R.T., ACPA provided evidence from three former pilots: Mr. Bentley, Robert Lyon and Sandra Anderson. Mr. Bentley was not disabled and was therefore not financially harmed by the provisions. Robert Lyon required six months to recover from a heart attack after his 60th birthday. He took leave without pay after exhausting his vacation and sick days before returning to work. Sandra Anderson required a major surgery four months after her 60th birthday. She retired seven months later after using her accrued sick days and vacation days so she did not have to go without income.

[10] AC also provided an expert report from Peter Gorham (Gorham Report) who was qualified as an expert "with actuarial expertise in the design, implementation, governance, costing and funding of pension plans and employee benefit programs". Mr. Gorham reached two key conclusions in his report:

- A. It is appropriate from an actuarial and insurance perspective (i.e., cost effectiveness) to replace loss of income benefits with retirement benefits for workers at some point between age 61 and 65; and
- B. Reference to pensionable age is a reasonable proxy to recognize the specific retirement experience at various employers.

[11] In arriving at these conclusions, Mr. Gorham opined that "it [was] not actuarially sound to continue to pay disability income protection after a point at which the majority of workers are likely to have retired. To do

et n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la Charte. Après la publication de l'arrêt *Talos*, l'APAC a changé de position pour finalement appuyer les arguments de M. Bentley.

B. La preuve soumise au T.C.D.P.

[9] Devant le T.C.D.P., l'APAC a présenté le témoignage de trois anciens pilotes : M. Bentley, Robert Lyon et Sandra Anderson. M. Bentley n'était pas invalide et n'a donc pas subi de préjudice financier en raison des dispositions. Robert Lyon a eu besoin de six mois pour se remettre d'une crise cardiaque après son 60^e anniversaire. Il a pris un congé sans solde après avoir épuisé ses jours de vacances et de maladie avant de retourner au travail. Sandra Anderson a dû subir une intervention chirurgicale majeure quatre mois après son 60^e anniversaire. Elle a pris sa retraite sept mois plus tard après avoir utilisé ses jours de maladie et de congé accumulés, de sorte qu'elle n'a pas eu à se passer de revenu.

[10] AC a également présenté un rapport d'expert préparé par Peter Gorham (le rapport Gorham). M. Gorham était qualifié d'expert [TRADUCTION] « possédant une expertise actuarielle dans la conception, la mise en œuvre, la gouvernance, l'établissement des coûts et le financement des régimes de retraite et des programmes d'avantages sociaux des employés ». Voici les deux conclusions clés de son rapport :

- A. Du point de vue de l'actuariat et de l'assurance (c.-à-d. la rentabilité), il est approprié de remplacer les indemnités pour perte de revenu par des prestations de retraite à un moment donné entre 61 et 65 ans;
- B. Le renvoi à l'âge ouvrant droit à pension s'explique par le fait qu'il est un moyen raisonnable adopté par divers employeurs en ce qui concerne les situations particulières au moment de la retraite.

[11] Pour en arriver à ces conclusions, M. Gorham a déclaré qu'il [TRADUCTION] « n'était pas judicieux sur le plan actuariel de continuer à verser la protection du revenu en cas d'invalidité après un moment où la majorité

so [would] over compensate more than half of the disabled workers.”

[12] He noted that to be actuarially sound there needed to be a point where income benefits ceased. However, there was no single correct age at which benefits should stop. Rather, there was a range of ages that could vary based on retirement patterns of Canadians, in general, and of the employer in particular. In his opinion, the use of pensionable age was an appropriate method of setting a point at which disability benefits could cease as it recognized differing employment situations such as those resulting from employees with unreduced early retirement benefits, who tended to retire at younger ages than those without unreduced early retirement pensions.

C. Decision under review

[13] The C.H.R.T. found that when the effects of L75.07 are taken into account, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a distinction based on an analogous ground, meeting the first part of the subsection 15(1) test.

[14] However, the C.H.R.T. concluded that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations did not disadvantage, prejudice, or stereotype the claimant group. The termination of disability benefits upon reaching pensionable age was set off with generous retirement benefits, and an unreduced pension. Given the high costs of maintaining disability insurance for older individuals, this compromise was reasonable. The C.H.R.T. did not accept ACPA's reliance on *Talos*. It distinguished *Talos*, which dealt with health, dental, and life insurance benefits rather than disability benefits and explicitly excluded long-term disability insurance and pension plans.

des travailleurs sont susceptibles d'avoir pris leur retraite. En agissant de la sorte, on indemniserait plus de la moitié des travailleurs invalides. »

[12] Il a fait remarquer que, pour que le régime soit pertinent sur le plan actuariel, il doit y avoir un moment où les indemnités pour perte de revenu cessent. Cependant, il n'existe pas d'âge précis auquel les prestations devraient cesser. Il a plutôt présenté un éventail d'âges qui pouvaient varier en fonction des habitudes de retraite des Canadiens, en général, et de l'employeur en particulier. À son avis, l'utilisation de l'âge ouvrant droit à pension est une méthode appropriée pour fixer un moment où les prestations d'invalidité pourraient prendre fin, car elle tient compte des situations d'emploi différentes, comme celles des employés qui touchent des prestations de retraite anticipée non réduites, lesquels ont tendance à prendre leur retraite à un plus jeune âge que ceux qui n'en bénéficient pas.

C. La décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire

[13] Le T.C.D.P. a conclu que, lorsque les effets de la disposition L75.07 sont pris en compte, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction fondée sur un motif analogue, et que cela satisfait donc à la première étape de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

[14] Toutefois, le T.C.D.P. a conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne créent pas de désavantage, de préjudice ou de stéréotype pour le groupe de demandeurs. La cessation des prestations d'invalidité à l'âge ouvrant droit à pension a été compensée par des prestations de retraite généreuses et une pension non réduite. Compte tenu des coûts élevés du maintien de l'assurance-invalidité pour les personnes âgées, il s'agissait d'un compromis raisonnable. Le T.C.D.P. n'a pas souscrit au renvoi à l'affaire *Talos* par l'APAC. Il a jugé inapplicable cette affaire, qui traitait des prestations d'assurance maladie, d'assurance dentaire et d'assurance vie plutôt que des prestations d'invalidité, et qui excluait expressément les régimes d'assurance-invalidité de longue durée et de pension.

[15] As the C.H.R.T. concluded there was no violation of subsection 15(1) of the Charter, there was no section 1 analysis.

II. Issues and Standard of Review

[16] Pursuant to section 22 of the Act, the terms of an insurance plan do not violate the Act if the discriminatory basis of that insurance plan is permitted by the Regulations. Paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations contain two distinct exemptions: if the employee is at an age that is not less than 65; or if the employee is the “normal pensionable age under the pension plan”. These provisions read as follows:

3 The following provisions of a benefit plan do not constitute the basis for a complaint under Part III of the Act that an employer is engaging or has engaged in a discriminatory practice:

...

(b) in the case of any disability income insurance plan, provisions that result in an employee being excluded from participation in the plan because the employee has attained the age at which a member of the plan would not be eligible to receive benefits under the plan or has attained that age less the length of the waiting period following the commencement of a disability that must pass before benefits may become payable thereunder, **if that age is not less than 65 or the normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member, whichever occurs first;**

...

5 The following provisions of an insurance plan do not constitute the basis for a complaint under Part III of the Act that an employer is engaging or has engaged in a discriminatory practice:

...

(b) in the case of any disability income insurance plan, provisions that result in differentiation being made between employees because the benefits payable under the plan to an employee cease **when the employee has attained the age of not less than 65, or the normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member, whichever occurs first;** [Emphasis added.]

[15] Comme le T.C.D.P. a conclu qu’il n’y avait pas eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte, il n’y a pas eu d’analyse fondée sur l’article premier.

II. Les questions en litige et norme de contrôle

[16] Selon l’article 22 de la Loi, les modalités d’un régime d’assurance ne contreviennent pas à la Loi si le fondement discriminatoire de ce régime d’assurance est permis par le Règlement. Les alinéas 3b) et 5b) du Règlement contiennent deux exemptions distinctes : si l’employé a au moins 65 ans; ou s’il a « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite ». Ces dispositions sont ainsi libellées :

3 Les dispositions suivantes d’un régime de prestations ne constituent pas des motifs raisonnables pour formuler, en vertu de la Partie III de la Loi, une plainte pour acte discriminatoire de la part de l’employeur :

[...]

b) dans le cas d’un régime d’assurance-revenu en cas d’invalidité, les dispositions qui en excluent un employé parce qu’il a atteint l’âge auquel les prestations cessent d’être payables aux membres du régime, ou a atteint cet âge même en tenant compte de la période d’attente entre le début de l’invalidité et la date où les prestations deviennent payables, lequel âge correspond à soixante-cinq ans ou à l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé, selon ce qui se présente le premier;

[...]

5 Les dispositions suivantes d’un régime d’assurance ne constituent pas des motifs raisonnables pour formuler, en vertu de la Partie III de la Loi, une plainte pour acte discriminatoire de la part de l’employeur :

[...]

b) dans le cas d’un régime d’assurance-revenu en cas d’invalidité, les dispositions qui établissent une distinction entre les employés parce qu’elles prévoient la cessation des prestations à l’âge de soixante-cinq ans ou à l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé, selon ce qui se présente le premier; [Je souligne.]

[17] The Applicant on this judicial review does not challenge the constitutional validity of the exemption from disability insurance plans for employees not less than 65. Nor is it challenging the appropriateness of the GDIP benefits. The sole substantive issue on this application is whether the exemption that employees at “normal pensionable age under the pension plan of which the employee is a member” (Impugned Provision) are cut-off from disability benefits is a violation of subsection 15(1) of the Charter and if so, whether it is saved by section 1 of the Charter.

[18] In addition, AC raises as a preliminary issue whether ACPA should be permitted to advance new arguments and evidence on judicial review that were not before the C.H.R.T., namely with respect to the latter, the introduction of various social science papers in its Book of Authorities (BOA).

[19] There is no standard of review for the preliminary issue.

[20] The standard of review for the substantive issue is correctness. The compatibility of paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations with the Charter is a constitutional question that falls within an exception to the presumption of reasonableness: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraphs 55–57.

[21] As noted by AC, when applying the correctness standard, the Court must remain alert to the structural limitations of a judicial review, which is concerned with the legality of the underlying decision (*Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26, [2018] 1 S.C.R. 750, at paragraph 13) and determining whether reviewable errors were committed. As explained by the Federal Court of Appeal in *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186, [2004] 3 C.T.C. 183 (*Bekker*), at paragraph 11, the judicial review is not a *de novo* hearing:

[17] Dans le cadre du présent contrôle judiciaire, la demanderesse ne conteste pas la validité constitutionnelle de l’exemption des régimes d’assurance-invalidité pour les employés d’au moins 65 ans. Elle ne remet pas non plus en question la pertinence des prestations de la GCAI. La seule question de fond à trancher dans la présente demande est celle de savoir si l’exception prévoyant la cessation des prestations d’invalidité pour les employés ayant atteint « l’âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite auquel participe l’employé » (la disposition contestée) constitue une violation du paragraphe 15(1) de la Charte et, dans l’affirmative, si cette exception se justifie au regard de l’article premier de la Charte.

[18] De plus, AC soulève, à titre préliminaire, la question de savoir si l’APAC devrait être autorisée à présenter, dans le cadre du contrôle judiciaire, de nouveaux arguments et éléments de preuve qui n’avaient pas été présentés au T.C.D.P., notamment en ce qui a trait à l’introduction en preuve de divers documents de sciences sociales dans son recueil de jurisprudence (RJ).

[19] Il n’y a pas de norme de contrôle pour la question préliminaire.

[20] La norme de contrôle pour la question de fond est la norme de la décision correcte. La compatibilité des alinéas 3b) et 5b) du Règlement avec la Charte est une question constitutionnelle qui relève d’une exception à la présomption d’application de la norme de la décision correcte : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, aux paragraphes 55 à 57.

[21] Comme l’a fait remarquer AC, lorsqu’elle applique la norme de la décision correcte, la Cour doit demeurer consciente des limites structurelles d’un contrôle judiciaire, lequel vise la légalité de la décision sous-jacente (*Highwood Congregation of Jehovah’s Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, [2018] 1 R.C.S. 750, au paragraphe 13), et juger si des erreurs susceptibles de révision ont été commises. Comme l’a expliqué la Cour d’appel fédérale au paragraphe 11 de l’arrêt *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186 (*Bekker*), le contrôle judiciaire n’est pas une audience *de novo* :

Judicial review proceedings are limited in scope. They are not trial *de novo* proceedings whereby determination of new issues can be made on the basis of freshly adduced evidence. As Rothstein J.A. said in *Gitksan Treaty Society v. Hospital Employees Union*...“the essential purpose of judicial review is the review of decisions” and, I would add, to merely ascertain their legality....This is the reason why, barring exceptional circumstances such as bias or jurisdictional questions, which may not appear on the record, the reviewing Court is bound by and limited to the record that was before the judge or the Board. Fairness to the parties and the court or tribunal under review dictates such a limitation.[Footnotes and emphasis deleted.]

III. Analysis

A. *Should ACPA’s new evidence and arguments be permitted?*

[22] AC asserts that arguments and evidence advanced by ACPA before this Court were not made before the C.H.R.T. and as such are improperly raised.

[23] As noted by AC and referenced earlier, in its initial submissions to the C.H.R.T., ACPA supported AC’s position that the amendment to the Agreement was shielded by paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations and that these subsections did not violate the Charter. In doing so, they relied fully on the Gorham Report. However, after a request for further submissions from the C.H.R.T. Hearings Officer because of the O.H.R.T.’s decision in *Talos*, ACPA changed its position, asserting that paragraphs 3(b) and 5(b) were contrary to subsection 15(1) of the Charter. In these further submissions, ACPA made little independent argument, essentially adopting the O.H.R.T.’s analysis and asserting it applied equally to the matter before the C.H.R.T.

