

2015 FCA 153

A-105-14

A-111-14

A-112-14

2015 CAF 153

A-105-14

A-111-14

A-112-14

**Robert Adamson et al. and Air Canada and Air Canada Pilots Association** (*Appellants*)

**Robert Adamson et autres et Air Canada et l'Association des pilotes d'Air Canada** (*appelants*)

v.

c.

**Canadian Human Rights Commission and Donald Paxton** (*Respondents*)

**La Commission canadienne des droits de la personne et Donald Paxton** (*intimés*)

**INDEXED AS: ADAMSON v. CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION)**

**RÉPERTORIÉ : ADAMSON c. CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Trudel and Boivin J.J.A.—Ottawa, January 20 and June 26, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Trudel et Boivin, J.C.A.—Ottawa, 20 janvier et 26 juin 2015.

*Human Rights — Appeals from Federal Court decision disposing of five applications for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal decision dismissing group of complainants made under Canadian Human Rights Act — Complainants, all past members of Air Canada Pilots Association (ACPA), former employees of Air Canada, forced to retire at age 60 due to mandatory retirement rule (MRR) in collective agreement between Air Canada, ACPA — Complainants alleging that MRR constituting discriminatory practice under Act — Tribunal finding in particular that MRR constituting prima facie discrimination but accepting Air Canada's defence under Act, s. 15(1)(c), concluding that age 60 normal age of retirement for pilots in Canada — Federal Court, inter alia, accepting complainants challenge of Tribunal's finding on normal age of retirement — What was appropriate appellate standard of review in present case? — Whether Federal Court choosing, applying appropriate standard of review when discussing Tribunal's conclusion on normal age of retirement — Whether Tribunal erring in concluding that age 60 constituting normal age of retirement for pilots in Canada during years at issue — Whether Tribunal otherwise erring in concluding that complaints should be dismissed on basis of Act, s. 15(1)(c) — Standard of reasonableness constituting applicable standard of review to Tribunal's identification of appropriate comparator group for determining normal age of retirement — While Federal Court choosing proper standard of review, not applying standard correctly — Also not properly applying reasonableness standard to Tribunal's assessment of normal age of retirement — Federal Court applying factors in Vilven v. Air Canada (Vilven F.C.) to evidence in present case to reach own conclusion — However, factors set out in Vilven F.C. not formula that Tribunal having to get right to survive challenge on judicial*

*Droits de la personne — Appels interjetés à l'encontre d'un jugement de la Cour fédérale ayant tranché cinq demandes de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne qui a rejeté un ensemble de plaintes présentées en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne (la Loi) — Les plaignants étaient tous d'anciens membres de l'Association des pilotes d'Air Canada (l'APAC) et d'anciens employés d'Air Canada que la règle de retraite obligatoire (RRO) figurant dans la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC a contraints à prendre leur retraite à l'âge de 60 ans — Les plaignants ont porté plainte en faisant valoir que la RRO constituait un acte discriminatoire au sens de la Loi — Le Tribunal a conclu en particulier que la RRO était de prime abord constitutive de discrimination (prima facie) mais a admis le moyen de défense invoqué par Air Canada en vertu de l'art. 15(1)c, en concluant que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes au Canada — La Cour fédérale a accepté entre autres que les plaignants attaquent la conclusion du Tribunal concernant l'âge normal de la retraite — Il s'agissait : de savoir en l'espèce quelle était la norme appropriée d'examen en appel; de déterminer si la Cour fédérale a choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne l'examen de la conclusion du Tribunal sur l'âge normal de la retraite; de savoir si le Tribunal a conclu erronément que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes au Canada pendant les années visées par le litige; de déterminer si le Tribunal a autrement commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il fallait rejeter les plaintes sur le fondement de l'art. 15(1)c) — La décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à l'établissement par le Tribunal du groupe de comparaison approprié pour déterminer l'âge normal de la retraite — Bien que la Cour fédérale ait choisi la bonne norme de contrôle,*

*review — Federal Court failing in task of assessing reasonableness of Tribunal's decision on own merits, also misplacing focus on Air Canada's main competitors — Tribunal's decision not unreasonable — While this conclusion on Act, s. 15(1)(c) issue sufficient to dispose of appeal, portion of Federal Court's reasons dealing with prima facie discrimination commented on — Federal Court erring by considering this issue, not raised by parties, without giving them notice, opportunity to provide submissions — Appeals in A-111-14 and A-112-14 allowed; appeal in A-105-14 dismissed.*

