

A-100-03
2006 FCA 8

A-100-03
2006 CAF 8

Linda McKay-Panos (*Appellant*)

Linda McKay-Panos (*appelante*)

v.

c.

Air Canada and The Canadian Transportation Agency (*Respondents*)

Air Canada et Office des transports du Canada (*intimés*)

and

et

Council of Canadians With Disabilities (*Intervener*)

Conseil des Canadiens avec déficiences (*intervenant*)

INDEXED AS: MCKAY-PANOS v. AIR CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : MCKAY-PANOS c. AIR CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Noël and Malone J.J.A.—Edmonton, December 15, 2005; Ottawa, January 13, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Rothstein, Noël et Malone, J.C.A.—Edmonton, 15 décembre 2005; Ottawa, 13 janvier 2006.

Transportation — Appeal from decision of Canadian Transportation Agency rejecting appellant's application, filed under Canada Transportation Act (CTA), s. 172, seeking remedy on ground appellant disabled by reason of obesity, encountered undue obstacle in air travel — Appellant, obese, booking return flight from Calgary to Ottawa with Air Canada — Experienced discomfort on flight both ways despite explaining condition when booking — Had to purchase business class seat on return flight — During proceedings, Canadian Transportation Agency dealt with preliminary jurisdictional issue whether obesity constituting disability for purposes of Part V of CTA — Recognized obesity not per se disability but could so constitute on case-by-case basis — Majority of three-member panel erring when holding CTA directing that obstacle cannot be considered in making determination whether person disabled on basis of CTA — Although undue obstacle obviously assuming existence of obstacle, nothing flowing from recognition of obstacle as such — Therefore, Agency not impeding or pre-empting ability to act at later stage by considering obstacle at first stage as Agency's jurisdiction to provide remedy only triggered if obstacle found to be "undue" — Relative ease with which existence of disability can be established at first stage not to be construed as preventing Agency from considering all relevant considerations at undue obstacle stage of analysis — Appellant person with disability under CTA only conclusion open to Agency given concession appellant suffering from impairment, fact encountered activity limitation on account of impairment — Appeal allowed.

Transports — Appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'art. 172 de la Loi sur les transports au Canada (la LTC), dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion — L'appelante, qui souffre d'obésité, a réservé un vol aller-retour Calgary-Ottawa auprès d'Air Canada — Elle a manqué de confort tout au long des deux vols malgré qu'elle eut expliqué sa situation lorsqu'elle a fait sa réservation — Lors de son vol de retour, l'appelante a dû acheter un billet pour un siège en classe affaire — Au cours des procédures, l'Office des transports du Canada a traité de la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC — L'Office a jugé que l'obésité, en soi, n'est pas une déficience mais elle a reconnu que dans certains cas l'obésité peut constituer une déficience — La majorité du comité, composé de trois membres, a eu tort de conclure que la LTC prescrit que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la LTC — Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel — Par conséquent, l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape car ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée — L'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse — Compte tenu de

la concession que la demanderesse souffre d'une invalidité et compte tenu qu'elle s'est heurtée à une limitation d'activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l'Office était que la demanderesse est une personne ayant une déficience au sens de la LTC — Appel accueilli.

Construction of Statutes — Appeal from decision of Canadian Transportation Agency rejecting appellant's application, filed under Canada Transportation Act (CTA), s. 172, seeking remedy on ground appellant disabled by reason of obesity, encountered undue obstacle in air travel — Under CTA, no statutory consequence attaching to finding person encountered obstacle — Jurisdiction of Agency to provide remedy triggered only if obstacle found to be "undue" — "Undue obstacle" only obstacle of relevance under CTA — Words of Act not providing existence of disability to be determined without regard to context — CTA not defining "disability", only referring to "persons with disabilities" — Given scope, purpose of accessibility provisions of CTA, Parliament had in mind "persons with disabilities" in context of federal transportation network who are confronted with "undue obstacle to mobility" — Person's impairment, particular limitation encountered because of impairment determining whether person coming within class of persons CTA contemplating.

Interprétation des lois — Appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'art. 172 de la Loi sur les transports au Canada (la LTC), dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion — En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle — Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée — Le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif » — Le libellé de la Loi ne permet pas de conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte — Le législateur n'a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC et le seul renvoi que l'on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience » — Compte tenu de la portée et de l'objet des dispositions relatives à l'accessibilité de la LTC, le législateur avait à l'esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation » — La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par la LTC doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s'est heurtée, du fait de son invalidité.

This was an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency rejecting the appellant's application for remedy filed under section 172 of the *Canada Transportation Act* (CTA). The appellant had to satisfy the Agency both that she was disabled by reason of her obesity and that she had encountered an undue obstacle in air travel. The majority of the three-member panel dismissed the application on the preliminary ground that the appellant did not satisfy the first condition.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'article 172 de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC). L'appelante devait convaincre l'Office qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion. La majorité du comité, composé de trois membres, a rejeté la demande pour le motif préliminaire que l'appelante n'avait pas satisfait à la première condition.

The appellant is very obese. No medical evidence establishes the cause of her obesity although her condition has been medically established (Stein-Leventhal syndrome). She had to fly return from Calgary to Ottawa and booked her ticket with Air Canada by phone. She was pre-assigned a bulkhead seat on all the flight segments based on the agent's understanding that it would provide her with more room. On boarding the aircraft in Calgary, the appellant discovered that the bulkhead seats were actually smaller than the other seats.

L'appelante souffre d'une obésité malsaine. Aucune preuve médicale n'établit la cause de son obésité bien que son état d'obésité malsaine a été établi médicalement (syndrome de Stein-Leventhal). Elle devait prendre l'avion à Calgary pour se rendre à Ottawa et elle avait réservé son billet directement auprès d'Air Canada par téléphone. On lui a assigné un siège près cloison sur tous les segments du vol car on croyait que cela lui procurerait plus d'espace. Lorsqu'elle est montée à bord de l'avion à Calgary, l'appelante a découvert que les

She experienced a lot of discomfort throughout the flight. On her return flights, the appellant again encountered problems and had to purchase a business class seat for \$972 at the Toronto airport for her Toronto-Calgary segment. She later filed a complaint with the Accessible Transportation Directorate of the Agency.

The Agency had to deal with the preliminary jurisdictional issue of whether obesity constitutes a disability for the purposes of Part V of the CTA since it had never been previously considered. It received expert evidence on models of disability, including the World Health Organization's *International Classification of Functioning, Disability and Health*, Geneva, 2001, (ICF model), which identifies three elements for determining whether a person has a disability: impairment, activity limitations and participation restrictions. Unlike the medical model, the ICF model examines the medical condition (impairment) and considers the activity limitations resulting from the condition. The activity limitations are defined as difficulties an individual may have in executing a task or an action. Under participation restrictions, consideration is given to the impact of the activity limitations on the ability of the person to participate in basic life situations.

The Agency held that obesity did not *per se* constitute a disability but recognized that obesity can on a case-by-case basis constitute such a disability. In dismissing the appellant's complaint on the basis that the appellant's obesity did not constitute a disability for the purposes of Part V of the CTA, the majority concluded that the appellant inappropriately relied on the ICF model to establish her disability. It equated the limitation encountered by the appellant to an obstacle (the seat) and held that considering the obstacle in determining the appellant's disability was inconsistent with the scheme of the CTA. In its analysis, the majority stated that in order to provide a corrective measure under subsection 172(3) of the Act, it must be satisfied that there is a person with a disability; the person has encountered an obstacle; and the obstacle is undue. The majority read into this three-stage process a statutory direction that the obstacle not be considered at the first stage.