[24] Before the Court now, ACPA seeks to critique aspects of the Gorham Report in support of its argument that paragraphs 3(b) and 5(b) are unconstitutional.

Les demandes de contrôle judiciaire ont une portée limitée. Il ne s’agit pas de nouvelles instances au cours desquelles de nouvelles questions peuvent être tranchées sur la foi de nouveaux éléments de preuve. Comme l’a dit le juge Rothstein, de la Cour d’appel fédérale, dans *Gitksan Treaty Society c Hospital Employees’ Union* [...] « le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions » et, j’ajouterais, simplement d’en déterminer la légalité [...] C’est la raison pour laquelle, sauf dans des circonstances exceptionnelles comme l’existence de questions relatives à la partialité ou à la compétence, qui ne figurent pas nécessairement au dossier, la cour de révision est liée par le dossier dont le juge ou l’office était saisi et est limitée à ce dossier. Par souci d’équité pour les parties et pour le tribunal dont la décision est révisée, cette restriction est nécessaire. [Renvois omis.]

III. Analyse

A. *Les nouveaux éléments de preuve et arguments de l’APAC devraient-ils être admis?*

[22] AC affirme que le T.C.D.P. n’avait pas été saisi de certains arguments et éléments de preuve présentés par l’APAC devant la Cour et que, par conséquent, ils n’ont donc pas été présentés en bonne et due forme.

[23] Comme l’a fait remarquer AC, et ainsi qu’il a été mentionné précédemment, dans ses observations initiales au T.C.D.P., l’APAC a appuyé la position d’AC selon laquelle la modification de la Convention était protégée par les alinéas 3b) et 5b) du Règlement et que ces paragraphes n’enfreignaient pas la Charte. Ce faisant, elle s’est entièrement appuyée sur le rapport Gorham. Cependant, après une demande d’observations supplémentaires de la part de l’agent d’audience du T.C.D.P. à la suite de la décision du T.D.P.O. dans l’affaire *Talos*, l’APAC a changé sa position, affirmant que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement étaient contraires au paragraphe 15(1) de la Charte. Dans ces observations supplémentaires, l’APAC a présenté bien peu d’arguments lui étant propres, adoptant essentiellement l’analyse du T.D.P.O. et affirmant qu’elle s’appliquait également à l’affaire dont le T.C.D.P. était saisi.

[24] Devant la Cour, l’APAC cherche maintenant à critiquer certains aspects du rapport Gorham à l’appui de son argument selon lequel les alinéas 3b) et 5b) sont inconstitutionnels.

[25] Further, AC asserts that ACPA raises a new argument at paragraph 33 of the Applicant's memorandum of fact and law that is broader than the issues before the C.H.R.T. In this paragraph, ACPA characterizes the issue as "whether the mere existence of a pension plan excuses the complete denial of disability benefits—no matter what benefits the pension plan's terms provide."

[26] AC argues that this paragraph is a recharacterization of the issues before the C.H.R.T. that widens the scope of the analysis beyond the GDIP and has denied the Respondent the opportunity to file relevant evidence on different pension plans and how they interact with paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations. AC similarly asserts that it has been denied the opportunity to address the difference between defined benefit plans and defined contribution plans, which would be relevant to this broader issue.

[27] ACPA argues that this is not a situation where a new issue is being raised before the Court that was not before the C.H.R.T. Rather, in this case, the subsection 15(1) issue was clearly before the C.H.R.T., and a decision on the issue was rendered by the C.H.R.T. Thus, the decision maker was provided with an opportunity to express an opinion on the Charter issue.

[28] I agree with AC that the issues as framed cannot be broader than the matters that were before the C.H.R.T.: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 26. However, I do not agree that ACPA is foreclosed from challenging the C.H.R.T.'s findings on subsection 15(1) or from advancing arguments that relate to those made by Mr. Bentley before the C.H.R.T. or that encompass what the C.H.R.T. would have considered as a result of the post-hearing submissions and its consideration of *Talos*.

[25] De plus, AC affirme que l'APAC soulève un nouvel argument au paragraphe 33 de son mémoire des faits et du droit qui est plus vaste que les questions dont le T.C.D.P. est saisi. Dans ce paragraphe, l'APAC décrit la question comme étant celle de savoir [TRADUCTION] « si la simple existence d'un régime de pension excuse le refus complet des prestations d'invalidité — peu importe les avantages prévus par les modalités du régime de pension ».

[26] AC soutient que ce paragraphe est une reformulation des questions dont le T.C.D.P. était saisi, mais dont la portée de l'analyse a été élargie au-delà de la GCAI, et qu'on ne lui a pas permis de déposer des éléments de preuve pertinents sur différents régimes de pension et sur la façon dont ils interagissent avec les alinéas 3b) et 5b) du Règlement. AC affirme également qu'on lui a refusé la possibilité de s'attaquer à la différence entre les régimes à prestations déterminées et les régimes à cotisations déterminées, ce qui serait pertinent dans le contexte de cette question plus vaste.

[27] L'APAC soutient qu'il ne s'agit pas d'une situation où une nouvelle question est soulevée devant la Cour alors qu'elle ne l'avait pas été devant le T.C.D.P. En l'espèce, la question relative au paragraphe 15(1) de la Charte a été clairement soumise au T.C.D.P., qui a rendu une décision à ce sujet. Ainsi, le décideur a eu l'occasion d'exprimer une opinion sur la question relative à la Charte.

[28] Je suis d'accord avec AC pour dire que les questions formulées ne peuvent être de portée plus vaste que celles dont le T.C.D.P. était saisi : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 26. Cependant, je ne souscris pas à l'affirmation selon laquelle l'APAC n'est pas autorisée à contester les conclusions du T.C.D.P. à l'égard du paragraphe 15(1) ou à présenter des arguments qui se rapportent à ceux présentés par M. Bentley devant le T.C.D.P. ou qui englobent ce que le T.C.D.P. aurait pris en considération à la suite des observations postérieures à l'audience et de son examen de l'affaire *Talos*.

[29] With respect to evidence, AC impugns ACPA's criticisms of the Gorham Report, the reliance on expert evidence from decisions such as *Talos*, and the introduction of social science articles in its BOA that were not introduced via expert testimony before the C.H.R.T.

[30] I agree with ACPA that the reliance and criticisms of the Gorham evidence is not new evidence. ACPA is not seeking to introduce competing evidence to the opinions given by Mr. Gorham. Rather, they are seeking to point to certain aspects of Mr. Gorham's evidence and are asking this Court to draw a different legal conclusion on that evidence than the one drawn by the C.H.R.T.

[31] Regarding the reliance on expert evidence from other decisions, such evidence cannot be taken as evidence of first instance and can only be viewed in context. This will be dealt with further, where necessary, when addressing the parties' specific arguments under the subsection 15(1) analysis.

[32] With respect to ACPA's reference to secondary source social science articles, ACPA asserts that it is not relying on these articles as evidence, but rather to put the existing evidence in context. ACPA argues that this is consistent with the approach taken in other cases; such as, *Stadler v. Director, St Bonifant/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297 (*Stadler*) and *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113 (*Fraser*).

[33] AC asserts that ACPA is trying to introduce evidence that was not before the C.H.R.T. because ACPA did not dispute the Gorham Report before the C.H.R.T. AC takes issue with the secondary references found at items 35 to 45 of ACPA's BOA, with the exception of items 38 and 44, which it asserts relate to a government report and government newsletter, respectively.

[29] En ce qui concerne les éléments de preuve, AC conteste les critiques de l'APAC à l'égard du rapport Gorham, le fait qu'on se fie à la preuve d'expert tirée de décisions comme *Talos*, et l'introduction d'articles de sciences sociales dans son RJ qui n'avaient pas été présentés au moyen d'un témoignage d'expert devant le T.C.D.P.

[30] Je suis d'accord avec l'APAC pour dire le fait qu'on se soit fondé sur le rapport Gorham et les critiques formulées envers celui-ci ne constituent pas une nouvelle preuve. L'APAC ne cherche pas à présenter des éléments de preuve qui divergent des opinions exprimées par M. Gorham. Elle cherche plutôt à attirer l'attention sur certains aspects de la preuve produite par M. Gorham et demande à la Cour de tirer une conclusion juridique différente de celle tirée par le T.C.D.P. quant à cette preuve.

[31] En ce qui concerne le recours à la preuve d'expert provenant d'autres décisions, cette preuve ne peut être considérée comme une preuve directe et ne peut être examinée que dans son contexte. Cette question sera traitée plus en détail, au besoin, lorsque les parties présenteront des arguments précis dans le cadre de l'analyse fondée sur le paragraphe 15(1).

[32] En ce qui concerne la référence de l'APAC aux documents de sciences sociales provenant de sources secondaires, l'APAC affirme qu'elle ne s'appuie pas sur ces documents comme preuve, mais plutôt pour mettre en contexte les éléments de preuve existants. L'APAC soutient que cela est conforme à l'approche adoptée dans d'autres affaires, comme *Stadler v. Director, St Boniface/St Vital*, 2020 MBCA 46 (CanLII), 456 C.R.R. (2d) 297 (*Stadler*) et *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] 3 R.C.S. 113 (*Fraser*).

[33] AC affirme que l'APAC tente de présenter des éléments de preuve qui n'ont pas été présentés au T.C.D.P. parce que l'APAC n'avait pas contesté le rapport Gorham devant ce tribunal. AC conteste les références secondaires figurant aux points 35 à 45 du RJ de l'APAC, à l'exception des points 38 et 44 qui, selon elle, se rapportent respectivement à un rapport du gouvernement et à une infolettre du gouvernement.

[34] It is well established that Charter cases cannot be determined in a factual vacuum: *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 361. As stated in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at page 1101:

....In general, any *Charter* challenge based upon allegations of the unconstitutional effects of impugned legislation must be accompanied by admissible evidence of the alleged effects. In the absence of such evidence, the courts are left to proceed in a vacuum, which, in constitutional cases as in nature, has always been abhorred.

[35] As noted in *Bekker*, at paragraphs 12–14, the concerns that are relevant to a challenge under section 15 require a complex, multi-factored contextual inquiry by the reviewing court as to whether the impugned legislation not only creates differential treatment, but also if it is discriminatory in the constitutional sense. This may include social science and statistical data of which cross-examination may be necessary as well as the filing of evidence in rebuttal.

[36] Such analysis is shown in *Fraser* starting at paragraph 98, where the Court reviewed commission reports, judicial decisions and academic work in order to assess the assertions of the applicant that women had historically borne the overwhelming share of childcare responsibilities, that part-time workers in Canada were disproportionately women, and that they were far more likely than men to work part-time due to childcare responsibilities resulting in less stable employment and periods of “scaling back at work”. However, *Fraser* does not speak to the introduction of such evidence.

[37] While in *Stadler*, the Court referred to four articles, which it permitted an intervener, the Social Planning Council, to file when it was granted leave to intervene; in my view, this cannot be taken as authority

[34] Il est bien établi que les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues dans un vide factuel : *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la page 361. Comme la Cour suprême du Canada l’a mentionné dans l’arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la page 1101 :

... En général, toute contestation relative à la *Charte* fondée sur la prétention que les effets de la loi visée sont inconstitutionnels doit être appuyée par une preuve recevable concernant les effets contestés. En l’absence de telle preuve, les tribunaux auraient à se prononcer dans le vide », ce qui est tout aussi difficile en matière constitutionnelle que dans la nature.

[35] Comme il est indiqué aux paragraphes 12 à 14 de l’arrêt *Bekker*, les préoccupations pertinentes dans le cas des contestations fondées sur l’article 15 exigent une enquête contextuelle complète et fondée sur plusieurs facteurs de la part de la cour de révision pour savoir si le texte législatif attaqué crée non seulement une différence de traitement, mais également une distinction discriminatoire au sens constitutionnel. Cela peut comprendre des données relevant des sciences sociales et des statistiques; il se peut que des contre-interrogatoires soient aussi nécessaires, de même que la production de contre-preuve.

[36] Cette analyse est illustrée dans l’arrêt *Fraser* au paragraphe 98, où la Cour a examiné les rapports de commissions, des décisions judiciaires et des travaux universitaires afin d’évaluer les affirmations de la demanderesse selon lesquelles les femmes avaient historiquement assumé une part écrasante des responsabilités en matière de garde d’enfants, que les travailleurs à temps partiel au Canada étaient de façon disproportionnée des femmes, et qu’elles étaient beaucoup plus susceptibles que les hommes de travailler à temps partiel en raison de responsabilités liées à la garde d’enfants, ce qui se traduisait par un emploi moins stable et des périodes de « réduction du temps de travail ». Cependant, l’arrêt *Fraser* ne parle pas de l’introduction de tels éléments de preuve.

[37] Dans l’arrêt *Stadler*, la Cour a fait référence à quatre documents déposés par un intervenant, le Social Planning Council, après que ce dernier eut obtenu l’autorisation d’intervenir et qu’elle lui eut accordé la

for the proposition that parties are routinely permitted to file new evidence in the form of secondary articles at the Court level.

[38] It is trite law that absent a recognized exception, new evidence, even on constitutional issues, is not admissible on judicial review: *Landau v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 12, 466 D.L.R. (4th) 550 (*Landau*), at paragraph 11; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297 (*Access Copyright*), at paragraph 20; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75 (*Forest Ethics*), at paragraphs 40–46.

[39] There is no dispute that the secondary articles sought to be introduced were not before the C.H.R.T. and none of this evidence falls within the exceptions enumerated in *Access Copyright* at paragraph 20. It does not constitute general background information, address procedural defects before the C.H.R.T., nor demonstrate that there was an absence of evidence underlying a finding of the C.H.R.T.