These were consolidated appeals from a Federal Court decision disposing of five applications for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision dismissing a group of complaints made under the *Canadian Human Rights Act*. The complainants were all past members of the Air Canada Pilots Association (ACPA) and former employees of Air Canada who were forced to retire at age 60 due to the mandatory retirement rule (MRR) in the collective agreement between Air Canada and the ACPA. They brought complaints against both organizations alleging that the MRR constituted a discriminatory practice under the Act, contrary to sections 7 and 10 thereof. The Tribunal found that the MRR constituted *prima facie* discrimination and rejected the organizations' defence of *bona fide* occupational requirement (BFOR) under paragraph 15(1)(a) of the Act. However, it accepted Air Canada's defence under paragraph 15(1)(c); and concluded that age 60 was the normal age of retirement for pilots in Canada. The three parties applied for judicial review of a portion of the Tribunal's decision. As for the Federal Court, it accepted the complainants' challenge of the Tribunal's finding on the normal age of retirement, dismissed Air Canada's challenge of the Tribunal's conclusion that it had not proven a BFOR under paragraph 15(1)(a) but accepted the ACPA's challenge on that same point.

*elle ne l'a pas appliquée correctement — La Cour fédérale n'a pas appliqué correctement la norme de la décision raisonnable à l'évaluation par le Tribunal de l'âge normal de la retraite — La Cour fédérale a appliqué à la preuve les facteurs énoncés dans la décision Vilven c. Air Canada (Vilven C.F.) pour tirer sa propre conclusion — Cependant, les facteurs de la jurisprudence Vilven C.F. ne sont pas une formule que le Tribunal devait appliquer correctement pour éviter l'annulation de sa décision à l'étape du contrôle judiciaire — La Cour fédérale a failli à sa mission consistant à évaluer, en soi, le caractère raisonnable de la décision du Tribunal et l'accent mis par elle sur la question des principaux concurrents d'Air Canada était malvenu — La décision du Tribunal n'était pas déraisonnable — Bien que cette conclusion sur la question relative à l'art. 15(1)c) de la Loi ait été suffisante pour trancher l'appel, la partie des motifs de la Cour fédérale qui portait sur la discrimination prima facie a fait l'objet d'observations — La Cour fédérale a commis une erreur en examinant cette question, qui n'a pas été soulevée par les parties, sans les avoir avisées et leur avoir accordé l'occasion de présenter des observations — Appels dans les dossiers A-111-14 et A-112-14 accueillis; appel dans le dossier A-105-14 rejeté.*

Il s'agissait d'appels réunis interjetés contre un jugement de la Cour fédérale ayant tranché cinq demandes de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (Tribunal) a rejeté un ensemble de plaintes présentées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Les plaignants étaient tous d'anciens membres de l'Association des pilotes d'Air Canada (l'APAC) et d'anciens employés d'Air Canada que la règle de retraite obligatoire (RRO) figurant dans la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC a contraints à prendre leur retraite à l'âge de 60 ans. Ils ont porté plainte contre les deux organisations, en faisant valoir que la RRO constituait un acte discriminatoire au sens de la Loi, en violation des articles 7 et 10 de celle-ci. Le Tribunal a conclu que la RRO était de prime abord constitutive de discrimination (*prima facie*) et a rejeté les moyens de défense tirés des exigences professionnelles justifiées (EPJ) invoqués par les organisations en vertu de l'alinéa 15(1)a) de la Loi. Le Tribunal a toutefois admis le moyen de défense invoqué par Air Canada en vertu de l'alinéa 15(1)c) et a conclu que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes au Canada. Les trois parties ont demandé le contrôle judiciaire d'une partie de la décision du Tribunal. Quant à la Cour fédérale, elle a accepté que les plaignants attaquent la conclusion du Tribunal concernant l'âge normal de la retraite et a rejeté la contestation d'Air Canada de la conclusion du Tribunal selon laquelle elle n'avait pas prouvé l'existence d'une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a), mais a accueilli celle de l'APAC sur la même question.

On appeal, the complainants submitted in particular that the Federal Court should not have granted the ACPA's application for judicial review and should have instead upheld the Tribunal's conclusion that the ACPA could not rely on paragraph 15(1)(a) of the Act. Air Canada and the ACPA both submitted that the Federal Court erred in allowing the complainants' application for judicial review on the normal age of retirement and Air Canada argued that the Court should have accepted its BFOR defence under paragraph 15(1)(a) of the Act.