The issue in the case at bar was whether the majority of the Agency's three-member panel properly held that the CTA effectively directs that the obstacle not be considered in determining whether a person is disabled within the meaning of Part V.

sièges près cloison étaient plus étroits que les autres sièges. Elle a manqué de confort tout au long du vol. Lors de son vol de retour, l'appelante a de nouveau éprouvé des difficultés et elle a dû acheter un billet pour un siège en classe affaire sur le segment Toronto-Calgary pour un montant supplémentaire de 972 \$. Elle a ultérieurement déposé une plainte auprès de la Direction des transports accessibles de l'Office.

Parce que l'obésité en tant que déficience était une question qui n'avait jamais été examinée, l'Office a sollicité des plaidoiries quant à la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC. L'Office a reçu une preuve d'expert quant aux modèles de déficience, notamment quant à la *Classification internationale du fonctionnement, handicap et de la santé*, Genève, 2001, de l'Organisation mondiale de la santé (le modèle CIF) dans laquelle il est fait état de trois éléments qui servent à établir si une personne a une déficience : les invalidités, les limitations d'activité et les restrictions de participation. Contrairement au modèle médical, dans le modèle CIF on examine l'état de santé (appelé « invalidité »), puis on examine les limitations d'activité découlant de cet état. Les limitations d'activité sont définies comme étant des difficultés qu'une personne peut éprouver lors de l'exécution d'une tâche ou d'une action. En ce qui concerne les restrictions de participation, on tient compte de l'incidence des limitations d'activité sur la capacité de la personne à s'adonner à des activités élémentaires de la vie courante.

L'Office a jugé que l'obésité, en soi, n'est pas une déficience mais elle a reconnu que dans certains cas l'obésité peut constituer une déficience. En rejetant la plainte de l'appelante au motif que l'obésité de l'appelante ne constituait pas une déficience au sens de la partie V de la LTC, la majorité a conclu que l'appelante avait invoqué à tort le modèle CIF pour faire la preuve de sa déficience. L'Office a assimilé la limitation rencontrée par l'appelante à un obstacle (le siège) et a jugé que tenir compte de l'obstacle pour établir la déficience de la l'appelante était incompatible avec l'esprit de la LTC. Au cours de son analyse, la majorité déclare que, afin d'apporter des mesures correctives en vertu du paragraphe 172(3) de la Loi, l'Office doit être convaincu qu'il y a une personne ayant une déficience, que cette personne a fait face à un obstacle et que cet obstacle était abusif. C'est l'intégrité de ce processus en trois étapes qui, selon la majorité, serait compromise si l'Office examinait l'obstacle à la première étape.

La seule question en litige dans le présent appel consistait à savoir si la majorité a eu raison de conclure que la LTC prescrit que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la partie V.

Held, the appeal should be allowed.

Although the majority correctly asserted that the determination of whether a person is disabled must be based on the CTA, it erred when it held that the CTA directs that the obstacle (i.e. seat) cannot be considered in making this determination. There was no basis for the conclusion that considering the seat at the disability stage would pre-empt or compromise the exercise of the Agency's jurisdiction at a later stage. Under the CTA, no statutory consequence of any sort attaches to a finding that a person has encountered an obstacle. It is only if an obstacle is found to be "undue" that the jurisdiction of the Agency to provide a remedy is triggered. The word "obstacle" appears nowhere in the relevant provisions of the Act without the qualifier "undue". While an undue obstacle obviously assumes the existence of an obstacle, nothing flows from the recognition of the obstacle as such. It follows that the only obstacle of relevance under the CTA is an "undue obstacle" and the Agency in no way impedes or pre-empts its ability to act at that later stage by considering the obstacle at the first stage. It would require very clear words to hold that the existence of a disability is to be determined without regard to context. No disability exists in the abstract.

Parliament did not define the word "disability" under the CTA. The only statutory reference throughout is to "persons with disabilities" in both the singular and the plural forms. Nevertheless, there can be no doubt when regard is had to the scope and purpose of the accessibility provisions of the CTA that Parliament had in mind "persons with disabilities" in the context of the federal transportation network who are confronted with "an undue obstacle to [their] mobility". Whether a person comes within the class of persons contemplated by Parliament must be determined by reference to his or her impairment and the particular limitation encountered by reason of this impairment in the course of transport. In light of the concession that the appellant suffers from an impairment and the fact that she encountered an activity limitation on account of this impairment, the only conclusion open to the Agency was that the appellant is a person with a disability under the CTA.

The Agency's task of weighing the potentially diverging interests which the CTA seeks to advance in ensuring a viable and efficient transport network at competitive rates without undue obstacles to the mobility of persons with disabilities should be done at the undueness analysis stage, not at the disability stage. In this regard, the relative ease with which the existence of a disability can be established at the first stage should not be construed as preventing the Agency from having

Jugement : l'appel doit être accueilli.

Bien que la majorité a affirmé à juste titre que la réponse à la question de savoir si une personne a une déficience doit reposer sur la LTC, elle a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que, en vertu de la LTC, on ne doit pas tenir compte de l'obstacle (c'est-à-dire le siège) pour répondre à cette question. Il n'existait aucun fondement à l'appui de la conclusion que tenir compte du siège à l'étape de la déficience empêcherait ou compromettrait l'exercice de la compétence de l'Office à une étape ultérieure. En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle. Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée. Le mot « obstacle » ne figure nulle part dans les dispositions pertinentes de la LTC sans le qualificatif « abusif ». Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel. Il s'ensuit que le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif » et l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape. Il faudrait des termes très clairs pour conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte. Aucune déficience n'existe dans l'abstrait.

Le législateur n'a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC. Le seul renvoi que l'on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience » au singulier et au pluriel. Néanmoins, il ne fait aucun doute, lorsque l'on considère la portée et l'objet des dispositions relatives à l'accessibilité de la LTC, que le législateur avait à l'esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation ». La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par le législateur doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s'est heurtée, du fait de son invalidité, au cours du transport. Compte tenu de la concession que l'appelante souffre d'une invalidité et compte tenu qu'elle s'est heurtée à une limitation d'activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l'Office était que la demanderesse est une personne ayant une déficience au sens de la LTC.

L'Office doit procéder à la tâche délicate qui consiste à soupeser les intérêts potentiellement divergents que la LTC cherche à faire valoir en voyant à ce qu'il existe un réseau de transport viable et efficace, à taux concurrentiel, libre d'obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Toutefois, c'est à l'étape de l'analyse du caractère abusif que l'Office devrait entreprendre cet exercice d'appréciation et non pas à l'étape de la

regard to all relevant considerations at the undue obstacle stage of the analysis. In the first instance, the Agency must determine the scope of its review and it would be inappropriate to rule out any consideration at that juncture.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 41, 170(1), 171, 172.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [2000] 1 S.C.R. 703; (2000), 186 D.L.R. (4th) 1; 50 C.C.E.L. (2d) 177; 74 C.R.R. (2d) 1; 253 N.R. 329; 2000 SCC 28; *In the matter of the jurisdictional question, arising in the context of an application received by the Canadian Transportation Agency from Linda McKay-Panos against Air Canada, of whether obesity is a disability for the purposes of Part V of the Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10*, CTA decision No. 646-AT-A-2001; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; (2000), 193 D.L.R. (4th) 357; 26 Admin. L.R. (3d) 1; 261 N.R. 184 (C.A.).

AUTHORS CITED

World Health Organization. *International Classification of Functioning, Disability and Health*. Geneva: World Health Organization, 2001.