[40] The academic articles relied on by ACPA speak to negative stereotypes about older workers, ageism, and the security of employment in old age. This evidence goes to the merits of ACPA's subsection 15(1) argument. They relate to contested facts and are not articles to which judicial notice can be taken: *Khodeir v. Canada (Attorney General)*, 2022 FC 44, at paragraphs 21, 26 and 27.

[41] Further, rather than submit this evidence through an expert affidavit, ACPA has filed this evidence as part of its BOA. In *National R&D Inc. v. Canada*, 2022 FCA 72, [2022] 2 F.C.R. D-4, at paragraph 14, the Federal Court of Appeal commented on the impermissibility of

permission de déposer les documents en question. À mon avis, il ne faut pas considérer que cette situation vient appuyer la proposition selon laquelle les parties sont régulièrement autorisées à déposer de nouveaux éléments de preuve sous forme de documents secondaires devant un tribunal judiciaire.

[38] Il est bien établi en droit que, en l'absence d'une exception reconnue, les nouveaux éléments de preuve, même sur des questions constitutionnelles, ne sont pas admissibles en contrôle judiciaire : *Landau c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 12 (*Landau*), au paragraphe 11; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 (*Access Copyright*), au paragraphe 20; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 (*Forest Ethics*), aux paragraphes 40 à 46.

[39] Il ne fait aucun doute que les documents secondaires demandés n'ont pas été présentés au T.C.D.P. et qu'aucun de ces éléments de preuve ne relève des exceptions énumérées dans l'arrêt *Access Copyright* au paragraphe 20. Ils ne constituent pas de l'information générale, ne traitent pas des vices de procédure devant le T.C.D.P. et ne démontrent pas que le T.C.D.P. a tiré l'une ou l'autre de ses conclusions sans éléments de preuve sous-jacents.

[40] Les documents rédigés par des universitaires sur lesquels se fonde l'APAC traitent des stéréotypes négatifs concernant les travailleurs âgés, de l'âgeisme et de la sécurité d'emploi chez les personnes âgées. Cette preuve va dans le sens de l'argument de l'APAC fondé sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Ces documents portent sur des faits contestés et ne sont pas des documents dont la Cour peut prendre connaissance d'office : *Khodeir c. Canada (Procureur général)*, 2022 CF 44, aux paragraphes 21, 26 et 27.

[41] De plus, plutôt que de présenter cette preuve au moyen d'un affidavit d'expert, l'APAC a déposé cette preuve dans le cadre de sa RJ. Dans l'arrêt *National R&D Inc. c. Canada*, 2022 CAF 72, [2022] 2 R.C.F. F-5, au paragraphe 14, la Cour d'appel fédérale a commenté

this type of practice (see also *Landau*, at paragraph 12 and *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88, at paragraphs 12–14):

... In support, the appellant relies on an article contained in the book of authorities. This, in my view, is an impermissible attempt to establish, through the back door, a fact that should be a matter of evidence at trial. If there is a critical distinction in the methodology used in the applied as opposed to natural sciences, then the appellant is required to establish that fact in evidence (*Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845, 180 D.L.R. (4th) 670). What is written in an academic journal cannot be taken on faith. Matters of social, applied and natural sciences must be adduced through experts, and who must be made available for cross-examination, as it is through cross-examination that the credibility of the expert and the reliability of the evidence is tested (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Ishaq*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686 at para. 21).

[42] By proceeding in this manner, ACPA has effectively insulated the evidence from cross-examination and rendered it impossible for this Court to determine its reliability: *Forest Ethics*, at paragraph 42. Additionally, in some instances the reference is only to an excerpt of the article such that the full context of the article is not even present. I agree with AC, these secondary articles cannot be admitted.

B. *Is the Impugned Provision contrary to subsection 15(1) of the Charter*

[43] Subsection 15(1) of the Charter provides that:

Equality before and under law and equal protection and benefit of law

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

l'interdiction de ce type de pratique (voir aussi *Landau*, au paragraphe 12, et *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88, aux paragraphes 12 à 14) :

... À l'appui de cette affirmation, l'appelante invoque un article inclus dans le cahier des lois, règlements, jurisprudence et doctrine. J'estime qu'il s'agit d'une tentative inadmissible d'établir, par des moyens détournés, un fait qui devrait constituer une question de preuve à débattre au procès. S'il existe une différence cruciale entre la méthode des sciences appliquées et celle des sciences naturelles, l'appelante doit démontrer ce fait par des preuves (*Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, 1999 CanLII 640). On ne peut accepter aveuglément le contenu d'une revue spécialisée. Les questions relatives aux sciences sociales, appliquées ou naturelles doivent être présentées par l'entremise d'experts, et ceux-ci doivent être disponibles pour pouvoir être contre-interrogés, car c'est lors du contre-interrogatoire que la cour peut vérifier la fiabilité des éléments de preuve (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, par. 21).

[42] En procédant de cette façon, l'APAC a efficacement isolé la preuve du contre-interrogatoire et a rendu impossible pour la Cour d'en déterminer la fiabilité : *Forest Ethics*, au paragraphe 42. De plus, dans certains cas, la référence n'est qu'un extrait du document, de sorte qu'il manque l'ensemble du contexte de l'article. Je conviens avec AC que ces documents secondaires ne peuvent pas être admis.

B. *La disposition contestée est-elle contraire au paragraphe 15(1) de la Charte?*

[43] Le paragraphe 15(1) de la Charte est libellé ainsi :

Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi

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

[44] As set out in *Fraser*, at paragraph 42, “substantive equality is the ‘animating norm’ of the s. 15 framework ... substantive equality requires attention to the ‘full context of the claimant group’s situation’, to the ‘actual impact of the law on that situation’, and to the ‘persistent systemic disadvantages [that] have operated to limit the opportunities available’ to that group’s members”.

[45] When assessing a claim under subsection 15(1) of the Charter, the Court asks two questions (*Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at paragraph 22; *Fraser*, at paragraph 27): (1) Does the impugned provision, on its face or in its impact, create a distinction based on an enumerated or analogous ground; and, if so, (2) Does it impose burdens or deny a benefit in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage, including a “historical” disadvantage?

- (1) *Does the Impugned Provision draw a distinction based on age?*

[46] As summarized in *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, at paragraph 26, the purpose of the first part of the subsection 15(1) analysis is to ensure that subsection 15(1) is accessible to those whom it was designed to protect, and exclude claims that have nothing to do with substantive equality because they are not based on enumerated or analogous grounds that are constant markers of potential discrimination. It does not require consideration of discriminatory impact, but focusses on the grounds of distinction.

[47] In order for a provision to create a distinction based on a prohibited ground through its effects, it must have a disproportionate impact on members of a protected group: *Fraser*, at paragraph 52.

[44] Comme il est énoncé dans l’arrêt *Fraser* au paragraphe 42, « l’égalité réelle est la “norme fondamentale” du cadre établi à l’égard de l’art. 15 [...] et que l’égalité réelle exige que l’on porte attention à “tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs”, à “l’effet réel de la mesure législative sur leur situation” et aux “désavantages systémiques persistants [qui] ont eu pour effet de restreindre les possibilités offertes” aux membres du groupe ».

[45] Lorsqu’elle évalue une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte, la Cour pose deux questions (*Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, au paragraphe 22; *Fraser*, au paragraphe 27) : 1) à première vue ou de par son effet, la disposition contestée établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l’affirmative, 2) impose-t-elle un fardeau ou nie-t-elle un avantage d’une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer le désavantage, y compris le désavantage « historique » subi?

- 1) *La disposition contestée établit-elle une distinction fondée sur l’âge?*

[46] Comme il est résumé dans *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, au paragraphe 26, l’objet de la première étape de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) est de faire en sorte que les personnes censées être protégées par cette disposition puissent s’en réclamer, et d’exclure les demandes qui n’ont rien à voir avec l’égalité réelle, du fait qu’elles ne sont pas fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui sont des indicateurs permanents de discrimination potentielle. L’analyse effectuée au titre de cette étape ne doit pas obligatoirement prendre en compte les répercussions discriminatoires; elle met plutôt l’accent sur les motifs de distinction.

[47] Pour qu’une disposition crée par son effet une distinction fondée sur des motifs illicites, elle doit avoir un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé : *Fraser*, au paragraphe 52.

[48] ACPA asserts that the first stage of the subsection 15(1) test is easily met in this case. It argues that, on its face, the Impugned Provision creates a distinction based on age—i.e., whether an employee has met the “normal pensionable age under the pension plan”. It argues that this distinction is based on membership in an enumerated group—in this case, older workers.

[49] AC emphasizes the contextual nature of the subsection 15(1) analysis and its focus on substantive rather than formal equality. It asserts that the distinction created by the Impugned Provision is not based on an enumerated or analogous ground. The Impugned Provision refers to the “normal pensionable age”, which may be determined by a given period of service, rather than age. It argues that an employee’s period of service is not an immutable characteristic that has the character of an enumerated or analogous ground.

[50] An analogous ground is one based on a personal characteristic that is immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity: *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 12 (*Withler*), at paragraph 33. AC asserts that an employee’s period of employment or years of service is not a personal characteristic that falls under this definition.

[51] AC argues that in order to satisfy the first part of the subsection 15(1) test, the Applicant was required to adduce evidence to establish that there is a disproportionate impact on the members of the asserted group that includes evidence about the situation of the claimant group and evidence about the results of the law. It refers to the comments of the Federal Court of Appeal in *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158, [2021] 3 F.C.R. D-21 (*Weatherley*), at paragraph 39, which refers to the Court in *Fraser*:

In *Fraser*, as a general matter, the majority of the Supreme Court instructs us that “[t]wo types of evidence” are “especially helpful in proving that a law has a disproportionate impact on members of a protected group”:

[48] L’APAC affirme que, en l’espèce, la première étape du critère fondé sur le paragraphe 15(1) est facilement satisfaite. Elle soutient que, à première vue, la disposition contestée crée une distinction fondée sur l’âge, c’est-à-dire si un employé a atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension en vertu du régime de retraite ». Elle soutient que cette distinction est fondée sur l’appartenance à un groupe visé par un motif énuméré — en l’occurrence, les travailleurs âgés.

[49] AC souligne la nature contextuelle de l’analyse fondée sur le paragraphe 15(1) et son accent sur l’égalité réelle plutôt que formelle. Elle affirme que la distinction créée par la disposition contestée n’est pas fondée sur un motif énuméré ou analogue. La disposition contestée fait référence à l’« âge normal ouvrant droit à la pension », qui peut être déterminé par une période de service donnée, plutôt que par l’âge. Elle soutient que la période de service d’un employé n’est pas une caractéristique immuable qui a le caractère d’un motif énuméré ou analogue.

[50] Un motif analogue est une caractéristique personnelle qui est soit immuable, soit modifiable uniquement à un prix inacceptable du point de vue de l’identité personnelle : *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 12 [*Whithler*], au paragraphe 33. AC affirme que la période d’emploi ou les années de service d’un employé ne constituent pas une caractéristique personnelle visée par cette définition.

[51] AC fait valoir que pour satisfaire à la première étape du critère fondé sur le paragraphe 15(1), le demandeur devait présenter des éléments de preuve pour établir qu’il y a un effet disproportionné sur les membres du groupe allégué, notamment des éléments de preuve sur la situation du groupe de demandeurs et des éléments de preuve sur les conséquences de la loi. Elle renvoie aux commentaires de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, [2021] 3 R.C.F. F-22 (*Weatherley*), au paragraphe 39, qui renvoie à la Cour dans l’arrêt *Fraser* :

Dans l’arrêt *Fraser*, de façon générale, les juges majoritaires de la Cour suprême nous enseignent que « [d]eux types d’éléments de preuve sont particulièrement utiles pour prouver qu’une loi a un effet disproportionné

first, “evidence about the situation of the claimant group” and, second, “evidence about the results of the law” (at para. 56) or the “results of a system” (at para. 58). On the second type of evidence, what must be shown is “a disparate pattern of exclusion or harm” from the law “that is statistically significant and not simply the result of chance” (at para. 59). Inherent in this is a requirement to lead some evidence that the law being challenged causes or at least contributes to the impact. In other words, there should be “evidence...about the results produced by the challenged law” (at para. 60). Both types of evidence are not always required and evidentiary standards should not be applied too rigorously: *Fraser* at paras. 61 and 67. But claimants still have to lead some evidence to support their claim.

[52] AC asserts that ACPA cannot succeed on the first part of the test because it has led no evidence and has not demonstrated that the Impugned Provision creates a disproportionate impact on members of a protected group.

[53] Section 2 of the Regulations defines “normal pensionable age” as:

2 (1) ...

...

normal pensionable age under a pension plan, means the earliest date specified in the plan on which an employee can retire from his employment and receive all the benefits provided by the plan to which he would otherwise be entitled under the terms of the plan, without adjustment by reason of early retirement, whether such date is the day on which the employee has attained a given age or on which the employee has completed a given period of employment; (*âge normal ouvrant droit à la pension*)

[54] I agree with AC that the length of an employee’s service on its own is not an immutable personal characteristic as it does not describe what a person is, but rather, what a person is doing or has done: *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (Ont. Sup. Ct.) (*Charles*), at paragraph 45.

[55] However, unlike in *Charles* where the alleged disparate impact was solely based on years of service

sur des membres d’un groupe protégé. Le premier porte sur la situation du groupe de demandeurs. Le deuxième porte sur les conséquences de la loi » (par. 56) ou les « conséquences [...] des systèmes » (par. 58). Quant au deuxième type, il faut établir l’existence d’« un comportement distinct d’exclusion ou de préjudice statistiquement important et qui n’est pas simplement le résultat de la chance » (par. 59). Il en découle l’obligation de démontrer que la loi contestée cause les effets préjudiciables ou du moins y contribue. En d’autres termes, il doit y avoir « des éléments de preuve [...] sur les effets de la loi contestée » (par. 60). Les deux types d’éléments de preuve ne sont pas toujours requis, et les normes de preuve ne doivent pas être appliquées de manière trop rigoureuse (par. 61 et 67). Les demandeurs doivent toutefois présenter un tant soit peu d’éléments de preuve à l’appui de leur thèse.