The issues were what was the appropriate appellate standard of review in this case; whether the Federal Court chose and applied the appropriate standard of review when discussing the Tribunal's conclusion on the normal age of retirement; whether the Tribunal erred in concluding that age 60 was the normal age of retirement for pilots in Canada during the years at issue; and whether the Tribunal otherwise erred in concluding that the complaints should be dismissed on the basis of paragraph 15(1)(c).

*Held*, the appeals brought by Air Canada (A-111-14) and the ACPA (A-112-14) should be allowed and the appeal brought by Robert Adamson et al. (A-105-14) should be dismissed.

The standard of review applicable to the Tribunal's identification of the appropriate comparator group for determining the normal age of retirement was reasonableness. While the Federal Court chose the proper standard of review, it did not apply it correctly. It rather substituted its own opinion for that of the Tribunal, imposing its own characterization of the factors enunciated in the Federal Court's earlier decision in *Vilven v. Air Canada* (Vilven F.C.) (first litigation on the MRR involving the complaints of two Air Canada pilots who were forced to retire at 60) and applying those factors to the evidence to reach its own conclusion.

The Federal Court did not properly apply the reasonable standard to the Tribunal's assessment of the normal age of retirement. Paragraph 15(1)(c) of the Act requires that the complainant establish a *prima facie* case of discrimination, which then requires that the employer justify the discrimination on the basis of that provision. This mandates a comparison between the impugned standard and the normal age of retirement for employees working in positions similar to the complainant. The reasons in *Vilven* F.C. and the elimination of Air Canada's competitors as a result of the Tribunal's approach in this case were the key elements of the Federal Court's analysis and its ultimate conclusion that the Tribunal's conclusion on the paragraph 15(1)(c) issue could not stand.

En appel, les plaignants ont soutenu en particulier que la Cour fédérale n'aurait pas dû accueillir la demande de contrôle judiciaire de l'APAC, et aurait plutôt dû confirmer la conclusion du Tribunal selon laquelle l'APAC ne pouvait pas utilement invoquer l'alinéa 15(1)a de la Loi. Air Canada et l'APAC ont toutes deux soutenu que la Cour fédérale a commis une erreur en accueillant la demande de contrôle judiciaire des plaignants concernant l'âge normal de la retraite, et Air Canada a fait valoir que la Cour aurait dû accueillir son moyen de défense fondé sur l'existence d'une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a de la Loi.

Il s'agissait de savoir en l'espèce quelle était la norme appropriée d'examen en appel, de déterminer si la Cour fédérale a choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne l'examen de la conclusion du Tribunal sur l'âge normal de la retraite, de savoir si le Tribunal a conclu erronément que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes au Canada pendant les années visées par le litige, et de déterminer si le Tribunal a autrement commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il fallait rejeter les plaintes sur le fondement de l'alinéa 15(1)c.

*Arrêt* : les appels interjetés par Air Canada (A-111-14) et l'APAC (A-112-14) doivent être accueillis et l'appel interjeté par Robert Adamson et autres (A-105-14) doit être rejeté.

La décision raisonnable était la norme de contrôle applicable à l'établissement par le Tribunal du groupe de comparaison approprié pour déterminer l'âge normal de la retraite. Bien que la Cour fédérale ait choisi la bonne norme de contrôle, elle ne l'a pas appliquée correctement. Elle a plutôt substitué sa propre opinion à celle du Tribunal, en lui imposant sa propre qualification des facteurs énoncés dans la décision rendue antérieurement par la Cour fédérale dans *Vilven c. Air Canada* (Vilven C.F.) (le premier contentieux visant la RRO concernait les plaintes portées par deux pilotes d'Air Canada, qui avaient été contraints de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans), et en les appliquant à la preuve pour tirer sa propre conclusion.

Le juge n'a pas appliqué correctement la norme de la décision raisonnable à l'évaluation par le Tribunal de l'âge normal de la retraite. L'alinéa 15(1)c) de la Loi requiert que le plaignant rapporte la preuve *prima facie* de discrimination, ce qui oblige alors l'employeur à justifier la discrimination sur le fondement de cette disposition. Cela appelle la comparaison de la norme contestée et l'âge normal de la retraite en vigueur pour les employés qui occupent des postes similaires à celui du plaignant. Les motifs de la décision *Vilven* C.F. et l'élimination des concurrents d'Air Canada en raison de l'approche retenue par le Tribunal en l'espèce ont été les éléments clés de l'analyse de la Cour fédérale et de sa conclusion finale selon laquelle la conclusion du Tribunal relative à l'alinéa 15(1)c)