APPEAL from a decision of the Canadian Transportation Agency (decision No. 567-AT-A-2002) rejecting the application filed by the appellant under section 172 of the *Canada Transportation Act* seeking remedy on the ground she was disabled by reason of her obesity and had encountered an undue obstacle in air travel. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Ritu Khullar and Jo-Ann R. Kolmes for appellant.

déficience. À cet égard, l'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse. Il incombe à l'Office de juger en premier lieu de la portée de son examen et comme il n'a pas encore procédé à l'analyse du caractère abusif, il ne conviendrait pas de rejeter tout examen à ce stade.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 41, 170(1), 171, 172.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 R.C.S. 703; 2000 CSC 28; *Relative à la question de juridiction, découlant d'une demande reçue par l'Office des transports du Canada de Linda McKay-Panos c. Air Canada, visant à déterminer si l'obésité est une déficience aux termes de la Partie V de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10*, OTC décision n° 646-AT-A-2001.; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Organisation mondiale de la santé. *Classification internationale du fonctionnement, handicap et de la santé*. Genève : Organisation mondiale de la santé, 2001.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada (décision n° 567-AT-A-2002) par laquelle il a rejeté la plainte déposée par l'appelante en vertu de l'article 172 de la *Loi sur les transports au Canada* dans laquelle elle demandait réparation au motif qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Ritu Khullar et Jo-Ann R. Kolmes pour l'appelante.

Gerald A. Chouest, Tae Mee Park and Louise-Hélène Senecal for respondent Air Canada.
Elizabeth C. Barker for respondent The Canadian Transportation Agency.
David Baker for intervener.

Gerald A. Chouest, Tae Mee Park et Louise-Hélène Senecal pour l'intimée Air Canada.
Elizabeth C. Barker pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
David Baker pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD:

Chivers Carpenter, Edmonton, for appellant.
Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn LLP, Toronto, and *Air Canada*, Dorval, for respondent Air Canada.
Canadian Transportation Agency, Gatineau, for respondent Canadian Transportation Agency.
Bakerlaw, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Chivers Carpenter, Edmonton, pour l'appelante.
Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn LLP, Toronto, et *Air Canada*, Dorval, pour l'intimée Air Canada.
Office des transports du Canada, Gatineau, pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
Bakerlaw, Toronto, pour l'intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NOËL J.A.: This is an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency (the Agency) rendered on October 23, 2002 [*McKay-Panos v. Air Canada*, 567-AT-A-2002], rejecting the complaint filed by Ms. McKay-Panos (the appellant) pursuant to section 172 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the Act or the CTA).

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada (l'Office) le 23 octobre 2002 [*McKay-Panos c. Air Canada*, décision n° 567-AT-A-2002] par laquelle il a rejeté la plainte déposée par M^{me} McKay-Panos (l'appelante) en vertu de l'article 172 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi ou la LTC).

[2] In order to obtain the remedy which she was seeking, the appellant had to satisfy the Agency both that she was disabled by reason of her obesity and that she had encountered an undue obstacle in air travel. The majority of the three-member panel dismissed the application on the preliminary ground that the appellant did not satisfy the first condition.

[2] Afin d'obtenir la réparation qu'elle sollicitait, l'appelante devait convaincre l'Office qu'elle avait une déficience en raison de son obésité et qu'elle a rencontré un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement en avion. La majorité du comité, composé de trois membres, a rejeté la demande pour le motif préliminaire que l'appelante n'avait pas satisfait à la première condition.

Background and Facts

L'historique et les faits

[3] The appellant is morbidly obese and attributes her condition to the Stein-Leventhal syndrome. No medical evidence establishes the cause of her obesity. However, it is not disputed that her morbidly obese condition has been medically established.

[3] L'appelante souffre d'une obésité malsaine et attribue son état au syndrome de Stein-Leventhal. Aucune preuve médicale n'établit la cause de son obésité. Toutefois, il n'est pas contesté que son état d'obésité malsaine a été établi médicalement.

[4] The appellant had to fly from Calgary to Ottawa on August 21, 1997, returning on August 24, 1997. She booked her ticket directly with Air Canada by telephone

[4] L'appelante devait prendre l'avion à Calgary le 21 août 1997 pour se rendre à Ottawa et elle devait revenir le 24 août 1997. Elle a réservé son billet directement

on June 14, 1997. She gave the Air Canada agent her weight and size (the record only identifies her weight as being approximately 160 kg) and expressed concern that the seat would not accommodate her. She offered to purchase two economy class seats or one business class seat.

[5] The appellant claims that her request was met with several off-hand remarks and laughter. She was pre-assigned a bulkhead seat on all the flight segments based on the agent's understanding that it would provide her with more room. She was told that there was no need to purchase two seats.

[6] On boarding the aircraft in Calgary on August 21, the appellant discovered that the bulkhead seats were actually smaller than the other seats because the tray tables folded into the arm rests rather than the forward chair as they did in other seats. The appellant found that she could barely force herself into her seat. The passenger beside her could not access his tray table because her hips spread onto his arm rest. The flight attendants bumped into her with their serving carts.

[7] On the flight from Toronto to Ottawa, the flight attendant allowed the appellant to sit in a vacant business class seat. The appellant qualifies this gesture as the only act of human dignity that she experienced during her trip.

[8] Two days before her return flight, the appellant telephoned Air Canada to ask for assistance for her return flight. She was told that both the Ottawa-Toronto and Toronto-Calgary segments were overbooked and no alternative seating was available. The agent advised her that she could purchase a business class seat for an additional \$972 for the Toronto-Calgary segment, but she would not receive any credit for the economy class portion of the flight. It was suggested to her that once she arrived at the airport, the staff might be able to seat her in business class or otherwise accommodate her.

auprès d'Air Canada par téléphone le 14 juin 1997. Elle a fait part au représentant d'Air Canada de son poids ainsi que de sa taille (le dossier ne fait que mentionner que son poids était d'environ 160 kg) et a affirmé craindre que le siège ne conviendrait pas. Elle a offert d'acheter deux billets de classe économique ou un seul billet de classe affaire.

[5] L'appelante prétend qu'on a acquiescé à sa demande en faisant de nombreux commentaires et en riant. Le représentant lui a assigné un siège près cloison sur tous les segments du vol car il croyait que cela lui procurerait plus d'espace. On lui a dit qu'il n'était pas nécessaire qu'elle achète deux billets.

[6] Lorsqu'elle est montée à bord de l'avion à Calgary le 21 août, l'appelante a découvert que les sièges près cloison étaient plus étroits que les autres sièges parce que les tables-plateaux étaient incorporés aux accoudoirs plutôt qu'au siège avant comme c'était le cas pour les autres sièges. L'appelante a réalisé qu'elle pouvait à peine s'asseoir sur son siège. Le passager qui était assis à côté d'elle ne pouvait pas déplier sa table-plateau parce que les hanches de la demanderesse débordaient sur l'accoudoir. Les agents de bord hurtaient l'appelante avec leurs chariots de service.

[7] Au cours du vol Toronto-Ottawa, l'agent de bord a permis à l'appelante de s'asseoir sur un siège libre dans la classe affaire. L'appelante affirme que ce geste est le seul acte humanitaire qu'on a eu envers elle durant tout le voyage.

[8] Deux jours avant son vol de retour, l'appelante a téléphoné à Air Canada pour demander qu'on lui fournisse de l'assistance en rapport avec son vol de retour. On lui a dit que les segments Ottawa-Toronto et Toronto-Calgary étaient tous les deux en surréservation et qu'aucun siège n'était libre. Le représentant l'a informée que, pour un montant supplémentaire de 972 \$, elle pouvait acheter un billet pour un siège en classe affaire sur le segment Toronto-Calgary mais qu'elle ne recevrait aucun crédit pour la partie classe économique du vol. On lui a laissé entendre que lorsqu'elle arriverait à l'aéroport, le personnel pourrait peut-être la faire asseoir dans la classe affaire ou trouverait une autre façon de l'aider.

[9] At the Ottawa airport on August 24, 1997, the appellant was advised that no alternative seating was available on her flight to Toronto. She was told that she could again ask airport staff in Toronto for consideration on the flight to Calgary. In Toronto, the appellant was advised that it was against Air Canada policy to move passengers to business class even if the plane was not full. She decided to buy a business class ticket for \$972.