[52] AC affirme que l’APAC ne peut satisfaire à la première étape du critère, parce qu’elle n’a présenté aucune preuve et n’a pas démontré que la disposition contestée a un effet disproportionné sur les membres d’un groupe protégé.

[53] L’article 2 du Règlement définit l’expression « âge normal ouvrant droit à la pension » ainsi :

2 (1) [...]

[...]

âge normal ouvrant droit à la pension, dans le cadre d’un régime de retraite, désigne la première date spécifiée à laquelle un employé peut prendre sa retraite et toucher les prestations auxquelles il aurait normalement droit en vertu du régime, sans rajustement à cause d’une retraite anticipée, que cette date soit celle d’un anniversaire de naissance ou le dernier jour d’une période d’emploi; (*normal pensionable age*)

[54] Je suis d’accord avec AC pour dire que la durée du service d’un employé à elle seule n’est pas une caractéristique personnelle immuable, car elle ne décrit pas ce qu’est une personne, mais plutôt ce qu’une personne fait ou a fait : *Charles v. Canada (Attorney General)* (1996), 134 D.L.R. (4th) 742 (C.S. Ont.) (*Charles*), au paragraphe 45.

[55] Cependant, contrairement à la décision *Charles*, où l’effet disparate allégué était fondé uniquement sur les

(*Charles*, at paragraphs 42–46), in this case, the definition of “normal pensionable age” includes pensions that start paying benefits at a specific age, creating a distinction on age, although the age is not specifically identified, as well as those where the employee has completed a given period of employment.

[56] As a matter of common sense, employees who are most likely to be impacted by pension eligibility determined by a set period of service are older employees given the length of service required to obtain that eligibility.

[57] While limited evidence was advanced regarding the length of service generally required by these plans or the age at which employees in those positions begin working to determine their age of pension eligibility, given the logical connection between length of service and age, in my view it can be concluded that the Impugned Provision both directly and indirectly creates a distinction on the basis of age. Further, for this part of the test and without opining on merits, I accept ACPA’s reliance on the facts relating to Sandra Anderson and Robert Lyon as proposed evidence as to the results of the law.

(2) *Does the Impugned Provision violate the substantial guarantee of equality?*

[58] The parties acknowledge that there has been a development in the law since their memoranda were filed. Specifically, they note that the Supreme Court’s decision in *Fraser* altered the second stage of the section 15 analysis in subtle ways. As set out at paragraphs 76–81 of *Fraser*:

This brings us to the second step of the s. 15 test: whether the law has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Alliance*, at para. 25). This inquiry will usually proceed similarly in cases of disparate impact and explicit discrimination. There is no “rigid template” of factors relevant to this inquiry (*Quebec v. A*, at para. 331, quoting *Withler*, at para. 66). The goal is to examine the impact of the harm caused to the affected group. The harm may include “[e]conomic exclusion

années de service (*Charles*, aux paragraphes 42 à 46), en l’espèce, la définition d’« âge normal ouvrant droit à la pension » comprend les pensions dont le versement des prestations commence à un âge précis, créant ainsi une distinction selon l’âge, bien que l’âge ne soit pas précisé, ainsi que celles où l’employé a atteint une période d’emploi donnée.

[56] En toute logique, les employés qui sont le plus susceptibles d’être touchés par l’admissibilité à la pension déterminée par une période de service donnée sont les employés plus âgés, compte tenu de la durée de service requise pour devenir admissible.

[57] Bien que peu d’éléments de preuve aient été présentés concernant la durée de service généralement requise par ces régimes ou l’âge auquel les employés qui occupent ces postes commencent à travailler pour déterminer leur âge d’admissibilité à la pension, compte tenu du lien logique entre la durée du service et l’âge, à mon avis, on peut conclure que la disposition contestée crée directement et indirectement une distinction fondée sur l’âge. De plus, pour cette étape de l’analyse et sans me prononcer sur le fond, j’accepte que l’APAC s’appuie sur les faits relatifs à Sandra Anderson et à Robert Lyon comme preuve proposée quant aux conséquences de la loi.

2) *La disposition contestée viole-t-elle la garantie réelle de l’égalité?*

[58] Les parties reconnaissent que le droit a évolué depuis le dépôt de leur mémoire. Plus précisément, elles soulignent que l’arrêt *Fraser* de la Cour suprême du Canada a modifié de façon subtile la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’article 15. Aux paragraphes 76 à 81 de l’arrêt *Fraser* :

Cela nous amène à la deuxième étape de l’analyse relative à l’art. 15 : la question de savoir si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d’accentuer un désavantage (*Alliance*, par. 25). Cet examen se déroule habituellement de la même façon dans les cas d’effet distinct et de discrimination explicite. Il n’existe pas de « modèle rigide » de facteurs pertinents à prendre en considération dans cette analyse (*Quebec c. A*, par. 331, citant *Withler*, par. 66). L’objectif est d’examiner l’effet du préjudice causé au

or disadvantage, [s]ocial exclusion ... [p]sychological harms ... [p]hysical harms ... [or] [p]olitical exclusion”, and must be viewed in light of any systemic or historical disadvantages faced by the claimant group (Sheppard (2010), at pp. 62-63 (emphasis deleted)).

The purpose of the inquiry is to keep s. 15(1) focussed on the protection of groups that have experienced exclusionary disadvantage based on group characteristics, as well as the protection of those “who are members of more than one socially disadvantaged group in society” (Colleen Sheppard, “Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach” (2001), 80 *Can. Bar Rev.* 893, at p. 896; see also *Withler*, at para. 58). As the Court noted in *Quebec v. A* when discussing the second stage of the s. 15 test:

The root of s. 15 is our awareness that certain groups have been historically discriminated against, and that the perpetuation of such discrimination should be curtailed. [para. 332]

(See also *Taypotat*, at para. 20.)

Notably, the presence of social prejudices or stereotyping are not necessary factors in the s. 15(1) inquiry. They may assist in showing that a law has negative effects on a particular group, but they “are neither separate elements of the *Andrews* test, nor categories into which a claim of discrimination must fit” (*Quebec v. A*, at para. 329), since

[w]e must be careful not to treat *Kapp* and *Withler* as establishing an additional requirement on s. 15 claimants to prove that a distinction will perpetuate prejudicial or stereotypical attitudes towards them. Such an approach improperly focuses attention on whether a discriminatory *attitude* exists, not a discriminatory impact, contrary to *Andrews*, *Kapp* and *Withler*. [Emphasis in original; para. 327.]

(See also paras. 329-31.)

The perpetuation of disadvantage, moreover, does not become less serious under s. 15(1) simply because it was *relevant* to a legitimate state objective. I agree with Dean

groupe touché. Le préjudice peut inclure [TRADUCTION] « une exclusion ou un désavantage économique, une exclusion sociale [...] des préjudices psychologiques [...] des préjudices physiques [...], [ou] une exclusion politique », et il doit être examiné à la lumière des désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs (Sheppard (2010), p. 62-63 (soulinement omis)).

Le but de l'examen est de faire en sorte que le par. 15(1) reste axé sur la protection des groupes qui sont défavorisés et exclus en raison de leurs caractéristiques, de même que sur la protection des personnes [TRADUCTION] « qui appartiennent à plus d'un groupe socialement défavorisé dans la société » (Colleen Sheppard, « Grounds of Discrimination : Towards an Inclusive and Contextual Approach » (2001), 80 *Rev. du B. can.* 893, p. 896; voir aussi *Withler*, par. 58). Comme la Cour l'a précisé dans *Québec c. A* au moment d'aborder la deuxième étape de l'analyse relative à l'art. 15 :

À la base, l'art. 15 résulte d'une prise de conscience que certains groupes ont depuis longtemps été victimes de discrimination, et qu'il faut mettre fin à la perpétuation de cette discrimination [par. 332].

(Voir aussi *Taypotat*, par. 20.)

En particulier, la présence de préjugés et l'application de stéréotypes sociaux ne sont pas nécessairement des facteurs à prendre en compte dans l'analyse relative au par. 15(1). Ceux-ci peuvent aider à démontrer qu'une loi a des effets négatifs sur un groupe particulier, mais ils ne sont « ni des éléments particuliers du critère établi dans l'arrêt *Andrews*, ni des catégories auxquelles doit se rattacher la plainte de discrimination » (*Québec c. A*, au para. 329), car

[i] faut se garder de considérer que les arrêts *Kapp* et *Withler* ont pour effet d'imposer aux demandeurs invoquant l'art. 15 l'obligation additionnelle de prouver qu'une distinction perpétue une attitude imbuée de préjugés ou de stéréotypes à leur endroit. Une telle démarche s'attache à tort à la question de savoir s'il existe une *attitude*, plutôt qu'un effet, discriminatoire, contrairement aux enseignements des arrêts *Andrews*, *Kapp* et *Withler*. [En italique dans l'original; par. 327.]

(Voir aussi par. 329-331.)

Qui plus est, la perpétuation du désavantage ne devient pas moins grave au regard du par. 15(1) simplement parce qu'elle était *pertinente* à l'égard d'un objectif légitime de

Mayo Moran that adding relevance to the s. 15(1) test — even as one contextual factor among others — risks reducing the inquiry to a search for a “rational basis” for the impugned law The test for a *prima facie* breach of s. 15(1) is concerned with the discriminatory impact of legislation on disadvantaged groups, not with whether the distinction is justified, an inquiry properly left to s. 1

Similarly, there is no burden on a claimant to prove that the distinction is arbitrary to prove a *prima facie* breach of s. 15(1). It is for the government to demonstrate that the law is *not* arbitrary in its justificatory submissions under s. 1

In sum, then, the first stage of the s. 15 test is about establishing that the law imposes differential treatment based on protected grounds, either explicitly or through adverse impact. At the second stage, the Court asks whether it has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage (*Alliance*, at para. 25).

[59] ACPA contends that *Fraser* emphasizes the heavy importance on the discriminatory impact of the provision in question, by asking whether the impugned provision “has the effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantage” (at paragraph 81). ACPA asserts that the allocation of resources and goal of the legislation discussed at paragraph 68 of the Decision and paragraph 71 of *Withler* are accordingly no longer relevant. It argues that arbitrariness is no longer necessary to the section 15 analysis, but is instead relevant to section 1.

[60] AC concedes that *Fraser* refined aspects of the analysis under this part of the test; however, it refers to *R. v. C.P.*, 2021 SCC 19, [2021] 1 S.C.R. 679 (*CP*), decided after *Fraser*, at paragraph 145, which continues to refer to the contextual approach mandated in *Withler* as establishing the framework for the analysis:

In other words, it is the actual impact of the provision in its full context that should govern the analysis, and

l'État. Je suis d'accord avec la doyenne Mayo Moran sur le fait que l'ajout d'un critère de pertinence à l'analyse relative au par. 15(1) — même en tant que facteur contextuel parmi d'autres — risque de réduire l'examen à une simple recherche du [TRADUCTION] « fondement rationnel » de la loi contestée [...] Le critère à appliquer pour déterminer s'il y a violation à première vue du par. 15(1) concerne l'effet discriminatoire de la loi sur les groupes défavorisés et non la question de savoir si la distinction est justifiée, un examen qu'il convient d'effectuer au regard de l'article premier. ...

De même, un demandeur n'est pas tenu de prouver que la distinction est arbitraire pour démontrer une violation à première vue du par. 15(1). C'est au gouvernement qu'il incombe de démontrer que la loi *n'est pas* arbitraire dans les observations qu'il présente pour justifier l'atteinte au regard de l'article premier

En résumé, donc, la première étape de l'analyse relative à l'art. 15 vise à établir que la loi impose un traitement différent sur la base de motifs protégés, soit explicitement soit par un effet préjudiciable. À la deuxième étape, la Cour doit se demander si la loi a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accroître un désavantage (*Alliance*, par. 25).

[59] L'APAC soutient que l'arrêt *Fraser* insiste sur la grande importance de l'effet discriminatoire de la disposition en question, en demandant si la disposition contestée « a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accroître un désavantage » (voir au paragraphe 81). L'APAC affirme que l'affectation des ressources et l'objectif de la législation dont il est question au paragraphe 68 de la décision ainsi qu'au paragraphe 71 de l'arrêt *Withler* ne sont donc plus pertinents. Elle soutient que l'arbitraire n'est plus un aspect nécessaire lors de l'analyse relative à l'article 15, mais qu'il est plutôt pertinent en ce qui a trait à l'article premier.

[60] AC reconnaît que l'arrêt *Fraser* a peaufiné les aspects de l'analyse dans cette étape du critère; toutefois, elle fait référence au paragraphe 145 de l'arrêt *R. v. C.P.*, 2021 CSC 19, [2021] 1 R.C.S. 679 (*CP*), rendu après *Fraser*, dans lequel l'approche contextuelle prescrite dans l'arrêt *Withler* y est toujours désignée comme celle établissant le cadre de l'analyse :

Autrement dit, c'est l'effet réel de la disposition à la lumière de tout son contexte qui devrait régir l'analyse et

s. 37(10) should not be divorced from its entire legislative context. An approach requiring line-by-line parity with the *Criminal Code* without reference to the distinct nature of the underlying scheme of the *YCJA* would indeed be contrary to the contextual approach mandated in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at paras. 73, 76 and 79. The analysis instead requires a “contextual understanding of a claimant’s place within a legislative scheme and society at large”; the court must ask “whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme” (paras. 65 and 67). Understanding the distinct legislative scheme underlying s. 37(10) is crucial to the assessment of the *actual* impact of the law on young persons (see P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at p. 469).