However, there were a number of factors limiting *Vilven F.C.*'s direct applicability to the matter herein. The factors it set out were not a formula that the Tribunal had to get right to survive a challenge on judicial review and should not be divorced from the particular factual context of the complaints and transformed into a prescriptive standard. Since *Vilven F.C.* did not establish a binding precedent, the Federal Court's continual reference to the "*Vilven F.C.*" test detracted from a holistic consideration of the Tribunal's decision on judicial review and led the Federal Court to focus excessively on the reasons from *Vilven F.C.* By treating the *Vilven F.C.* factors as a kind of legislation, the Federal Court erroneously moved away from the only legislative enactment that governed the issue and which would ultimately determine whether Air Canada and the ACPA could rely on the BFOR defence: paragraph 15(1)(a) of the Act. Taking that approach led the Court away from the task of assessing the reasonableness of the Tribunal's decision on its own merits. Here, the Tribunal explained its rationale for reading *Vilven F.C.* the way it did. It was entitled when applying the *Vilven F.C.* factors to opt for the conjunctive approach and to rely on paragraphs 112 and 125 of that decision.

Despite identifying several errors in the Tribunal's reasoning, the Federal Court clearly fastened onto the fact that the Tribunal's approach to *Vilven F.C.* resulted in the elimination of Air Canada's major competitors. The Federal Court's focus on Air Canada's main competitors was misplaced. There was no evidence presented to the Tribunal regarding the identity of Air Canada's major domestic competitors. The threshold for judicial review was not met in this case. The Federal Court could not set aside the Tribunal's decision on the normal age of retirement issue primarily on the basis of a consideration not supported by the evidence.

As to the Tribunal's decision, it was not unreasonable for the Tribunal to adopt certain paragraphs of *Vilven F.C.* as a guideline for its analysis of the evidence on the normal age of retirement. The Tribunal did not act unreasonably or proceed on wrong principles when applying the *Vilven F.C.* factors to the facts in a conjunctive manner. As to the Tribunal's decision to eliminate the five Canadian airlines mentioned in *Vilven F.C.* in the comparator group, this exclusion was not done arbitrarily. It resulted from the application of the *Vilven F.C.* factors, read conjunctively, to the evidence accepted by the Tribunal. There was evidence supporting the Tribunal's

ne pouvait pas être maintenue. Cependant, trois éléments restreignaient l'application pure et simple de la jurisprudence *Vilven C.F.* à la présente affaire. Les facteurs de cette jurisprudence n'étaient pas une formule que le Tribunal devait appliquer correctement pour éviter l'annulation de sa décision à l'étape du contrôle judiciaire et il ne faudrait pas considérer ces facteurs indépendamment des faits particuliers sur lesquels étaient fondées les plaintes et les transformer en une norme prescriptive. Étant donné que la jurisprudence *Vilven C.F.* ne faisait pas autorité, la mention constante par la Cour fédérale du « critère consacré par la décision *Vilven* » s'éloignait de l'examen global requis de la décision du Tribunal dans le cadre du contrôle judiciaire, ce qui a conduit la Cour fédérale à se concentrer de manière excessive sur les motifs de la décision *Vilven C.F.* Lorsqu'elle a discuté les facteurs de la jurisprudence *Vilven C.F.* comme s'il s'agissait de dispositions législatives, la Cour fédérale s'est éloignée à tort du seul texte législatif qui régissait la question et qui devait servir à décider en définitive si Air Canada et l'APAC pouvaient invoquer les EPJ comme moyen de défense, soit l'alinéa 15(1)a) de la Loi. L'approche ainsi retenue par la Cour fédérale l'a détournée de sa mission consistant à évaluer, en soi, le caractère raisonnable de la décision du Tribunal. En l'espèce, le Tribunal a expliqué sa lecture de la jurisprudence *Vilven C.F.* Il lui était loisible, en appliquant les facteurs consacrés par la jurisprudence *Vilven C.F.*, d'opter pour une interprétation conjonctive et de s'appuyer sur les paragraphes 112 et 125 de cette décision.