[10] On November 19, 1997, Ms. McKay-Panos filed a complaint with the Accessible Transportation Directorate of the Agency. She requested an apology for the discourteous treatment which she claims she received and asked that Air Canada be required to provide alternative seating for large people who are prepared to pay a reasonable extra charge.

[11] In response, Air Canada apologized, offered to reimburse the cost of the business class ticket from Toronto to Calgary and implemented a number of measures to address the appellant's complaint, including issuing a directive highlighting the fact that bulkhead seats are not appropriate for persons who are obese.

[12] Air Canada also indicated that its policy for travel in North America is to offer persons who require additional seating the option of purchasing a second seat at 50% of the full adult fare or 100% of the applicable excursion fare. Alternatively, a single seat in executive class can be purchased or, if space permits, the use of two seats for the single applicable fare will be granted on a standby basis.

[13] The appellant acknowledged Air Canada's response but took issue with certain explanations regarding the treatment she was given by customer service staff in Toronto. She also felt that Air Canada's policy for persons who require additional seating did not

[9] À l'aéroport d'Ottawa, le 24 août 1997, l'appelante a été informée qu'on ne disposait d'aucun siège qui pouvait répondre à ses besoins sur le vol à destination de Toronto. On lui a dit qu'elle pouvait demander au personnel à l'aéroport de Toronto d'examiner s'il n'y avait pas une possibilité quant au vol à destination de Calgary. À Toronto, l'appelante a été informée qu'il était contraire à la politique d'Air Canada de transférer des passagers en classe affaire même si l'avion n'est pas plein. L'appelante a décidé d'acheter un billet de classe affaire pour un montant de 972 \$.

[10] Le 10 novembre 1997, M^{me} McKay-Panos a déposé une plainte auprès de la Direction des transports accessibles de l'Office. Elle a demandé qu'on lui fasse des excuses pour le traitement peu courtois qu'elle a prétendument reçu et elle a demandé qu'on oblige Air Canada à se doter de sièges conçus pour les personnes obèses qui sont disposées à payer des frais supplémentaires raisonnables.

[11] En réponse, Air Canada a offert ses excuses. Elle a également offert de rembourser le coût du billet de classe affaire pour le vol Toronto-Calgary et de mettre en place un certain nombre de mesures visant à répondre à la plainte formulée par l'appelante, notamment l'émission d'une directive soulignant le fait que les sièges près cloison ne conviennent pas aux personnes obèses.

[12] Air Canada a également mentionné que sa politique quant aux voyages en Amérique du Nord consiste à offrir aux personnes qui ont besoin d'un siège supplémentaire la possibilité d'acheter un deuxième billet pour un montant équivalant à la moitié du tarif adulte ou pour un montant équivalant à 100 p. 100 du tarif excursion. Subsidiairement, un billet pour un siège individuel en classe affaire peut être acheté ou, si l'espace le permet, l'utilisation de deux sièges pour le tarif applicable à un seul siège sera accordée s'il reste suffisamment de places disponibles.

[13] L'appelante a remercié Air Canada pour sa réponse mais elle s'est élevée contre certaines explications concernant le traitement qu'elle a prétendument reçu de la part du personnel du service à la clientèle à Toronto. Elle a également estimé que la politique d'Air

adequately deal with her request for alternative seating.

Canada à l'égard des personnes qui ont besoin d'un siège supplémentaire n'a pas répondu adéquatement à ses besoins en matière de solution de rechange.

Relevant Statutory Provisions

[14] The following relevant provisions of the CTA provide for the national transportation policy and the transportation of persons with disabilities:

NATIONAL TRANSPORTATION POLICY

5. It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

...

(g) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

...

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

...

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation.

...

PART V TRANSPORTATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

170. (1) The Agency may make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network

Les dispositions législatives pertinentes

[14] Les dispositions pertinentes suivantes de la LTC concernent la politique nationale des transports et le transport des personnes ayant une déficience :

POLITIQUE NATIONALE DES TRANSPORTS

5. Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs—y compris des personnes ayant une déficience—en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel :

[...]

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas :

[...]

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

[...]

Il est en outre déclaré que la présente loi vise la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports.

[...]

PARTIE V TRANSPORT DES PERSONNES AYANT UNE DÉFICIENCE

170. (1) L'Office peut prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport

under the legislative authority of Parliament to the mobility of persons with disabilities, including regulations respecting

...

(c) tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities or incidental services; and

(d) the communication of information to persons with disabilities.

...

171. The Agency and the Canadian Human Rights Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complementary policies and practices and to avoid jurisdictional conflicts.

172. (1) The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(2) Where the Agency is satisfied that regulations made under subsection 170(1) that are applicable in relation to a matter have been complied with or have not been contravened, the Agency shall determine that there is no undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(3) On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both. [Emphasis added.]

The Proceedings Before the Agency

[15] Because obesity as a disability was an issue which had never been considered, the Agency invited pleadings on the preliminary jurisdictional issue of whether obesity constitutes a disability for the purposes of Part V of the CTA. The issue as to whether there was an undue obstacle would be considered during a subsequent hearing, if obesity were found to constitute a disability. This preliminary hearing was held from September 24 to 27 and October 1 to 3, 2001 in Calgary and led to what came to be known as “the Calgary

assujetti à la compétence législative du Parlement, aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et peut notamment, à cette occasion, régir :

[...]

c) toute mesure concernant les tarifs, taux, prix, frais et autres conditions de transport applicables au transport et aux services connexes offerts aux personnes ayant une déficience;

d) la communication d'information à ces personnes.

[...]

171. L'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence.

172. (1) Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

(2) L'Office rend une décision négative à l'issue de son enquête s'il est convaincu de la conformité du service du transporteur aux dispositions réglementaires applicables en l'occurrence.

(3) En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le versement d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux. [Non souligné dans l'original.]

Les procédures tenues devant l'Office

[15] Parce que l'obésité en tant que déficience était une question qui n'avait jamais été examinée, l'Office a sollicité des plaidoiries quant à la question de compétence préliminaire qui consiste à savoir si l'obésité constitue une déficience au sens de la partie V de la LTC. La question de savoir s'il y avait un obstacle abusif serait examinée lors d'une audience ultérieure si on concluait que l'obésité constituait une déficience. L'audience préliminaire a été tenue entre le 24 et le 27 septembre 2001 et entre le 1^{er} et le 3 octobre 2001 à

decision” [decision No. 646-AT-A-2001].

[16] During these proceedings, the Agency received expert evidence on models of disability, including the World Health Organization’s *International Classification of Functioning, Disability and Health*, Geneva, 2001 (the ICF model), which identifies three elements for determining whether a person has a disability: impairment, activity limitations, and participation restrictions.

[17] Unlike the medical model, which focuses only on the medical condition of the person, the ICF model looks at the medical condition (called “impairment”) and then considers the activity limitations resulting from the condition. The activity limitations are defined as difficulties an individual may have in executing a task or an action. Under participation restrictions, consideration is given to the impact of the activity limitations on the ability of the person to participate in basic life situations.

[18] Air Canada took the position that this model was appropriate for determining whether obesity is a disability for purposes of the CTA (Calgary decision, page 31). Consistent with this position, Air Canada also conceded that it is not necessary for a health condition to be a disease in order for it to be a disability under the CTA (Calgary decision, page 31), and that etiology (i.e., the cause of the condition) is not relevant to this determination (Calgary decision, page 18).

[19] On December 12, 2001, the Agency released the Calgary decision. It held that obesity, *per se*, is not a disability for the purposes of Part V of the CTA. However it recognized that there may be individuals in the population of persons who are obese, who have a disability for the purposes of Part V of the CTA which can be attributed to their obesity (Calgary decision, page 35).