[61] AC asserts, and I agree, a contextual analysis remains part of the Court’s approach to substantive equality, requiring a balancing of the interests at play. As stated by the Supreme Court at paragraph 153 of *CP*:

.... The inquiry under s. 15(1) of the *Charter* into the perpetuation of a disadvantage requires attention to “the full context of the claimant group’s situation” and to “the actual impact of the law on that situation” (*Withler*, at para. 43; see also *Taypotat*, at para. 17). The result of this contextual inquiry may in turn be to reveal that differential treatment is discriminatory because it perpetuates disadvantage, that it is neutral, or “that differential treatment is required in order to ameliorate the actual situation of the claimant group” (*Withler*, at para. 39). This Court must, therefore, in assessing the actual impact of a leave requirement, have regard to the full context of the situation of young persons, which, I find, includes the fact that a structurally prolonged appellate review can be more prejudicial to them.

[62] In my view, the purpose of the impugned provision in the context of the broader scheme is still a meaningful consideration, along with whether lines drawn are generally appropriate having regard to the circumstances of the groups impacted and the objects of the scheme: *Withler*, at paragraph 71. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals may also be considered: *Withler*, at paragraph 67. Contrary

le par. 37(10) ne devrait pas être dissocié de son contexte législatif global. Une approche qui exigerait une parité absolue avec le *Code criminel* sans tenir compte de la nature distincte du régime qui sous-tend la *LSJPA* serait en fait contraire à l’approche contextuelle dictée dans l’arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 73, 76 et 79. L’analyse requiert plutôt une « compréhension contextuelle de la situation du demandeur dans le cadre d’un régime législatif et dans la société en général »; le tribunal doit s’interroger « sur l’opportunité générale de[s] [...] limites [établies], compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime » (par. 65 et 67). Une compréhension du régime législatif distinct qui sous-tend le par. 37(10) est cruciale pour pouvoir évaluer l’effet *réel* de la loi sur les adolescents (voir P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5^e éd. 2017), p. 469).

[61] AC affirme qu’une analyse contextuelle fait toujours partie de l’approche de la Cour à l’égard de l’égalité réelle, ce qui nécessite un équilibre des intérêts en jeu. Je souscris à son affirmation. Comme l’a déclaré la Cour suprême au paragraphe 153 de l’arrêt *CP* :

... L’analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* en ce qui a trait à la perpétuation d’un désavantage exige que l’on porte attention à « tous les éléments contextuels de la situation du groupe de demandeurs » et à « l’effet réel de la mesure législative sur leur situation » (*Withler*, par. 43; voir aussi *Taypotat*, par. 17). Cette analyse contextuelle peut pour sa part révéler qu’un traitement différent est discriminatoire parce qu’il perpétue un désavantage, qu’il est neutre ou qu’il est « nécessaire pour améliorer la situation véritable du groupe de demandeurs » (*Withler*, par. 39). Dans l’appréciation de l’effet réel de l’obligation d’obtenir une autorisation, notre Cour doit donc prendre en compte tous les éléments contextuels de la situation des adolescents, ce qui comprend, à mon sens, le fait qu’un contrôle en appel structurellement prolongé peut leur être plus préjudiciable.

[62] À mon avis, l’objet de la disposition contestée dans le contexte de l’ensemble du régime de retraite demeure une considération pertinente, tout comme la pertinence générale des limites établies au regard de la situation des groupes touchés et des objets du régime : *Withler*, au paragraphe 71. Il n’est pas nécessaire que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. L’affectation des ressources et les objectifs stratégiques particuliers peuvent aussi être pris en

to the assertions of ACPA, I do read *Fraser* as changing this aspect of the law, particularly in view of the statements made in *CP*.

[63] In this case, paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a distinction when a claimant reaches “normal pensionable age”. The issue is whether this draws a discriminatory distinction by denying a benefit in a manner that reinforces, perpetuates or exacerbates disadvantage as an employee gets older and reaches pensionable age.

[64] As acknowledged in *CP* at paragraph 142, “[i]n this respect, it should also be borne in mind that age-based distinctions are generally a ‘common and necessary way of ordering our society’ and are ‘not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege’ (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at para. 31)”.

[65] AC asserts that when one does a contextual analysis it arrives at the same analysis set out in *Weatherley*; that disability plans act as a form of insurance for workers where termination of compensation is necessary at some point.

[66] As noted in *Weatherley* at paragraphs 24–29, an infringement of subsection 15(1) of the Charter cannot be deduced simply from the fact that legislation leaves a group, even a vulnerable group, outside a benefits scheme:

In *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429 at para. 55, the Supreme Court held that courts cannot insist on “[p]erfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of [an] applicant group.” While exclusion from participation in benefits programs “attracts sympathy”, the “inability of a given social program to meet the needs of each and every individual does not permit us to conclude that the program failed to correspond to the actual needs and circumstances of the affected group” (at para. 55).

compte : *Withler*, au paragraphe 67. Contrairement aux affirmations de l’APAC, je considère que l’arrêt *Fraser* modifie cet aspect de la loi, surtout à la lumière des énoncés formulés dans l’arrêt *CP*.

[63] Dans ce cas, les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une distinction lorsqu’un demandeur atteint l’« âge normal ouvrant droit à la pension ». La question est de savoir si cette distinction devient discriminatoire par le refus d’une prestation d’une manière qui renforce, perpétue ou accentue le désavantage à mesure qu’un employé vieillit et atteint l’âge ouvrant droit à la pension.

[64] Comme indiqué dans l’arrêt *CP* au paragraphe 142, « [à] cet égard, il convient aussi de garder à l’esprit que, de façon générale, les distinctions fondées sur l’âge sont “courantes et nécessaires pour maintenir l’ordre dans notre société” et ne sont “pas fortement associées à la discrimination et à la déniation arbitraire de privilèges” (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 31). »

[65] AC affirme que, lorsqu’on effectue une analyse contextuelle, on obtient la même analyse que celle décrite dans l’arrêt *Weatherley*, à savoir que les régimes d’assurance-invalidité servent de forme d’assurance pour les travailleurs lorsque la cessation de l’indemnisation est nécessaire à un moment donné.

[66] Comme il est indiqué dans l’arrêt *Weatherley*, aux paragraphes 24 à 29, une violation du paragraphe 15(1) de la Charte ne peut pas être déduite simplement du fait que la loi exclut un groupe, même un groupe vulnérable, d’un régime d’avantages sociaux :

Dans l’arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 55, la Cour suprême conclut que les tribunaux ne sauraient insister sur « [une] correspondance parfaite entre un régime de prestations et les besoins ou la situation d’[un] groupe demandeur ». Bien que l’on puisse « éprouver de la sympathie » pour les personnes qui ne peuvent pas participer aux programmes, le « fait qu’un programme social donné ne réponde pas aux besoins de tous, sans exception, ne nous permet pas de conclure que ce programme ne correspond pas aux besoins et à la situation véritables du groupe concerné » (par. 55).

This led the Supreme Court in *Gosselin* to hold that an infringement of section 15(1) of the Charter cannot be deduced simply from the fact that benefits legislation leaves a group, even a vulnerable group, outside a benefits scheme (at para. 55):

The fact that some people may fall through the program's cracks does not show that the law fails to consider the overall needs and circumstances of the group of individuals affected, or that all distinctions contained in the law amount to discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1).

To the same effect is the Supreme Court's decision in *Law v. Canada*, [1999] 1 S.C.R. 497, 170 D.L.R. (4th) 1 at para. 105. This Court described *Law*'s contribution to our understanding of section 15(1) and the Plan in this way:

...[B]enefits legislation, like the [*Canada Pension Plan*], is aimed at ameliorating the conditions of particular groups. However, social reality is complex: groups intersect and within groups, individuals have different needs and circumstances, some pressing, some not so pressing depending on situations of nearly infinite variety. Accordingly, courts should not demand "that legislation must always correspond perfectly with social reality in order to comply with s. 15(1) of the Charter": *Law, supra* at paragraph 105.

(*Miceli-Riggins* at para. 56.)

More recently, in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, the Supreme Court held that the assessment whether benefits legislation offends section 15(1) must be conducted sensitively, keeping front of mind the challenge of allocating scarce resources (at para. 67):

In cases involving a pension benefits program such as this case, the contextual inquiry at the second step of the s. 15(1) analysis will typically focus on the purpose of the provision that is alleged to discriminate, viewed in the broader context of the scheme as a whole. Whom did the legislature intend to benefit and why? In determining whether the distinction perpetuates prejudice or stereotypes a particular group, the court will take into account the fact that such programs are designed to benefit a number of

Par conséquent, la Cour suprême, dans l'arrêt *Gosselin*, conclut qu'une violation du paragraphe 15(1) de la *Charte* ne peut être déduite simplement du fait que la législation en matière de prestations écarte un groupe, même un groupe vulnérable, du régime de prestations (par. 55) :

Le fait que certaines personnes soient victimes des lacunes d'un programme ne prouve pas que la mesure législative en cause ne tient pas compte de l'ensemble des besoins et de la situation du groupe de personnes touchées, ni que la distinction établie par cette mesure crée une discrimination réelle au sens du par. 15(1).

L'arrêt de la Cour suprême *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 1999 CanLII 675, par. 105, va dans le même sens. Notre Cour décrit l'arrêt *Law* comme une contribution à notre conception du paragraphe 15(1) et du Régime en ces termes :

Les lois en matière de prestations sociales, comme le Régime de pensions du Canada, visent à améliorer les conditions de groupes particuliers. Cependant, la réalité sociale est complexe : les groupes se recoupent et, à l'intérieur de ceux-ci, existent des personnes aux situations et aux besoins différents, certains urgents, d'autres pas, suivant des situations d'une variété presque infinie. En conséquence, les tribunaux ne devraient pas exiger « qu'une loi doi[ve] toujours correspondre parfaitement à la réalité sociale pour être conforme au par. 15(1) de la *Charte* » : arrêt *Law*, précité, au paragraphe 105.

(*Miceli-Riggins*, par. 56.)

Plus récemment, dans l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, la Cour suprême conclut qu'il faut procéder délicatement à l'analyse portant à déterminer si la législation en matière de prestations contrevient au paragraphe 15(1), compte tenu de la tâche difficile que constitue la répartition de maigres ressources (par. 67) :

Lorsqu'il est question d'un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l'examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l'analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l'objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal

different groups and necessarily draw lines on factors like age. It will ask whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the applicant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals that the legislature may be seeking to achieve may also be considered.

In *Withler*, the Supreme Court also instructed (at paras. 38 and 66) that courts should give some margin of appreciation under section 15(1) to the judgment calls made by legislators when assessing whether their benefits legislation improperly discriminates.

For these reasons, the Supreme Court has suggested that only something quite discernable or concrete—such as an illegitimate or arbitrary “singling out” of a particular group—can prompt the Court to find that benefits legislation infringes section 15(1):

It is not open to Parliament or a legislature to enact a law whose policy objectives and provisions single out a disadvantaged group for inferior treatment: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203. On the other hand, a legislative choice not to accord a particular benefit absent demonstration of discriminatory purpose, policy or effect does not offend this principle and does not give rise to s. 15(1) review. This Court has repeatedly held that the legislature is under no obligation to create a particular benefit. It is free to target the social programs it wishes to fund as a matter of public policy, provided the benefit itself is not conferred in a discriminatory manner....

Where stereotyping of persons belonging to a group is at issue, assessing whether a statutory definition that excludes a group is discriminatory, as opposed to being the legitimate exercise of legislative power in defining a benefit, involves consideration of the purpose of the legislative scheme which confers the benefit and the overall needs it seeks to meet. If a benefit program excludes a particular group in a way that undercuts the overall purpose of the program,

tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l'intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. Le tribunal s'interrogera sur l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n'est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l'affectation des ressources et les objectifs particuliers d'intérêt public visés par le législateur.

Dans l'arrêt *Withler*, la Cour suprême indique également (par. 38 et 66) que les tribunaux devraient laisser une certaine marge de manœuvre, dans leur analyse au regard du paragraphe 15(1), aux choix du législateur lorsqu'ils déterminent si sa législation prévoyant des prestations est discriminatoire.

C'est pourquoi la Cour suprême estime que ce n'est qu'en la présence d'un élément discernable ou concret —, comme une « distinction illégitime » d'un groupe particulier —, que la Cour peut être amenée à conclure que la législation prévoyant des prestations contrevient au paragraphe 15(1) :

Il n'est pas loisible au Parlement ou à une législature d'adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l'existence d'un objectif, d'une politique ou d'un effet discriminatoire n'est pas établie, ne contrevient pas à ce principe ni ne justifie un examen fondé sur le par. 15(1). Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire [...].

Lorsqu'il s'agit de savoir si les membres d'un groupe font l'objet d'un stéréotype, déterminer si une définition légale excluant un groupe est discriminatoire et ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir législatif de définir un avantage suppose l'examen de l'objectif du régime législatif qui confère l'avantage ainsi que des besoins généraux auxquels il est censé répondre. Le régime d'avantages excluant un groupe en particulier d'une manière qui compromet

then it is likely to be discriminatory: it amounts to an arbitrary exclusion of a particular group. If, on the other hand, the exclusion is consistent with the overarching purpose and scheme of the legislation, it is unlikely to be discriminatory. Thus, the question is whether the excluded benefit is one that falls within the general scheme of benefits and needs which the legislative scheme is intended to address.

(*Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (A.G.)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657 at paras. 41-42.)

But even then, a section 15(1) claimant may still not have enough to succeed. This is because “[c]rafting a social assistance program... is a complex problem, for which there is no perfect solution” and “[n]o matter what measures the government adopts, there will always be some individuals for whom a different set of measures might have been preferable”: *Gosselin* at para. 55. In the same vein, this Court has put it this way:

When presented with an argument that a complex statutory benefit scheme, such as unemployment insurance, has a differential adverse effect on some applicants contrary to section 15, the Court is not concerned with the desirability of extending the benefits in the manner sought. In the design of social benefit programs, priorities must be set, a task for which Parliament is better suited than the courts, and the Constitution should not be regarded as requiring judicial fine-tuning of the legislative scheme.