Si elle a relevé plusieurs erreurs entachant le raisonnement du Tribunal, la Cour fédérale s'est manifestement attachée au fait qu'il résultait de sa lecture de la jurisprudence *Vilven C.F.* l'élimination des principaux concurrents d'Air Canada. L'accent mis par la Cour fédérale sur la question des principaux concurrents d'Air Canada était malvenu. Le Tribunal ne disposait pas de preuves établissant quels étaient les principaux concurrents nationaux d'Air Canada. Le critère requis aux fins du contrôle judiciaire n'était pas atteint en l'espèce. La Cour fédérale ne pouvait pas annuler la décision du Tribunal relative à la question de l'âge normal de la retraite en s'appuyant principalement sur une considération non-étayée par la preuve.

Quant à la décision du Tribunal, il n'était pas déraisonnable que le Tribunal retienne certains paragraphes de la décision *Vilven C.F.* comme guide pour l'analyse des preuves relatives à l'âge normal de la retraite. Le Tribunal n'a pas agi de manière déraisonnable et ne s'est pas fondé sur de mauvais principes lorsqu'il a appliqué de manière conjonctive les facteurs de la jurisprudence *Vilven C.F.* aux faits. Quant à la décision du Tribunal d'éliminer les cinq transporteurs aériens canadiens mentionnés dans la décision *Vilven C.F.* du groupe de comparaison, cette exclusion n'a pas été faite de manière arbitraire. L'exclusion a résulté de l'application des facteurs

findings and conclusions and there was no reason to intervene.

While the appeals were dismissed on the Act, paragraph 15(1)(c) issue, part of the Federal Court's reasons were commented on. The Federal Court intervened regarding the Tribunal's finding that the mandatory retirement provision under the collective agreement constituted *prima facie* discrimination under the Act when it directed the Tribunal to reconsider the question and decide whether the mandatory retirement provision amounted to *prima facie* discrimination. This issue was not raised by the parties or the Court at the Federal Court hearing. The Federal Court erred by considering a new issue that had not been raised by the parties without giving them notice and an opportunity to provide submissions. Even if the Federal Court believed that this issue had to be raised to avoid an injustice, it nevertheless had to follow the proper procedures when exercising its discretion and it failed to do so. Those omissions constituted an error of law and resulted in a breach of the parties' right to procedural fairness. As well, the Federal Court erred in law on the merits of the issue by suggesting that complainants have the burden of showing "substantive discrimination" under the Act. It failed to follow binding case law on this question. It was not open to the Federal Court to ignore authoritative precedents that rendered mandatory retirement *prima facie* discriminatory under the Act and to suggest that a complainant had to show that the impugned practice resulted in "substantive discrimination". Thus, the Federal Court was obliged to apply the principles from a binding precedent and uphold the Tribunal's finding that the mandatory retirement practice constituted *prima facie* discrimination under the Act.

de la jurisprudence *Vilven* C.F., selon une interprétation conjonctive, aux éléments de preuve retenus par le Tribunal. Il y avait au dossier des éléments de preuve allant dans le sens des conclusions du Tribunal et il n'y avait aucune raison d'intervenir.

Bien que les appels aient été rejetés sur le fondement de la question relative à l'alinéa 15(1)c), la partie des motifs de la Cour fédérale a fait l'objet d'observations. La Cour fédérale est intervenue concernant la conclusion du Tribunal selon laquelle la disposition sur la retraite obligatoire de la convention collective était constitutive de discrimination de prime abord au sens de la Loi, lorsqu'elle a enjoint au Tribunal de réexaminer la question et de décider si la disposition sur la retraite obligatoire équivalait ou non à la discrimination de prime abord. Ni les parties ni la Cour n'ont soulevé la question de la discrimination à l'audience à la Cour fédérale. La Cour fédérale a commis une erreur en se penchant sur une nouvelle question que les parties n'avaient pas soulevée sans leur donner la possibilité de présenter leurs observations. Même si la Cour fédérale estimait qu'il fallait soulever la question pour éviter une injustice, elle était néanmoins tenue de suivre la procédure appropriée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ce manquement constituait une erreur de droit et a donné lieu à une violation du droit des parties à l'équité procédurale. De plus, la Cour fédérale a commis une erreur de droit sur le fond de la question, lorsqu'elle a laissé observer qu'il incombait aux plaignants de rapporter la preuve d'une « discrimination réelle » au sens de la Loi. Elle n'a pas suivi une jurisprudence faisant autorité sur cette question. Il n'était pas loisible à la Cour fédérale de faire abstraction de la jurisprudence qui a considéré la retraite obligatoire discriminatoire de prime abord pour l'application de la Loi et de laisser conclure que le plaignant devait démontrer que l'acte reproché donnait lieu à de la « discrimination réelle ». Par conséquent, la Cour fédérale était tenue d'appliquer les principes consacrés dans une jurisprudence faisant autorité et de confirmer la conclusion du Tribunal selon laquelle l'acte lié à la retraite obligatoire était constitutif de discrimination de prime abord pour l'application de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.
- Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 7, 10, 15.
- Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).
- Keeping Canada's Economy and Jobs Growing Act*, S.C. 2011, c. 24, s. 166.
- Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318.