Calgary et elle a mené à ce que l’on a appelé « la décision de Calgary » [décision n° 646-AT-A-2001].

[16] Au cours des procédures susmentionnées, l’Office a reçu une preuve d’expert quant aux modèles de déficience, notamment quant à la *Classification internationale du fonctionnement, handicap et de la santé*, Genève, 2001, de l’Organisation mondiale de la santé (le modèle CIF) dans laquelle il est fait état de trois éléments qui servent à établir si une personne a une déficience : les invalidités, les limitations d’activité et les restrictions de participation.

[17] Contrairement au modèle médical, dans lequel on met uniquement l’accent sur l’état de santé de la personne, dans le modèle CIF, on examine l’état de santé (appelé « invalidité »), puis on examine les limitations d’activité découlant de cet état. Les limitations d’activité sont définies comme étant des difficultés qu’une personne peut éprouver lors de l’exécution d’une tâche ou d’une action. En ce qui concerne les restrictions de participation, on tient compte de l’incidence des limitations d’activité sur la capacité de la personne à s’adonner à des activités élémentaires de la vie courante.

[18] Air Canada a adopté le point de vue que le modèle susmentionné était celui qu’il convenait d’utiliser pour établir si l’obésité est une déficience au sens de la LTC (décision de Calgary, page 31). En accord avec ce point de vue, Air Canada a également reconnu qu’il n’est pas nécessaire qu’un état de santé soit une maladie pour qu’il constitue une déficience au sens de la LTC (décision de Calgary, page 31) et que l’étiologie (c’est-à-dire la cause de l’état) n’a aucune pertinence quant à la décision (décision de Calgary, page 18).

[19] Le 12 décembre 2001, l’Office a publié la décision de Calgary. On a jugé dans cette décision que l’obésité, en soi, n’est pas une déficience au sens de la partie V de la LTC. Toutefois, on a reconnu qu’il pouvait y avoir des personnes dans la population qui sont obèses, qui souffrent d’une déficience au sens de la partie V de la LTC et que cette déficience peut être occasionnée par leur obésité (décision de Calgary, page 35).

[20] The Agency adopted the ICF model as a useful tool for the purpose of addressing these individual cases. Referring to this model, it held that an impairment was a prerequisite to a finding of disability but was not, in itself, sufficient to support a conclusion that a person has a disability for purposes of the CTA. In order to qualify, the impairment must give rise to activity limitations and/or participation restrictions in the federal transportation network (Calgary decision, page 35).

[21] The Agency summarized its conclusions as follows (Calgary decision, page 35):

(i) the evidence presented on the question of whether obesity is a disease and in respect of the association between obesity and health problems, including co-morbidities, and health-related quality of life was useful to inform the Agency on the subject of obesity, but it does not determine whether obesity is a disability for the purposes of Part V of the CTA;

(ii) there must be an impairment in order for there to be a disability for the purposes of Part V of the CTA;

(iii) impairment, alone, is insufficient to support the conclusion that obesity is a disability for the purposes of Part V of the CTA;

(iv) on the basis of the evidence presented, the Agency concludes that obese persons do not necessarily experience activity limitations and/or participation restrictions in the context of the federal transportation network;

(v) in order to find that an obese person is disabled for the purposes of the CTA, it is necessary to find that the person experiences activity limitations and/or participation restrictions in the context of the federal transportation network; and

(vi) fact-based evidence of the presence of activity limitations and/or participation restrictions is necessary to support a conclusion that a person who is obese is a person with a disability.

[22] Having so decided, the Agency invited submissions on whether the appellant's obesity constituted a disability for the purposes of the CTA. In her submissions the appellant, adhering to the ICF model, argued that her obesity was an impairment and highlighted what she believed to be the most significant limitation which she encountered: the seat.

[20] L'Office a adopté le modèle CIF comme outil utile pour traiter ces cas individuels. Renvoyant à ce modèle, il a décidé qu'une invalidité était une condition préalable pour que l'on conclue à la déficience mais ne suffisait pas, en soi, à étayer une conclusion qu'une personne souffre d'une déficience au sens de la LTC. Afin de se qualifier, l'invalidité doit donner lieu à des limitations d'activité et (ou) à des restrictions de participation dans le cadre du réseau fédéral de transport (décision de Calgary, page 35).

[21] L'Office a résumé ses conclusions de la manière suivante (décision de Calgary, page 35) :

(i) que la preuve produite sur la question de savoir si l'obésité est une maladie et au sujet de l'association entre l'obésité et les problèmes de santé, notamment les comorbidités et la qualité de vie liée à la santé, a été instructive sur la question de l'obésité, mais qu'elle ne permet pas de déterminer si l'obésité est une déficience aux termes de la partie V de la LTC;

(ii) qu'il faut qu'il y ait invalidité pour qu'il y ait déficience aux termes de la partie V de la LTC;

(iii) qu'une invalidité à elle seule ne suffit pas à conclure que l'obésité est une déficience aux termes de la partie V de la LTC;

(iv) que d'après la preuve produite, les personnes obèses ne se heurtent pas forcément à des limitations d'activité et/ou à des restrictions de participation dans le cadre du réseau fédéral de transport;

(v) que, pour déterminer qu'une personne obèse a une déficience aux termes de la LTC, il est nécessaire de démontrer que la personne se heurte à des limitations d'activité et/ou des restrictions de participation dans le cadre du réseau fédéral de transport;

(vi) qu'une preuve factuelle de l'existence de limitations d'activité et/ou des restrictions de participation est nécessaire pour conclure qu'une personne obèse est une personne ayant une déficience.

[22] Cela étant, l'Office a sollicité des observations quant à la question de savoir si l'obésité de l'appelante constituait une déficience au sens de la LTC. Dans ses observations, l'appelante, adhérant au modèle CIF, a prétendu que son obésité était une déficience et elle a souligné que c'était le siège qui avait été, selon elle, la limitation la plus importante qu'elle avait rencontrée.

The Decision in Issue

[23] In a split decision, the Agency, composed of the same three-member panel that rendered the Calgary decision, dismissed the appellant's complaint. The majority concluded that the appellant inappropriately relied on the ICF model to establish her disability. It equated the limitation encountered by the appellant to an obstacle, and held that considering the obstacle in determining the appellant's disability was inconsistent with the scheme of the CTA. The majority went on to find that the appellant's obesity did not constitute a disability for the purposes of Part V of the CTA and dismissed her complaint on that basis.

[24] The dissenting member noted that the ICF model had been accepted in the Calgary decision and expressed the view that the majority, in refusing to consider the seat, was in effect revisiting the Calgary decision. Relying on the ICF model, he concluded that the appellant's obesity was an impairment and that she had been subject to an activity limitation because of the seat. He also found that she encountered participation restrictions in that she experienced difficulties in travelling that the average person does not. The dissenting member went on to hold that the appellant was disabled for purposes of the CTA and would have moved on to consider whether the seat was an undue obstacle.

[25] On January 14, 2003, the Federal Court of Appeal granted the appellant leave to appeal and the present appeal ensued. The appeal was not heard earlier by reason of an outstanding stay of proceedings arising out of Air Canada's recent bankruptcy which was lifted on September 30, 2004.

Position of the Parties

[26] On appeal, the appellant submits that the majority committed a reviewable error by discarding the Calgary decision which had gone unappealed. According to the appellant, the CTA contemplates a contextual assessment of disability since it requires that "undue obstacles" to the transportation of "persons with disabilities" be encountered (subsections 170(1) and 172(3) are relied upon). The appellant submits that the minority member properly applied the Calgary decision

La décision en litige

[23] Dans une décision partagée, l'Office, composé de la même formation de trois membres qui avait rendu la décision de Calgary, a rejeté la plainte de l'appelante. La majorité a conclu que l'appelante avait invoqué à tort le modèle CIF pour faire la preuve de sa déficience. L'Office a assimilé la limitation rencontrée par l'appelante à un obstacle et a jugé que tenir compte de l'obstacle pour établir la déficience de l'appelante était incompatible avec l'esprit de la LTC. La majorité a ensuite conclu que l'obésité de l'appelante ne constituait pas une déficience au sens de la partie V de la LTC et a rejeté la plainte de cette dernière pour ce motif.