(*Krock v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCA 188, 89 C.R.R. (2d) 170 at para. 11.)

[67] ACPA asserts that the focus of the analysis in this case is distinct from the focus in *Withler* on which the C.H.R.T. relied and from *Weatherley*. It notes that *Withler* was a challenge to the terms of a pension benefits plan, which were codified under statute, and *Weatherley* was based on a challenge to a benefits scheme. The present application does not challenge the terms of the GDIP. It asserts that the challenge in this application is about whether the linkage between “normal pensionable age” and a disability plan is inappropriate.

son objectif global sera vraisemblablement discriminatoire, car il exclut arbitrairement un groupe donné. Par contre, l’exclusion qui est compatible avec l’objectif général et l’économie du régime législatif ne sera vraisemblablement pas discriminatoire. La question est donc de savoir si l’avantage exclu fait partie du régime général d’avantages établi par la loi et s’il correspond aux besoins auxquels celle-ci est censée répondre.

[*Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, par. 41 et 42.]

Même alors, il se peut que ce ne soit pas suffisant pas pour que la demanderesse qui invoque le paragraphe 15(1) ait gain de cause. En effet, « [l]’élaboration d’un régime d’aide sociale [...] est un problème complexe, auquel il n’existe pas de solution parfaite » et « [q]uelles que soient les mesures adoptées par le gouvernement, il existera toujours un certain nombre de personnes auxquelles un autre ensemble de mesures aurait mieux convenu » (*Gosselin* par. 55). Notre Cour tient un discours semblable :

Lorsque la Cour examine un argument qui veut qu’un régime complexe de prestations prévu par la loi, comme celui de l’assurance-chômage, a un effet négatif différentiel sur certains demandeurs contrairement à l’article 15, elle ne peut se préoccuper de la question de savoir s’il serait désirable d’accorder des prestations étendues comme on le recherche. Dans la création des programmes sociaux, il faut établir des priorités. Le législateur est mieux équipé pour cette tâche que les tribunaux et la Constitution n’exige pas que les tribunaux procèdent à un réglage minutieux des régimes législatifs.

[*Krock c. Procureur général du Canada*, 2001 CAF 188, par. 11.]

[67] L’APAC affirme que l’objet de l’analyse dans la présente affaire est différent de l’objet de l’arrêt *Withler*, sur lequel le T.C.D.P. s’est appuyé, et de l’arrêt *Weatherley*. Elle souligne que dans l’arrêt *Withler* se rapportait à une contestation des modalités d’un régime de prestations de retraite, qui étaient codifiées en loi, et que l’arrêt *Weatherley* se rapportait à la contestation d’un régime de prestations. La présente demande ne conteste pas les modalités de la GCAI. Elle affirme que le défi dans cette demande consiste à déterminer si le lien entre « l’âge normal ouvrant droit à la pension » et un régime d’invalidité est inapproprié.

[68] AC argues that the same principles apply to the choices made with respect to paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations; the rules are not narrowly applicable to social benefits legislation, but to insurance schemes more generally.

[69] As argued by AC, an example of this is set out in *Landau* at paragraphs 14–16, where the Court made a parallel of the plan at issue in that case to an insurance scheme where some come out ahead and some do not, finding that private insurance schemes do not change the logic as set out in *Weatherley*:

The applicant's challenge overlooks the nature and role of the Plan. The nature and role of the Plan rebuts allegations that it creates salient distinctions under section 15(1) or that any distinctions are discriminatory under section 15(1) or unjustified under section 1 of the Charter. This scheme was designed to provide partial earnings replacement in certain circumstances and was never meant to be comprehensive or meet the needs of all contributors in every conceivable circumstance: *Weatherley v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 158 at para. 10. It is much like an insurance scheme full of cross-subsidization where some come out ahead and some do not. This sort of scheme also requires that clear and rigid criteria be drawn and specified for contributions and benefits. As well, as explained in *Weatherley*, an increase in benefits or reduction of contributions for some often must result in the reduction of benefits or increase in contributions or both for others; and many of these others are needy and vulnerable and also arguably fall under section 15(1) of the Charter. ...

Auton, in particular, recognizes the necessity of line-drawing and certainty in benefits schemes such as this so that the schemes can achieve their purposes. It suggests (at para. 42) that section 15(1) claims like this are possible only where the legislative scheme targets groups for illegitimate reasons extraneous to the scheme. This is not the case here.

[68] AC soutient que les mêmes principes s'appliquent aux choix faits relativement aux alinéas 3b) et 5b) du Règlement; les règles ne s'appliquent pas de manière restrictive aux lois sur les avantages sociaux, mais aux régimes d'assurance en général.

[69] Comme l'a fait valoir AC, un exemple de cela est énoncé dans l'arrêt *Landau* aux paragraphes 14 à 16, où la Cour a établi un parallèle entre le régime en cause dans cette affaire et un régime d'assurance dans lequel certains sont favorisés plus que d'autres, concluant que les régimes d'assurance privés ne changent pas la logique énoncée dans l'arrêt *Weatherley* :

La contestation de la demanderesse ne tient pas compte de la nature et du rôle du RPC, qui contredisent ses allégations comme quoi il crée des distinctions manifestes au sens du paragraphe 15(1), ou comme quoi toutes les distinctions sont discriminatoires au sens de cette disposition ou injustifiées au sens de l'article premier de la Charte. Le régime a été conçu pour assurer un remplacement partiel du revenu dans certains cas. Il n'était pas censé être exhaustif ou combler les besoins de tous les cotisants dans toutes les circonstances imaginables (*Weatherley c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 158, par. 10) [*Weatherley*]. Il s'apparente plutôt à un régime d'assurance interfinancé qui serait plus avantageux pour certains cotisants que pour d'autres. Dans ce genre de régime, les cotisations et les prestations doivent être encadrées par des critères précis, rigoureux et bien énoncés. Par ailleurs, tel qu'il est expliqué dans l'arrêt *Weatherley*, il est à prévoir que, si un groupe en particulier obtient une augmentation de ses prestations ou une réduction de ses cotisations, il s'ensuivra dans bien des cas une réduction des prestations ou une augmentation des cotisations, ou les deux, pour d'autres personnes, parmi lesquelles beaucoup sont démunies et vulnérables, et vraisemblablement visées par le paragraphe 15(1) de la Charte. ...

Ainsi, dans l'arrêt *Auton*, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'il est nécessaire de tracer des limites et de s'appuyer sur des certitudes pour permettre à des régimes de prestations comme le RPC d'atteindre ses objectifs. La Cour suprême a noté, au paragraphe 42, que les contestations fondées sur le paragraphe 15(1), comme celle dont nous sommes saisis ici, sont possibles seulement si un régime législatif exclut un groupe pour des raisons illégitimes et incompatibles avec ses objectifs. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

The recent Supreme Court case of *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, 450 D.L.R. (4th) 1, analyzed and discussed in *Weatherley*, above, does not overrule or cast doubt on any of the above cases.

Dans son arrêt récent *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28, [2020] A.C.S. no 28 (QL), analysé et commenté dans l'arrêt *Weatherley*, précité, la Cour suprême du Canada n'a ni infirmé ni mis en doute les jugements précités.

[70] As noted by the C.H.R.T., the Gorham Report supports a view that the scheme provided by paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations and the concept of "normal pensionable age" is consistent with an income insurance scheme.

[70] Comme l'a fait remarquer le T.C.D.P., le rapport Gorham appuie l'opinion selon laquelle le régime prévu aux alinéas 3b) et 5b) du Règlement et le concept d'« âge normal ouvrant droit à la pension » sont compatibles avec un régime d'assurance-revenu.

[71] As set out at paragraphs 59, 63, and 67 to 69 of the Gorham Report:

[71] Comme énoncé aux paragraphes 59, 63 et 67 à 69 du rapport Gorham :

By definition, insurance is to provide compensation for a loss. Disability insurance is to provide compensation for lost wages as a result of a disability. It follows that if a disabled worker would not have been working in the absence of the disability, then there should be no compensation for lost wages.

[TRADUCTION] Par définition, l'assurance vise à indemniser une perte subie. L'assurance-invalidité vise à compenser la perte de salaire à la suite d'une invalidité. Par conséquent, si un travailleur invalide n'avait pas travaillé même en l'absence d'une invalidité, il ne devrait pas être indemnisé pour la perte de salaire.

...

[...]

In order to provide compensation using the principles of insurance, it is necessary to make an assumption about when work would have ended and to apply that assumption as a condition of coverage.

Afin d'offrir une indemnisation selon les principes de l'assurance, il est nécessaire de formuler une hypothèse sur le moment où le travail aurait pris fin et d'appliquer cette hypothèse comme condition de couverture.

...

[...]

One way an insurance company protects against losses is to ensure that a person is only covered against the possibility of an *actual* loss. Providing income during a disability when there is no financial loss to the person would act to encourage potential abuse of disability coverage. Consequently, benefits are limited to periods when a person has a reasonable probability to have remained employed in the absence of the disability.

L'une des façons dont une compagnie d'assurance peut se protéger contre les pertes est de s'assurer qu'une personne n'est protégée que contre la possibilité d'une perte réelle. Le fait de fournir un revenu pendant une période d'invalidité alors qu'il n'y a pas de perte financière pour la personne en question encouragerait l'abus potentiel de la protection en cas d'invalidité. Par conséquent, les prestations sont limitées aux périodes au cours desquelles il existe une probabilité raisonnable que la personne ait continué à occuper son emploi en l'absence de l'invalidité.

Even if retirement was not a reason to limit the age at which disability benefits are payable the cost charged by the insurer would result in a limit. If disability benefits continued for life, the costs of the insurance would be so high that employers would likely refuse to provide the benefit at all or demand something cheaper which would result in benefits ceasing at some specified age. ...

Même si la retraite n'est pas une raison de limiter l'âge auquel les prestations d'invalidité sont payables, le coût facturé par l'assureur entraînerait une limite. Si les prestations d'invalidité étaient maintenues à vie, les coûts de l'assurance seraient si élevés que les employeurs refuseraient probablement de fournir la prestation ou demanderaient quelque chose de moins cher, ce qui entraînerait la cessation des prestations à un âge donné. ...

... At any time when more than half of them are still working, then providing benefits is expected to over compensate fewer than 50% of the injured workers. At any time when less than half are still working, then providing benefits is expected to cover compensate more than 50% of the injured workers. The balance point is where half are expected to have stopped working.

[72] The uncontested evidence, as recognized by the C.H.R.T., was that indefinite disability benefit plans are not viable. Without a limit, the cost of insurance would be too high. Plans become unviable when workers are between the age of 61 and 65.

[73] However, ACPA now contests Mr. Gorham's additional finding recognized by the C.H.R.T. that "cessation of disability benefits at a lower age could be appropriate where the employment situation differs from the average for Canada, such as ...where the plan provides for an unreduced pension prior to age 65 in some circumstances" [Decision, at paragraph 74]. As explained by Mr. Gorham [at paragraphs 133–135]:

To be actuarially sound, there needs to be a point at which income benefits cease. In my opinion, there is no single correct age at which benefits should stop. There is a range of ages that could vary based on retirement patterns of Canadian in general and of the employer in particular. Based on Canadian employment statistics, I believe that an appropriate range is between about age 61 and 65.

In my opinion, and ignoring any legislated restrictions, that should not preclude an employer adopting an earlier or later age to cease disability income benefits if the employment situation differs from the average for Canada. One such situation would be providing a pension plan with unreduced early retirement pensions that are payable earlier than age 61. Another situation would be a workplace where employees routinely work past age 65.

In my opinion, the use of pensionable age is one appropriate method of setting a point at which disability benefits could cease. It recognises differing employment situations. For example, employees who have generous

... À tout moment où plus de la moitié d'entre eux sont encore en activité, on s'attend à ce que les prestations versées surindemnisent moins de 50 % des travailleurs accidentés. À tout moment où moins de la moitié des travailleurs sont encore en activité, on s'attend à ce que les prestations versées surindemnisent plus de 50 % des travailleurs accidentés. Le point d'équilibre est le point où l'on s'attend à ce que la moitié ait cessé de travailler.

[72] La preuve non contestée, comme l'a reconnu le T.C.D.P., était que les régimes de prestations d'invalidité d'une durée indéterminée ne sont pas viables. En l'absence d'une limite, le coût de l'assurance serait trop élevé. Les régimes deviennent non viables lorsque les travailleurs ont entre 61 et 65 ans.

[73] Cependant, l'APAC conteste maintenant la conclusion supplémentaire de M. Gorham, qui a été reconnue par le T.C.D.P., à savoir que « la cessation des prestations d'invalidité à un âge moins élevé pourrait être appropriée quand le contexte de l'emploi diffère de la moyenne au Canada, comme [lorsque] le régime prévoit une pension non réduite avant 65 ans dans certaines circonstances » [la décision contestée, au paragraphe 74]. Comme l'a expliqué M. Gorham [aux paragraphes 133 à 135] :

Pour que le régime soit fiable sur le plan actuariel, il doit y avoir un moment où les indemnités pour perte de revenu cessent. À mon avis, il n'y a pas d'âge précis auquel les prestations devraient cesser. Il existe un éventail d'âges qui peuvent varier en fonction des habitudes de retraite des Canadiens en général et de l'employeur en particulier. D'après les statistiques sur l'emploi au Canada, je crois qu'une plage appropriée se situe entre 61 et 65 ans.

À mon avis, et sans tenir compte des restrictions prévues par la loi, cela ne devrait pas empêcher un employeur d'adopter un âge de fin des prestations d'invalidité qui soit plus précoce ou plus avancé, si la situation d'emploi diffère de la moyenne pour le Canada. L'une de ces situations consisterait à offrir un régime de retraite prévoyant des pensions de retraite anticipée non réduites payables avant l'âge de 61 ans. Une autre situation serait celle d'un milieu de travail où les employés travaillent régulièrement après l'âge de 65 ans.