#### 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 (1981)*, S.O. 1981, ch. 53, art. 9a).
- Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 7, 10, 15.
- Loi sur le soutien de la croissance de l'économie et de l'emploi au Canada*, L.C. 2011, ch. 24, art. 166.
- Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

International Civil Aviation Organization. *Annex 1 to the Convention on International Civil Aviation: Personnel Licensing*, 10th ed. Montréal: ICAO, 2006.

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, (1990), 76 D.L.R. (4th) 545.

## APPLIED:

*Air Canada Pilots Association v. Kelly*, 2012 FCA 209, [2013] 1 F.C.R. 308; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, (1982), 132 D.L.R. (3d) 14; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

## DISTINGUISHED:

*Vilven v. Air Canada*, 2009 FC 367, [2010] 2 F.C.R. 189.

## CONSIDERED:

*Vilven v. Air Canada*, [2007] CHRT 36, [2008] CLLC 230-011; *Baillie et al. v. Air Canada and Air Canada Pilots Association*, 2012 CHRT 6; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3, (1999), 176 D.L.R. (4th) 1.

## REFERRED TO:

*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Servicemaster Company v. 385229 Ontario Ltd. (Masterclean Service Company)*, 2015 FCA 114, 472 N.R. 120; *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Labatt Brewing Company Ltd.*

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Organisation de l'aviation civile internationale. *Annexe 1 à la Convention relative à l'aviation civile internationale : Licences du personnel*, 10<sup>e</sup> éd. Montréal : OACI, 2006.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly*, 2012 CAF 209, [2013] 1 R.C.F. 308; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Vilven c. Air Canada*, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Vilven c. Air Canada*, [2007] TCDP 36; *Baillie et al. c. Air Canada et Association des pilotes d'Air Canada*, 2012 TCDP 6; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Servicemaster Company c. 385229 Ontario Ltd. (Masterclean Service Company)*, 2015 CAF 114; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Labatt Brewing Company Ltd. v. NHL*

*v. NHL Enterprises Canada, L.P.*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677; *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81.

APPEALS from a Federal Court decision (2014 FC 83, 13 C.C.E.L. (4th) 1) disposing of five applications for judicial review of a Canadian Human Rights Tribunal decision (2011 CHRT 11) dismissing a group of complaints made under the *Canadian Human Rights Act*. Appeals in A-111-14 and A-112-14 allowed; appeal in A-105-14 dismissed.

#### APPEARANCES

*David Baker* for appellants Robert Adamson *et al.*

*Maryse Tremblay* for appellant Air Canada.

*Bruce Laughton* for appellant Air Canada Pilots Association.

*Daniel Poulin* and *Erin Collins* for respondent Canadian Human Rights Commission.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Bakerlaw*, Toronto, for appellants Robert Adamson *et al.*

*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, for appellant Air Canada.

*Laughton & Company*, Vancouver, for appellant Air Canada Pilots Association.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent Canadian Human Rights Commission.

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

TRUDEL J.A.:

#### I. Overview

[1] The *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act [or CHRA]), proscribes discrimination on the basis of an individual's age. Under section 7 of the Act, it is a discriminatory practice "to refuse to employ or continue to employ any individual" on the basis of a prohibited ground of discrimination, including age,

*Enterprises Canada, L.P.*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250.

APPELS interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2014 CF 83) ayant tranché cinq demandes de contrôle judiciaire visant une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (2011 TCDP 11) a rejeté un ensemble de plaintes présentées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Appels dans les dossiers A-111-14 et A-112-14 accueillis; appel dans le dossier A-105-14 rejeté.

#### ONT COMPARU

*David Baker* pour les appelants Robert Adamson et autres.

*Maryse Tremblay* pour l'appelante Air Canada.

*Bruce Laughton* pour l'appelante l'Association des pilotes d'Air Canada.

*Daniel Poulin* et *Erin Collins* pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Bakerlaw*, Toronto, pour les appelants Robert Adamson et autres.