[24] Le membre dissident a souligné que le modèle CIF a été accepté dans la décision de Calgary et a exprimé l'opinion que la majorité, en refusant de tenir compte du siège, se trouvait en fait à revoir la décision de Calgary. Invoquant le modèle CIF, il a conclu que l'obésité de l'appelante constituait une déficience et qu'elle avait fait l'objet d'une limitation d'activité en raison du siège. Il a également conclu qu'elle avait rencontré des restrictions de participation du fait qu'elle avait éprouvé des difficultés à voyager, difficultés que les personnes ordinaires ne rencontrent pas. Le membre dissident a ajouté que l'appelante avait une déficience au sens de la LTC et qu'il aurait ensuite examiné si le siège constituait un obstacle abusif.

[25] Le 14 janvier 2003, la Cour d'appel fédérale a accordé à l'appelante la permission d'interjeter appel, d'où le présent appel. L'appel n'a pas été entendu plus tôt en raison d'un arrêt des procédures découlant de la faillite d'Air Canada. Cet arrêt des procédures a été levé le 30 septembre 2004.

La position des parties

[26] En appel, l'appelante prétend que la majorité a commis une erreur susceptible de révision en rejetant la décision de Calgary, laquelle n'a pas été portée en appel. Selon l'appelante, la LTC envisage une appréciation contextuelle de la déficience car elle exige que des « obstacles abusifs » dans le transport d'une « personne ayant une déficience » soient rencontrés (paragraphe 170(1) et 172(3) sont invoqués). L'appelante prétend que le membre minoritaire a correctement appliqué la

and arrived at the correct conclusion for the reasons that he gave.

[27] According to Air Canada, the majority properly concluded that the obstacle cannot be considered in assessing the appellant's disability. Counsel conceded that the appellant's obesity is an impairment pursuant to the ICF model, but argued that this is not sufficient to support a conclusion that she is disabled for purposes of the CTA. Counsel also stressed the fact that accepting obesity as a disability in this case could have important repercussions on the airline industry, having regard to the significant portion of the population which potentially fall within that category.

[28] The intervener argues that obesity *per se* is a disability under the CTA and that the Calgary decision improperly adopted a "bifurcated" process which does not accord with the Agency's statutory mandate to accommodate disabled persons. I must confess that I have found these submissions to be of limited assistance since they are directed against the Calgary decision which is not under appeal.

Analysis and Decision

Question in Issue

[29] In the course of its analysis, the majority states that in order to provide a corrective measure under subsection 172(3) of the Act, it must be satisfied that:

1. there is a person with a disability;
2. this person has encountered an obstacle; and
3. this obstacle is undue.

According to the majority, "[t]hese three steps are clearly delineated by Parliament and the Agency must take the CTA as it finds it" (reasons, page 7).

[30] It is the integrity of this three-step process which, according to the majority, would be jeopardized if the Agency were to consider the obstacle at the first stage.

décision de Calgary et est arrivé à la bonne conclusion, et ce, pour les motifs qu'il a exposés.

[27] Selon Air Canada, la majorité a eu raison de conclure que l'obstacle ne doit pas être pris en compte lorsqu'il s'agit d'évaluer la déficience de l'appelante. L'avocat a concédé que l'obésité de l'appelante est une invalidité en vertu du modèle CIF, mais il prétend que cela ne suffit pas à étayer une conclusion que l'appelante avait une déficience au sens de la LTC. L'avocat a également souligné que le fait d'accepter que l'obésité est une déficience en l'espèce pourrait avoir d'importantes répercussions sur l'industrie du transport aérien, compte tenu de la partie importante de la population qui pourrait s'inscrire dans cette catégorie.

[28] L'intervenant prétend que l'obésité en soi est une déficience en vertu de la LTC et que, dans la décision de Calgary, on a adopté à tort un processus « bifurqué » qui n'est pas conforme au mandat conféré par la loi à l'Office de répondre aux besoins des personnes ayant une déficience. Je dois avouer que, selon moi, ces observations étaient peu utiles car elles visent directement la décision de Calgary dont il n'a pas été interjeté appel.

L'analyse et la décision

La question en litige

[29] Au cours de son analyse, la majorité déclare que, afin d'apporter des mesures correctives en vertu du paragraphe 172(3) de la Loi, l'Office doit être convaincu que :

1. il y a une personne ayant une déficience;
2. cette personne a fait face à un obstacle;
3. cet obstacle était abusif.

Selon la majorité, « ces trois étapes sont clairement délimitées par le Parlement et l'Office doit prendre la LTC telle qu'elle est » (motifs, page 7).

[30] C'est l'intégrité de ce processus en trois étapes qui, selon la majorité, serait compromise si l'Office examinait l'obstacle à la première étape. La prise en

In particular, taking into account the obstacle in ascertaining whether a person is disabled would compromise the Agency's duty to address the obstacle at the second stage. The majority read into this three-stage process a statutory direction that the obstacle not be considered at the first stage.

[31] The exact reasoning of the majority is encapsulated in the following passage (reasons, page 8):

The Agency does not accept [the ICF] way of proceeding because it requires the Agency, when assessing the disability of a person, to focus on the obstacle, namely the seat. Such an approach disregards the three steps delineated by the CTA which directs the Agency to consider the obstacle when assessing the obstacle, not when assessing the disability of an applicant. It is not the obstacle that makes a person deaf, blind or paraplegic and the Agency does not agree that it should be different in the case of obesity. The Agency considers that the ICF, as a useful tool, must be read in conjunction with the CTA, not the contrary. Otherwise, it would be tantamount to saying that the ICF supersedes the CTA, a conclusion that the Agency, as an administrative Tribunal, has no authority to reach. Under the framework of Part V of the CTA, before the Agency discusses the obstacle, it must predetermine that Ms. McKay-Panos is in fact a person with a disability.

[32] The sole issue in this appeal is whether the majority properly held that the CTA effectively directs that the obstacle not be considered in determining whether a person is disabled within the meaning of Part V.

Standard of Review

[33] It is not necessary to undertake a detailed analysis to determine the applicable standard of review in respect of this question. Whether the CTA rules out consideration of the obstacle at the first stage is a pure question of statutory construction. Section 41 of the CTA provides that an appeal lies from the Agency to this Court on questions of law or jurisdiction on leave being obtained. While not decisive, a statutory right of appeal suggests a more searching standard of review. Determining what constitutes a disability under Part V is clearly jurisdictional and this is not an issue with respect to which the Agency has had occasion to develop any meaningful experience. Statutory interpretation is ultimately the province of the judiciary.

compte de l'obstacle afin de déterminer si une personne a une déficience compromettrait notamment le devoir qu'a l'Office d'examiner l'obstacle à la deuxième étape. Selon la majorité, ce processus à trois étapes comprend une directive législative que l'obstacle ne doit pas être examiné à la première étape.