À mon avis, le recours à l'âge ouvrant droit à la pension est une méthode appropriée pour fixer le moment auquel les prestations d'invalidité pourraient cesser. Elle reconnaît les situations d'emploi différentes. Par exemple,

unreduced early retirement pensions will have an earlier pensionable age than those with less generous or no unreduced early retirement pensions. In my experience, employees with unreduced early retirement benefits generally retire, on average, at younger ages than those with unreduced early retirement pensions. So using pensionable age as the cessation point can recognize differences in retirement patterns between different employers.

[74] I agree with AC that the use of “normal pensionable age” allows employers to have regard to the employee’s circumstances and pensionable benefit in line with the teachings of *Withler*, at paragraph 67:

In cases involving a pension benefits program such as this case, the contextual inquiry at the second step of the s. 15(1) analysis will typically focus on the purpose of the provision that is alleged to discriminate, viewed in the broader context of the scheme as a whole. Whom did the legislature intend to benefit and why? In determining whether the distinction perpetuates prejudice or stereotypes a particular group, the court will take into account the fact that such programs are designed to benefit a number of different groups and necessarily draw lines on factors like age. It will ask whether the lines drawn are generally appropriate, having regard to the circumstances of the persons impacted and the objects of the scheme. Perfect correspondence between a benefit program and the actual needs and circumstances of the claimant group is not required. Allocation of resources and particular policy goals that the legislature may be seeking to achieve may also be considered.

[75] As noted by the C.H.R.T. in the Decision, the Regulations were based on recommendations from stakeholders after lengthy consultations, which included balancing the interests of employers, employer organizations, underwriters of benefits plans, benefit consulting firms, other human rights administrators and interested organizations.

les employés qui ont de généreuses pensions de retraite anticipée non réduites atteindront un âge ouvrant droit à la pension avant ceux qui ont des pensions de retraite anticipée moins généreuses ou qui n’en ont pas. D’après mon expérience, les employés qui bénéficient de prestations de retraite anticipée non réduites prennent généralement leur retraite, en moyenne, à un plus jeune âge que ceux qui ont une pension de retraite anticipée non réduite. L’utilisation de l’âge ouvrant droit à la pension comme point d’arrêt peut donc permettre de reconnaître les différences entre les régimes de retraite des différents employeurs.

[74] Je suis d’accord avec AC pour dire que l’utilisation de « l’âge normal ouvrant droit à la pension » permet aux employeurs de tenir compte de la situation de l’employé et des prestations ouvrant droit à la pension conformément aux enseignements énoncés au paragraphe 67 de l’arrêt *Withler* :

Lorsqu’il est question d’un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l’examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l’analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l’objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l’intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l’âge. Le tribunal s’interrogera sur l’opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n’est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l’affectation des ressources et les objectifs particuliers d’intérêt public visés par le législateur.

[75] Comme l’a souligné le T.C.D.P. dans sa décision, le Règlement était fondé sur les recommandations des intervenants après de longues consultations, qui ont notamment consisté en une mise en équilibre des intérêts des employeurs, des organisations d’employeurs, des souscripteurs de régimes d’avantages sociaux, des sociétés d’experts-conseils en avantages sociaux ainsi que d’autres administrateurs des droits de la personne et organisations intéressées.

[76] The goal of the Canadian Human Rights Commission in creating exceptions to the prohibition on discrimination in benefit plans was to recognize that “some differentiation with respect to age, sex, marital status or physical handicap is not always undesirable in such plans” (Canadian Human Rights Commission, *Annual Report, 1979*, section 3.1.1).

[77] In this case, the contextual factors demonstrate that the distinction made by “normal pensionable age” is a *bona fide* distinction. It is not targeting groups for illegitimate reasons outside of the overall scheme. Here, consistent with *Withler* and the goals pursued, terminating disability benefits when an employee has reached normal pensionable age does not put employees in an adverse situation because they are able to collect unretarded pension benefits.

[78] As noted by the C.H.R.T., this is in contrast with *Talos* where the termination of benefits at age 65 was not set-off by any other compensatory arrangement. As summarized by the C.H.R.T., *Talos* dealt with subsection 25(2.1) of Ontario’s *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19 (Code), in conjunction with the *Employment Standards Act, 2000* (S.O. 2000, c. 41) and its Regulations, and specifically carved out 65 and older workers from protections with respect to different treatment in benefits plans, pension and other workplace plans, in a bid to maintain flexibility in the workplace for parties to make arrangements that would respect the financial viability of those plans. The adjudicator found that a benefit differential that was only explained by the age of the employee would be *prima facie* age discrimination under the Code. Accordingly, she held that a legislative provision that prevented a worker age 65 and older from being able to challenge any reduction or elimination of access to workplace benefits as age discrimination was *prima facie* a violation of subsection 15(1) of the Charter.

[76] L’objectif de la Commission canadienne des droits de la personne lorsqu’elle a créé des exceptions à l’interdiction de discrimination dans les régimes d’avantages sociaux était de [TRADUCTION] « reconnaître qu’une certaine différenciation en ce qui concerne l’âge, le sexe, l’état matrimonial ou le handicap physique n’est pas toujours indésirable dans de tels régimes » (Commission canadienne des droits de la personne, *Rapport annuel, 1979*, section 3.1.1).

[77] En l’espèce, les facteurs contextuels démontrent que la distinction faite par l’« âge normal ouvrant droit à la pension » est une distinction de bonne foi. Elle ne cible pas des groupes pour des raisons illégitimes en dehors du régime général. En l’espèce, conformément à l’arrêt *Withler* et aux objectifs poursuivis, le fait de mettre fin aux prestations d’invalidité lorsqu’un employé a atteint l’âge normal ouvrant droit à la pension ne met pas les employés dans une situation difficile, parce qu’ils peuvent toucher des prestations de retraite non réduites.

[78] Comme l’a fait remarquer le T.C.D.P., cela contraste avec l’affaire *Talos*, où la cessation des prestations à l’âge de 65 ans n’avait pas été compensée par un autre arrangement. Comme l’a résumé le T.C.D.P., le tribunal dans la décision *Talos* devait se pencher sur le paragraphe 25(2.1) du *Code des droits de la personne* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19 (le Code), conjointement avec la *Loi de 2000 sur les normes d’emploi* (L.O. 2000, ch. 41) et son Règlement, et a spécifiquement exclu les travailleurs âgés de 65 ans et plus des protections en ce qui concerne les différences de traitement dans les régimes d’avantages sociaux, les régimes de retraite et les autres régimes en milieu de travail, dans un effort visant à maintenir une certaine souplesse en milieu de travail, et ce, pour que les parties puissent prendre des dispositions qui respectent la viabilité financière de ces régimes. L’arbitre a conclu qu’une différence de traitement qui n’était expliquée que par l’âge de l’employé constituerait à première vue une discrimination fondée sur l’âge au titre du Code. Par conséquent, elle a conclu qu’une disposition législative qui empêchait un travailleur de 65 ans et plus de contester toute réduction ou élimination de l’accès aux avantages sociaux en raison de la discrimination fondée sur l’âge constituait de prime abord une violation du paragraphe 15(1) de la Charte.

[79] ACPA argues that the C.H.R.T. was not correct in its analysis of *Talos* and that the logic of *Talos* is compelling and should be followed. It contends that this logic can be applied equally well to the facts of this case, even though the same benefits are not at play. It asserts that whether an employee has a good pension is not relevant to their equality rights. Similarly, it argues that the following reasoning held in *Talos*, at paragraph 234 applies equally well to the circumstances of Sandra Anderson in this case:

... absent healthcare benefits, an injured or ill worker who is 65 or over could be forced to retire because she cannot afford the healthcare supports ... that would assist with her day to day health maintenance so that she is fit to remain at work, with or without accommodated duties. By removing healthcare benefits at age 65, it logically follows that older workers are deprived of the supports available to their younger co-workers to maintain their fitness for work.

[80] However, I disagree that such a parallel cannot be made. Rather, as argued by AC, the experience of Ms. Anderson while imperfect is consistent with the expectations set out in *Withler*, which recognizes perfect correspondence between a program and the actual needs and circumstances of a claimant group is not required so long as its objectives are met. In Ms. Anderson's case, she was still able to obtain compensation for lost wages as a result of her disability. As noted by the C.H.R.T. [at paragraph 67]:

In this case, I find from the evidence that the disability benefits were designed to provide a measure of income loss to plan members should they become disabled and unable to work. However, if the member were eligible for an unreduced pension, then although their disability benefits were no longer available to them, if they became disabled, they could choose to use their sick days and vacation and possibly unpaid leave before returning to work. That was the option chosen by Robert Lyon. Their other choice was to retire and collect their unreduced pension. That was the option chosen by Sandra Anderson.

[79] L'APAC soutient que le T.C.D.P. a mal analysé la décision *Talos* et que le raisonnement adopté dans cette décision est convaincant et devrait être suivi. Elle soutient que ce raisonnement peut s'appliquer tout aussi bien aux faits en l'espèce, même si les mêmes avantages ne sont pas en jeu. Elle affirme que la question de savoir si un employé a une bonne pension n'a rien à voir avec ses droits à l'égalité. De même, elle soutient que le raisonnement suivant énoncé au paragraphe 234 de la décision *Talos* s'applique également à la situation de Sandra Anderson en l'espèce :

[TRADUCTION] ... en l'absence de prestations d'assurance maladie une travailleuse blessée ou malade âgée de 65 ans ou plus pourrait être forcée de prendre sa retraite parce qu'elle n'a pas les moyens de se payer les soins de santé [...] qui l'aideraient à maintenir son état de santé au quotidien afin qu'elle soit apte à travailler avec ou sans mesures d'adaptation. En supprimant les prestations d'assurance maladie à l'âge de 65 ans, il s'ensuit logiquement que les travailleurs âgés sont privés du soutien offert à leurs jeunes collègues pour maintenir leur aptitude au travail.

[80] Cependant, je suis d'avis qu'un tel parallèle ne peut être fait. Au contraire, comme l'a fait valoir AC, la situation vécue par M^{me} Anderson, bien qu'elle ne soit pas idéale, est conforme aux attentes énoncées dans l'arrêt *Withler*, selon lesquelles, tant que les objectifs du programme sont atteints, il n'est pas nécessaire que celui-ci corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables d'un groupe de demandeurs. Dans le cas de M^{me} Anderson, elle a quand même pu obtenir une indemnisation pour la perte de salaire causée par son invalidité. Comme l'a fait remarquer le T.C.D.P. [au paragraphe 67] :

Dans la présente affaire, la preuve m'amène à conclure que les prestations d'invalidité ont été conçues pour offrir aux membres du régime un moyen de pallier la perte de revenu s'ils deviennent invalides ou incapables de travailler. Cependant, si le membre est admissible à une pension non réduite, même s'il n'a plus droit aux prestations d'invalidité, il peut choisir en cas d'invalidité d'utiliser ses jours de congé de maladie et de congé annuel, et peut-être même prendre un congé non payé, avant de reprendre le travail. C'est l'option qu'a choisie Robert Lyon. L'alternative est de prendre sa retraite et de toucher une pension non réduite. C'est l'option qu'a choisie Sandra Anderson.

[81] ACPA argues that the C.H.R.T.'s reference to "choice" is problematic. It notes that the Court has consistently held that differential treatment can be discriminatory even if it is based on choices made by the affected individual or group: *Fraser*, at paragraphs 86–87; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (Ont. G.S.B.) (*OPSEU*), at paragraphs 101–102.

[82] However, I agree with AC that these comments must be considered in context, as must the Impugned Provision. I do not read the Decision as suggesting that the choices made by Sandra Anderson somehow affected the impact of paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations and how they should be perceived.

[83] ACPA argues that there are fundamental human rights problems with linking the eligibility of disability benefits with pension plans. Particularly, it assumes that there will be a generous pension plan that substitutes for income lost through disability benefits which is often not the case in a defined contribution plan. The provisions of the Regulations refer to disability plans generally not just long-term disability plans, regardless of how long the disability is expected to last. Further, not all pension plans offer full benefits at an age range of 61–65; some provide for a much earlier age. The effect of the Impugned Provision places control in the hands of the pension drafter, who is often unilaterally the employer. All of which it asserts is inconsistent with the broader equality guarantee.

[84] The problem with ACPA's arguments, however, is that they are not grounded in any evidence nor the objective of the Regulations. ACPA provides no evidence regarding the actual payouts of defined contribution plans or what constitutes a "generous" plan in these circumstances, or any others. It has advanced no evidence on the application of the provisions of the Regulations to the termination of short-term disability benefits or any

[81] L'APAC soutient que l'utilisation par le T.C.D.P. du terme « alternative » pose problème. Elle souligne que la Cour a toujours soutenu qu'une différence de traitement peut être discriminatoire, même si cette différence est fondée sur les choix faits par la personne ou le groupe touché : *Fraser*, aux paragraphes 86 et 87; *Ontario Public Service Employees Union v. Ontario (Government & Consumer Services)*, 2021 CanLII 19542 (C.R.G. Ont.) (*OPSEU*), aux paragraphes 101 et 102.

[82] Toutefois, je suis d'accord avec AC pour dire que ces commentaires doivent être examinés dans leur contexte, tout comme la disposition contestée. Je ne crois pas que la décision donne à penser les choix faits par Sandra Anderson ont, d'une façon ou d'une autre, eu une incidence sur l'effet des alinéas 3b) et 5b) du Règlement et sur la façon dont ils devraient être perçus.