*Borden Ladner Gervais*, S.E.N.C.R.L., S.R.L., Montréal, pour l'appelante Air Canada.

*Laughton & Company*, Vancouver, pour l'appelante l'Association des pilotes d'Air Canada.

La Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

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

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

#### I. Vue d'ensemble

[1] La *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi [ou LCDP]), interdit la discrimination fondée sur l'âge. Aux termes de l'article 7 de la Loi, constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, y compris l'âge, le fait pour un employeur de « refuser d'employer

unless the employer can successfully raise one of the defences available under section 15 of the Act. At the time the complaints at issue in these appeals were filed, an employer could attempt to demonstrate, for example, that a mandatory retirement rule (MRR) was based on a *bona fide* occupational requirement (BFOR) and that without the MRR, accommodation of the needs of the affected individuals would impose undue hardship on the employer, “considering health, safety and cost” (paragraph 15(1)(a) and subsection 15(2) of the Act). Alternatively, an employer could try to show that “an individual’s employment [was] terminated because that individual [had] reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual” (paragraph 15(1)(c) of the Act). Paragraph 15(1)(c) of the Act was repealed in 2011 [S.C. 2011, c. 24, s. 166]. The relevant sections of the Act are appended to these reasons (see Appendix I).

[2] Age as a prohibited ground of discrimination and these two defences—the BFOR and the normal age of retirement—are at issue in these consolidated appeals of a judgment of the Federal Court by Annis J. (Judge), issued on January 27, 2014 [*Adamson v. Air Canada*] 2014 FC 83, 13 C.C.E.L. (4th) 1 (judgment) along with a 435-paragraph set of reasons (reasons). By this judgment, the Judge disposed of five applications for judicial review (three of these five applications are relevant for the purposes of these consolidated appeals—T-1428-11, T-1453-11 and T-1463-11) of a decision of the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal), which had dismissed a group of complaints made under the Act.

[3] The Tribunal’s decision dated, August 10, 2011, is indexed as 2011 CHRT 11 [*Adamson v. Air Canada*].

[4] The complainants are all past members of the Air Canada Pilots Association (ACPA) and former employees of Air Canada who were forced to retire at age 60 due to the MRR in the collective agreement between Air Canada and the ACPA. They brought complaints against both organizations, alleging that the MRR constituted a discriminatory practice under the Act.

ou de continuer d’employer un individu », à moins qu’il ne puisse invoquer avec succès l’un des moyens de défense prévus à l’article 15 de la Loi. À l’époque du dépôt des plaintes visées par les présents appels, l’employeur pouvait tenter de démontrer, par exemple, qu’une règle de retraite obligatoire (RRO) reposait sur des exigences professionnelles justifiées (EPJ) et que, sans cette RRO, répondre aux besoins des intéressés constituerait pour l’employeur une contrainte excessive « en matière de coûts, de santé et de sécurité » (alinéa 15(1)a) et paragraphe 15(2) de la Loi). L’employeur pouvait aussi tenter de démontrer, subsidiairement, qu’il avait « m[is] fin à l’emploi d’une personne en appliquant la règle de l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi » (alinéa 15(1)c) de la Loi. En 2011, l’alinéa 5(1)c) de la Loi a été abrogé [L.C. 2011, ch. 24, art. 166]. Les articles pertinents de la Loi sont joints aux présents motifs (voir l’annexe I).

[2] L’âge comme motif de distinction illicite et les deux moyens de défense — les EPJ et l’âge normal de la retraite — sont en cause dans les présents appels réunis interjetés contre un jugement de la Cour fédérale rendu par le juge Annis (le juge) le 27 janvier 2014 [*Adamson c. Air Canada*] 2014 CF 83 (le jugement), et les motifs de ce jugement, comptant 435 paragraphes (les motifs). Par ce jugement, le juge a tranché cinq demandes de contrôle judiciaire (trois de ces demandes sont importantes aux fins des présents appels réunis — T-1428-11, T-1453-11 et T-1463-11) visant une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (Tribunal) a rejeté un ensemble de plaintes présentées en vertu de la Loi.

[3] La décision du Tribunal, datée du 10 août 2011, est répertoriée 2011 TCDP 11 [*Adamson c. Air Canada*].

[4] Les plaignants sont tous d’anciens membres de l’Association des pilotes d’Air Canada (l’APAC) et d’anciens employés d’Air Canada que la RRO figurant dans la convention collective conclue entre Air Canada et l’APAC a contraints à prendre leur retraite à l’âge de 60 ans. Ils ont porté plainte contre les deux organisations, en faisant valoir que la RRO constituait un acte discriminatoire au sens de la Loi.