[31] Le raisonnement précis de la majorité est formulé dans le passage suivant (motifs, page 8) :

L'Office n'accepte pas cette façon d'agir parce que cela oblige l'Office, lorsqu'il évalue la déficience d'une personne, à se concentrer sur l'obstacle, c'est-à-dire le siège. Une telle approche passe outre les trois étapes délimitées par la LTC qui suggèrent à l'Office de considérer l'obstacle au moment d'évaluer l'obstacle et non pas à l'étape où il doit évaluer la déficience d'un demandeur. Ce n'est pas l'obstacle qui rend une personne sourde, aveugle ou paraplégique et l'Office n'est pas d'accord pour dire que ce devrait être différent dans le cas de l'obésité. L'Office estime que la CIF, un outil utile, doit être lue parallèlement avec la LTC et non le contraire. Autrement, cela équivaldrait à dire que la CIF a préséance sur la LTC, une conclusion que l'Office, en tant que tribunal administratif, n'a pas l'autorité d'entériner. Dans le cadre de la partie V de la LTC, avant que l'Office discute de l'obstacle, il doit avoir, au préalable, déterminer que M^{me} McKay-Panos est effectivement une personne ayant une déficience.

[32] La seule question en litige dans le présent appel consiste à savoir si la majorité a eu raison de conclure que la LTC prescrit, en effet, que l'obstacle ne doit pas être examiné lorsque l'on évalue si une personne a une déficience au sens de la partie V.

La norme de contrôle

[33] Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse détaillée si on veut décider quelle est la norme de contrôle applicable à la question susmentionnée. La question de savoir si la LTC exclut l'examen de l'obstacle à la première étape est une question d'interprétation des lois. L'article 41 de la LTC prévoit qu'il peut être interjeté appel de la décision de l'Office à la Cour sur des questions de droit ou de compétence, et ce, avec l'autorisation de la Cour. Bien qu'il ne soit pas déterminant, un droit d'appel prévu par la loi donne à penser qu'une norme de contrôle plus stricte s'applique. Déterminer ce qui constitue une déficience en vertu de la partie V est nettement une question de compétence et ce n'est pas une question à l'égard de

In my view, the applicable standard is correctness.

Disposition

[34] Despite having held that obesity can, on a case-by-case basis, be found to be a disability for purposes of the CTA and inviting the appellant to show through fact-based evidence that she experienced activity limitations, the majority refused to take into account the limitation which the appellant identified: the seat.

[35] In her response to the Agency's invitation, the appellant explained that her activity limitation mainly results from the requirement of sitting in a seat that cannot accommodate her dimension. As was noted earlier, the appellant had great difficulty forcing herself into the seat. Neither she nor the person next to her could access the tray tables because her hips spread onto the armrests and she was repeatedly bumped into by the service carts. As a result, she suffered what she described as terrible pain.

[36] The majority refused to consider this evidence. It explained that the ICF model was a useful tool but nothing more. The majority reasoned that applying this model would, in effect, result in a category of persons (i.e. those who are obese) qualifying as persons with disabilities under the Act. According to the majority, the ICF model cannot displace the CTA (reasons, page 8).

[37] Although the majority correctly asserts that the determination of whether a person is disabled must be based on the CTA, it erred when it held that the CTA directs that the obstacle (i.e. the seat) cannot be considered in making this determination. There is no basis for the conclusion that considering the seat at the disability stage would pre-empt or compromise the exercise of the Agency's jurisdiction at a later stage.

laquelle l'Office possède une grande expérience. L'interprétation législative relève en bout de ligne de la compétence des cours de justice. Selon moi, la norme applicable est celle de la décision correcte.

La décision

[34] Malgré qu'elle ait jugé que l'obésité peut, dans certains cas, être considérée comme étant une déficience aux fins de la LTC et qu'elle ait invité la demanderesse à démontrer par une preuve fondée sur les faits qu'elle s'est heurtée à des limitations d'activité, la majorité a refusé de tenir compte de la limitation mentionnée par l'appelante, c'est-à-dire le siège.

[35] Dans sa réponse à l'invitation de l'Office, l'appelante a expliqué que sa limitation d'activité découlait principalement du fait qu'elle devait s'asseoir sur un siège qui n'était pas assez large pour elle. Comme il a déjà été souligné, l'appelante a eu beaucoup de difficulté à s'asseoir sur le siège. Ni l'appelante, ni la personne qui était assise à côté d'elle ne pouvait avoir accès aux tables-plateaux parce que les hanches de l'appelante débordaient sur les accoudoirs. De plus, on a heurté l'appelante à maintes reprises avec les chariots de service. Par conséquent, l'appelante a enduré ce qu'elle a décrit comme étant une terrible douleur.

[36] La majorité a refusé d'examiner cette preuve. Elle a expliqué que le modèle CIF était un outil utile, mais rien de plus. La majorité a jugé que l'application du modèle CIF créerait, de fait, une catégorie de personnes (c'est-à-dire les personnes obèses) ayant une déficience au sens de la Loi. Selon la majorité, le modèle CIF ne peut pas supplanter la LTC (motifs, page 8).

[37] Bien que la majorité affirme à juste titre que la réponse à la question de savoir si une personne a une déficience doit reposer sur la LTC, elle a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que, en vertu de la LTC, on ne doit pas tenir compte de l'obstacle (c'est-à-dire le siège) pour répondre à cette question. Il n'existe aucun fondement à l'appui de la conclusion que tenir compte du siège à l'étape de la déficience empêcherait ou compromettrait l'exercice de la compétence de l'Office à une étape ultérieure.

[38] Under the CTA, no statutory consequence of any sort attaches to a finding that a person has encountered an obstacle. It is only if an obstacle is found to be “undue” that the jurisdiction of the Agency to provide a remedy is triggered. The word “obstacle” appears nowhere in the relevant provisions of the Act without the qualifier “undue”. While an undue obstacle obviously assumes the existence of an obstacle, nothing flows from the recognition of the obstacle as such.

[39] It follows that the only obstacle of relevance under the CTA is an “undue obstacle” and the Agency in no way impedes or pre-empts its ability to act at that later stage by considering the obstacle at the first stage. Indeed, it is difficult to see how a person can be considered to be disabled under the Act unless he or she can show that an obstacle has been encountered on account of the alleged disability.

[40] In my view, it would require very clear words to hold that the existence of a disability is to be determined without regard to context. Arguably, no disability exists in the abstract. As was stated by Binnie J. for a unanimous Court in *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, a case involving workplace discrimination on account of an alleged disability [at paragraphs 28-29]:

A disability, unlike, for example, race or colour, may entail pertinent functional limitations. . . . An individual may suffer severe impairments that do not prevent him or her from earning a living. Beethoven was deaf when he composed some of his most enduring works. Franklin Delano Roosevelt, limited to a wheelchair as a result of polio, was the only President of the United States to be elected four times. Terry Fox, who lost a leg to cancer, inspired Canadians in his effort to complete a coast-to-coast marathon even as he raised millions of dollars for cancer research. Professor Stephen Hawking, struck by amyotrophic lateral sclerosis and unable to communicate without assistance, has nevertheless worked with well-known brilliance as a theoretical physicist. (Indeed, with perhaps bitter irony, Professor Hawking is reported to have said that his disabilities give him more time to think.) The fact they have steady work does not, of course, mean that these individuals are necessarily free of discrimination in the workplace. Nor would anyone suggest that, measured against a yardstick other than employment (access to medical care for

[38] En vertu de la LTC, aucune conséquence prévue par la loi, quelle qu'elle soit, n'est rattachée à une conclusion voulant qu'une personne se soit heurtée à un obstacle. Ce n'est que si un obstacle est jugé « abusif » que la compétence de l'Office d'accorder une réparation est déclenchée. Le mot « obstacle » ne figure nulle part dans les dispositions pertinentes de la Loi sans le qualificatif « abusif ». Bien qu'un obstacle abusif suppose l'existence d'un obstacle, rien ne découle de la reconnaissance de l'obstacle en tant que tel.