[83] L'APAC soutient que l'établissement d'un lien entre l'admissibilité aux prestations d'invalidité et les régimes de pension présente des problèmes fondamentaux en ce qui a trait aux droits de la personne. En particulier, cela tient pour acquis qu'il y aura un régime de pension généreux pour remplacer le revenu de pension d'invalidité qui aura été perdu, ce qui n'est souvent pas le cas dans un régime à cotisations déterminées. Les dispositions du Règlement font référence aux régimes d'assurance-invalidité en général et pas seulement aux régimes d'assurance-invalidité de longue durée, peu importe la durée prévue de l'invalidité. De plus, ce ne sont pas tous les régimes de pension qui offrent des prestations complètes pour le groupe des 61 à 65 ans; certains prévoient un âge beaucoup plus précoce. L'effet de la disposition contestée est de donner le contrôle à la partie qui rédige le régime de retraite, soit souvent l'employeur de façon unilatérale. Elle affirme que tout cela est incompatible avec la garantie générale d'égalité.

[84] Cependant, les arguments de l'APAC ne reposent sur aucune preuve ni sur l'objectif du Règlement, ce qui pose problème. L'APAC n'a produit aucune preuve concernant les versements réels des régimes à cotisations déterminées ou ce qui constitue un régime « généreux » dans ces circonstances, ou dans toute autre situation. Elle n'a présenté aucune preuve de l'application des dispositions du Règlement à la cessation des prestations

impacts of the termination of those plans on older workers. Further, the only pension plans referenced by ACPA are collective agreements like those at issue in *Healy v. Gregory* (2009), 75 C.C.P.B. 178, [2009] O.J. No. 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (Ont. Sup. Ct.), or legislated pension plans as in the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36. There is no evidence before the Court regarding pension plans in non-unionized contexts, or that such plans are being abused by employers in those settings.

[85] The arguments made by ACPA are insufficient to challenge the evidence presented by Mr. Gorham, which was the evidence before the C.H.R.T.

[86] Mr. Gorham provided that the vast majority of long term disability plans provided by employers terminated benefits at age 65, which was the age that retirement benefits typically become available without reduction. He noted this was because of historical patterns.

[87] He found that the appropriate statistic to use in determining when to change from wage loss replacement to retirement income was the point at which about half the workforce had retired. He opined that from an actuarial and insurance standpoint, it was appropriate to replace loss of income benefits with retirement benefits at some point between ages 61 and 65 and that pensionable age was a reasonable proxy.

[88] Further, ACPA's arguments fail to recognize that there are some inherent distinctions when considering a provision based on age. As noted in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at page 297:

....To begin with there is nothing inherent in most of the specified grounds of discrimination, e.g., race, colour, religion, national or ethnic origin, or sex that supports any general correlation between those characteristics and ability. But that is not the case with age. There is a

d'invalidité de courte durée ni des répercussions de la cessation de ces régimes sur les travailleurs âgés. De plus, les seuls régimes de pension auxquels fait référence l'APAC sont les conventions collectives comme celles en cause dans la décision *Healy v. Gregory* (2009), 75 C.C.P.B. 178, [2009] O.J. n° 2562 (QL), 2009 CanLII 31609 (C.S. Ont.), ou les régimes de retraite créés par la loi, comme celui prévu par la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36. Il n'y a pas de preuve devant la Cour concernant les régimes de retraite dans des contextes non syndiqués ou les abus commis par les employeurs relativement à de tels régimes dans ces contextes.

[85] Les arguments présentés par l'APAC sont insuffisants pour remettre en question la preuve présentée par M. Gorham, soit celle dont était saisi le T.C.D.P.

[86] M. Gorham a indiqué que la grande majorité des régimes d'assurance-invalidité de longue durée offerts par les employeurs mettaient fin aux prestations à l'âge de 65 ans, âge auquel les prestations de retraite devenaient généralement accessibles sans réduction. Il a fait remarquer que cela s'expliquait par des tendances historiques.

[87] Il a constaté que la statistique appropriée à utiliser pour déterminer quand passer de l'assurance-salaire au revenu de retraite était le moment où environ la moitié de la main-d'œuvre avait pris sa retraite. Il était d'avis qu'il était approprié du point de vue de l'actuariat et des assurances de remplacer les indemnités pour perte de revenu par des prestations de retraite à un moment donné entre 61 et 65 ans et que l'âge ouvrant droit à pension constituait un moyen raisonnable.

[88] De plus, les arguments de l'APAC ne tiennent pas compte du fait qu'il existe certaines distinctions inhérentes lorsqu'on envisage une disposition fondée sur l'âge. Comme l'indique l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la page 297 :

.... D'abord, il n'y a rien d'inhérent dans la plupart des motifs énumérés de discrimination, savoir la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, ou le sexe, qui justifie une corrélation générale entre ces caractéristiques et les capacités. Mais il n'en est pas ainsi de

general relationship between advancing age and declining ability while we must guard against laws having an unnecessary deleterious impact on the aged based on inaccurate assumptions about the effects of age on ability, there are often solid grounds for importing benefits on one age group over another in the development of broad social schemes and in allocating benefits....

[89] Provisions based on age must also consider the natural cycle, bearing in mind both the “vertical” and “horizontal” needs of the population as recognized in *Withler*, at paragraph 76:

Garson J. explained that the government’s statutory benefit package must account for the whole population of civil servants, members of the armed forces and their families. Each part of the package is integrated with other benefits and balanced against the public interest. The package will often target the same people through different stages of their lives and careers. It attempts to meet the specific needs of the beneficiaries at particular moments in their lives. It applies horizontally to a large population with different needs at a given time, and vertically throughout the lives of the members of this population. For younger employees, it acts as group life insurance by insuring against unexpected death at a time when the surviving spouse would not be protected by a pension. For older employees, it is intended to assist with the costs of last illness and death. While it treats different beneficiaries differently depending on where they find themselves on this vertical scale, it is discriminatory neither in purpose nor effect.

[90] ACPA refers to the fundamental importance of work in a person’s life, as an “essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being”: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 368. ACPA argues that the impact of the Impugned Provision on a claimant group will perpetuate stereotypes and reinforce that older workers are less flexible, more resistant to change and less motivated. It asserts that it does this by assuming that older workers are less engaged with their employment and more likely to retire at the earliest opportunity. It relies on *OPSEU* and *Talos* as examples where provisions were found to constitute age

l’âge. Il y a un rapport général entre le vieillissement et l’affaiblissement des capacités [...] bien qu’il faille se méfier des lois qui ont des effets préjudiciables inutiles sur les personnes âgées en raison de suppositions inexactes quant aux effets de l’âge sur les capacités, il y a souvent des motifs sérieux de conférer des avantages à un groupe d’âge plutôt qu’à un autre dans la mise sur pied de grands régimes sociaux et dans la répartition des bénéfices. ...

[89] Les dispositions fondées sur l’âge doivent également tenir compte du cycle naturel, en gardant à l’esprit à la fois des besoins « verticaux » et « horizontaux » de la population, comme le reconnaît l’arrêt *Withler* au paragraphe 76 :

La juge Garson a expliqué que le régime légal de prestations gouvernementales doit tenir compte de la totalité des fonctionnaires, des membres des forces armées et de leurs familles. Chaque élément du régime est harmonisé aux autres prestations et soupesé au regard de l’intérêt public. Le régime visera souvent les mêmes personnes à différentes étapes de leur existence et de leur vie professionnelle. Il est conçu pour répondre aux besoins particuliers des bénéficiaires à des moments précis de leur vie. Le régime s’applique suivant un axe horizontal à de nombreuses personnes ayant des besoins différents à un moment précis et suivant un axe vertical à chaque étape de la vie de ces personnes. En ce qui concerne les jeunes employés, cette prestation agit à titre d’assurance vie collective garantissant une protection en cas de décès inattendu à une époque où leur conjoint survivant ne toucherait aucune pension. Pour les employés plus âgés, cette prestation vise à contribuer aux dépenses occasionnées par la dernière maladie et le décès. Bien que le régime traite les bénéficiaires de façon différente, en fonction de leur position sur cet axe vertical, il n’est discriminatoire ni par son objet ni par ses effets.

[90] L’APAC renvoie aux propos de la Cour suprême du Canada à la page 368 de l’arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, où cette dernière souligne l’importance fondamentale du travail dans la vie d’une personne en tant que « composante essentielle du sens de l’identité d’une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel ». L’APAC soutient que l’incidence de la disposition contestée sur un groupe de demandeurs perpétuera les stéréotypes et renforcera le fait que les travailleurs âgés sont moins conciliants, plus réfractaires au changement et moins motivés. Elle affirme qu’il en est ainsi du fait que l’on suppose que les travailleurs âgés

discrimination and to perpetuate this negative stereotype. However, none of these decisions relate to long-term disability plans. ACPA's further reference to secondary sources in support of its argument is impermissible, as noted earlier, as none of these secondary sources were before the C.H.R.T. nor admitted properly.

[91] Even if one were to accept that older workers face stereotypes in the workplace, and have experienced certain disadvantages associated with those stereotypes, there is insufficient evidence of the actual impact of the loss of disability benefits on older workers, or a clear connection in the evidence between the loss of disability benefits to those asserted stereotypes and disadvantages.

[92] As acknowledged by ACPA at the hearing before the C.H.R.T., paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations create a necessary exemption to the individualized approach that would otherwise apply under the Act. Paragraphs 3(b) and 5(b) "recogniz[e] the validity of insurance principles, the necessity of those principles in coming up with a viable insurance scheme, and recogniz[e] that those principles are not based on stereotypes in the human rights language; they're based on statistical analysis" (C.H.R.T. Transcript, page 1369, lines 14–21).

[93] Section 15 ensures substantive equality for all employees. This does not mean that all workers will have the exact same disability coverage because they are workers, or that there will be formal equality between older and younger workers: *Withler*, at paragraphs 2 and 71; *Fraser*, at paragraph 40. Rather, it requires that all workers be eligible to a form of compensation for loss of salary based on disability. In my view, the C.H.R.T. correctly found that this equality right was safeguarded under paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations, and in effect by the Impugned Provision.

sont moins engagés dans leur emploi et plus susceptibles de prendre leur retraite à la première occasion. Elle s'appuie sur les décisions *OPSEU* et *Talos* comme exemples d'affaires où il a été conclu que des dispositions constituaient une discrimination fondée sur l'âge et perpétuaient ce stéréotype négatif. Cependant, aucune de ces décisions ne concerne les régimes d'assurance-invalidité de longue durée. La Cour ne peut permettre que l'APAC fasse référence à des sources secondaires à l'appui de son argument, comme il a été mentionné précédemment, car aucune de ces sources secondaires n'a été soumise au T.C.D.P. ni dûment admise en preuve.

[91] Même si l'on admettait que les travailleurs âgés sont victimes de stéréotypes en milieu de travail et qu'ils ont subi certains désavantages associés à ces stéréotypes, la preuve ne suffit pas à étayer l'effet réel de la perte de prestations d'invalidité sur les travailleurs âgés, ni l'existence d'un lien clair entre la perte des prestations d'invalidité et les stéréotypes et désavantages allégués.

[92] Comme l'a reconnu l'APAC lors de l'audience devant le T.C.D.P., les alinéas 3b) et 5b) du Règlement créent une exception nécessaire à l'approche personnalisée qui, sinon, s'appliquerait sous le régime de la Loi. Les alinéas 3b) et 5b) [TRADUCTION] « reconnaissent la validité des principes de l'assurance, la nécessité de ces principes pour élaborer un régime d'assurance viable, et reconnaissent que ces principes ne sont pas fondés sur des stéréotypes dans le langage des droits de la personne; ils sont fondés sur une analyse statistique » (T.C.D.P., transcription, page 1369, lignes 14 à 21).

[93] L'article 15 garantit l'égalité réelle de tous les employés. Cela ne veut pas dire que tous les travailleurs auront à ce titre exactement la même couverture d'invalidité, ni qu'il y aura une égalité formelle entre les travailleurs âgés et les jeunes travailleurs : *Withler*, aux paragraphes 2 et 71; *Fraser*, au paragraphe 40. L'article 15 exige plutôt que tous les travailleurs soient admissibles à une forme d'indemnisation pour la perte de salaire en raison d'une invalidité. À mon avis, le T.C.D.P. a conclu à juste titre que ce droit à l'égalité était protégé par les alinéas 3b) et 5b) du Règlement et, du moins dans ses effets, par la disposition contestée.

[94] In my view, there is no violation of the substantive equality right under subsection 15(1) of the Charter by the Impugned Provision of paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations, as these paragraphs permit an acceptable balance that does not perpetuate a discriminatory disadvantage based on age.

IV. Conclusion

[95] For all of these reasons, it is my view that the application should be dismissed. As I have concluded that paragraphs 3(b) and 5(b) of the Regulations do not violate subsection 15(1) of the Charter and the Decision is not in error, there is no basis for me to continue with a section 1 Charter analysis.

[96] The parties have agreed that costs should be fixed in an amount of \$3 000 (all inclusive) and I agree that this amount shall be awarded.

JUDGMENT in T-1588-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. The Respondent shall be awarded costs in an amount fixed at \$3 000.

[94] À mon avis, la disposition contestée des alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne viole pas le droit à l'égalité réelle protégé par le paragraphe 15(1) de la Charte, car ces alinéas permettent un équilibre acceptable qui ne perpétue pas un désavantage discriminatoire fondé sur l'âge.

IV. Conclusion

[95] Pour tous ces motifs, je suis d'avis que la demande devrait être rejetée. Comme j'ai conclu que les alinéas 3b) et 5b) du Règlement ne contreviennent pas au paragraphe 15(1) de la Charte et que la décision n'est pas erronée, rien ne justifie que je procède à une analyse fondée sur l'article premier de la Charte.

[96] Les parties ont convenu que les dépens devraient être fixés à 3 000 \$ (tout compris) et j'accepte d'accorder ce montant.

JUGEMENT dans le dossier T-1588-19

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. La défenderesse se voit accorder 3 000 \$ au titre des dépens.