[39] Il s'ensuit que le seul obstacle qui est pertinent en vertu de la LTC est un « obstacle abusif » et l'Office n'entrave aucunement sa capacité d'agir au dernier stade en examinant l'obstacle à la première étape. En effet, il est difficile de voir comment une personne peut être considérée comme ayant une déficience en vertu de la Loi, à moins qu'elle ne démontre qu'elle s'est heurtée à un obstacle en raison de la prétendue déficience.

[40] Selon moi, il faudrait des termes très clairs pour conclure que l'existence d'une déficience doit être établie sans égard au contexte. Il est permis de penser qu'aucune déficience n'existe dans l'abstrait. Comme le juge Binnie l'a déclaré dans un jugement unanime dans l'arrêt *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, dans lequel il était question de discrimination en milieu de travail en raison d'une prétendue déficience [aux paragraphes 28 et 29] :

Contrairement à la race ou à la couleur, par exemple, une déficience peut entraîner des limitations fonctionnelles pertinentes [...] Une personne peut souffrir de graves affections qui ne l'empêchent pas de gagner sa vie. Beethoven était sourd lorsqu'il a composé certaines de ses plus grandes œuvres. Franklin Delano Roosevelt, confiné à un fauteuil roulant par la polio, a été le seul président américain à être élu quatre fois. Terry Fox, qui avait perdu une jambe à cause du cancer, a inspiré les Canadiens en entreprenant un marathon d'un océan à l'autre et en recueillant des millions de dollars pour la recherche sur le cancer. Le professeur Stephen Hawking, atteint de sclérose latérale amyotrophique et incapable de communiquer sans aide, s'est néanmoins brillamment illustré en tant que physicien théoricien. (Il aurait même dit, peut-être avec une ironie teintée d'amertume, que ses déficiences lui donnaient plus de temps pour réfléchir.) Il va sans dire que, même si elles ont un emploi stable, ces personnes ne sont pas nécessairement à l'abri de toute discrimination dans leur milieu de travail. Nul ne prétendrait

example), they are not persons with daunting disabilities.

The concept of disability must therefore accommodate a multiplicity of impairments, both physical and mental, overlaid on a range of functional limitations, real or perceived, interwoven with recognition that in many important aspects of life the so-called “disabled” individual may not be impaired or limited in any way at all. [Emphasis added.]

[41] Parliament did not define the word “disability” under the CTA. The only statutory reference throughout is to “persons with disabilities” in both the singular and the plural forms (see the preamble to section 5 and subparagraph 5(g)(ii), as well as subsection 170(1), section 171, and subsections 172(1), (3)). Nevertheless, there can be no doubt when regard is had to the scope and purpose of the accessibility provisions of the CTA that Parliament had in mind “persons with disabilities” in the context of the federal transportation network who are confronted with “an undue obstacle to [their] mobility” (subsection 172(3)). Whether a person comes within the class of persons contemplated by Parliament must be determined by reference to his or her impairment and the particular limitation encountered by reason of this impairment in the course of transport.

[42] In light of the concession that the appellant suffers from an impairment and the fact that she has encountered an activity limitation on account of this impairment, the only conclusion open to the Agency was that the appellant is a person with a disability under the CTA.

[43] In holding that the appellant’s obesity did not constitute a disability, the majority was obviously influenced by Air Canada’s floodgate argument. It drew support from the decision of the Federal Court of Appeal in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25, at paragraph 39 (reasons, page 5). In that case, Sexton J.A., writing for the Court, explained that the Agency must engage in the delicate task of weighing the potentially diverging interests which the CTA seeks to advance in ensuring a

non plus que ces personnes n’ont pas de déficience grave, si on les évalue en fonction d’un autre critère que l’emploi (celui de l’accès aux soins de santé par exemple).

La notion de déficience doit donc englober une multitude d’affections tant physiques que mentales, superposées à une gamme de limitations fonctionnelles, réelles ou perçues, tout en reconnaissant la possibilité que la personne dite « déficiente » ne souffre d’aucune affection ni d’aucune limite en ce qui a trait à de nombreux aspects importants de sa vie. [Non souligné dans l’original.]

[41] Le législateur n’a défini nulle part le mot « déficience » dans la LTC. Le seul renvoi que l’on trouve à plusieurs reprises est « personne(s) ayant une déficience » au singulier et au pluriel (voir la disposition introductive de l’article 5, le sous-alinéa 5g)(ii), le paragraphe 170(1), l’article 171 et les paragraphes 172(1), (3)). Néanmoins, il ne fait aucun doute, lorsque l’on considère la portée et l’objet des dispositions relatives à l’accessibilité de la LTC, que le législateur avait à l’esprit les « personnes ayant une déficience » dans le cadre du réseau fédéral de transport qui se heurtent à un « obstacle abusif à [leur] circulation » (paragraphe 172(3)). La question de savoir si une personne relève de la catégorie des personnes visées par le législateur doit être tranchée en fonction de son invalidité ainsi que de la limitation particulière à laquelle elle s’est heurtée, du fait de son invalidité, au cours du transport.

[42] Compte tenu de la concession que l’appelante souffre d’une invalidité et compte tenu qu’elle s’est heurtée à une limitation d’activité en raison de cette invalidité, la seule conclusion que pouvait tirer l’Office était que l’appelante est une personne ayant une déficience au sens de la LTC.

[43] En concluant que l’obésité de l’appelante ne constituait pas une déficience, la majorité a manifestement été influencée par l’argument de l’avalanche de poursuites d’Air Canada. Elle s’est fondée sur la décision rendue par la Cour d’appel fédérale dans *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25, au paragraphe 39 (motifs, page 5). Dans cette décision, le juge Sexton, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué que l’Office doit procéder à la tâche délicate qui consiste à soupeser

viable and efficient transport network at competitive rates without undue obstacles to the mobility of persons with disabilities. However, as the *VIA Rail* decision makes clear, it is at the undueness analysis stage that the Agency should engage in this weighing exercise and not at the disability stage.

[44] In this regard, the relative ease with which the existence of a disability can be established at the first stage should not be construed as preventing the Agency from having regard to all relevant considerations at the undue obstacle stage of the analysis including, for instance, etiology if it is shown to be relevant. It is for the Agency to determine in the first instance the scope of its review and since it has yet to conduct the undueness analysis, it would be inappropriate to rule out any consideration at this juncture.

[45] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Agency, and refer the matter back to the Agency so that it may determine whether the appellant, as a person with a disability, has encountered an undue obstacle to her mobility. The appellant should have her costs as against the respondent, Air Canada, and the intervener should assume its own costs.

ROTHSTEIN J.A. : I agree.

MALONE J.A. : I agree.

les intérêts potentiellement divergents que la LTC cherche à faire valoir en voyant à ce qu'il existe un réseau de transport viable et efficace, à taux concurrentiel, libre d'obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Toutefois, il ressort clairement de la décision *VIA Rail* que c'est à l'étape de l'analyse du caractère abusif que l'Office devrait entreprendre cet exercice d'appréciation et non pas à l'étape de la déficience.

[44] À cet égard, l'aisance relative avec laquelle l'existence d'une déficience peut être établie lors de la première étape ne devrait pas être interprétée comme empêchant l'Office de tenir compte de l'ensemble des considérations pertinentes à l'étape de l'obstacle abusif de l'analyse notamment, par exemple, de l'étiologie, s'il est démontré qu'elle est pertinente. Il incombe à l'Office de juger en premier lieu de la portée de son examen et comme il n'a pas encore procédé à l'analyse du caractère abusif, il ne conviendrait pas de rejeter tout examen à ce stade.

[45] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, annulerais la décision de l'Office et renverrais l'affaire à l'Office afin qu'il puisse décider si l'appelante, à titre de personne ayant une déficience, s'est heurtée à un obstacle abusif à ses possibilités de déplacement. L'appelante a droit au paiement de ses dépens par l'intimée, Air Canada, et l'intervenant devra payer ses propres dépens.

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.