[5] The Tribunal found that the MRR constituted *prima facie* discrimination. It rejected the organizations' BFOR defences under paragraph 15(1)(a) of the Act. However, it accepted Air Canada's defence under paragraph 15(1)(c), concluding that age 60 was the normal age of retirement for pilots in Canada. As a result, the complaints were dismissed.

[6] The three parties each applied for judicial review of a portion of the Tribunal's decision.

[7] In the Federal Court, the complainants successfully challenged the Tribunal's finding on the normal age of retirement (docket file No. T-1428-11). That part of the Tribunal's decision was set aside and the issue remitted to it for re-determination in accordance with the Judge's reasons and directions.

[8] Air Canada (docket file No. T-1453-11) and the ACPA (docket file No. T-1463-11) both took exception to the Tribunal's conclusion that neither had proven a BFOR under paragraph 15(1)(a) of the Act.

[9] The Judge dismissed Air Canada's application but allowed the ACPA's application. As a result, this issue was also remitted to the Tribunal with specific directions as to how to re-determine the validity of the ACPA's BFOR defence.

[10] The parties have each appealed to our Court from the Judge's judgment.

[11] The complainants submit that the Judge should not have granted the ACPA's application for judicial review and should have instead upheld the Tribunal's conclusion that the ACPA could not rely on paragraph 15(1)(a) of the Act. They add that the Judge should not have dealt with the issue of *prima facie* discrimination and, in any event, was bound by previous jurisprudence on this matter (appeal No. A-105-14, related to No. T-1463-11).

[5] Le Tribunal a conclu que la RRO était de prime abord constitutive de discrimination (*prima facie*). Il a rejeté les moyens de défense tirés des EPJ invoqués par les organisations en vertu de l'alinéa 15(1)a de la Loi. Le Tribunal a toutefois admis le moyen de défense invoqué par Air Canada en vertu de l'alinéa 15(1)c, en concluant que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes au Canada. Les plaintes ont donc été rejetées.

[6] Chacune des trois parties a demandé le contrôle judiciaire d'une partie de la décision du Tribunal.

[7] Devant la Cour fédérale, les plaignants ont attaqué avec succès la conclusion du Tribunal concernant l'âge normal de la retraite (dossier n° T-1428-11). Cette partie de la décision du Tribunal a été annulée, et lui a été renvoyée pour que soit rendue une nouvelle décision tenant compte des motifs et des directives du juge.

[8] Tant Air Canada (dossier n° T-1453-11) que l'APAC (dossier n° T-1463-11) se sont opposés à la conclusion du Tribunal selon laquelle ni l'une ni l'autre n'avait prouvé l'existence d'une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a de la Loi.

[9] Le juge a rejeté la demande d'Air Canada, mais a accueilli celle de l'APAC. Cette question a donc elle aussi été renvoyée au Tribunal, accompagnée de directives précises quant à la manière de se prononcer à nouveau sur le moyen de défense de l'APAC fondé sur les EPJ.

[10] Chacune des parties a interjeté appel à notre Cour du jugement rendu par le juge.

[11] Les plaignants soutiennent que le juge n'aurait pas dû accueillir la demande de contrôle judiciaire de l'APAC, et aurait plutôt dû confirmer la conclusion du Tribunal selon laquelle l'APAC ne pouvait pas utilement invoquer l'alinéa 15(1)a de la Loi. Ils ajoutent que le juge n'aurait pas dû discuter la question de la discrimination de prime abord et, qu'en tout état de cause, il était lié par la jurisprudence sur la question (appel n° A-105-14, lié au dossier n° T-1463-11).

[12] For its part, Air Canada submits that the Judge erred in allowing the complainants' application for judicial review on the normal age of retirement; further he ought to have accepted its BFOR defence under paragraph 15(1)(a) of the Act (appeal No. A-111-14, related to Nos. T-1428-11 and T-1453-11).

[13] The ACPA also submits that the Judge should not have granted the complainants' application for judicial review on the normal age of retirement (appeal No. A-112-14, related to No. T-1428-11).

[14] Finally, the Canadian Human Rights Commission (Commission), which appeared both before the Tribunal and the Federal Court, argues that the Judge properly set aside the Tribunal's finding on the normal age of retirement but erred in allowing the application with respect to the ACPA's BFOR defence and in adding a requirement that complainants under the Act prove "substantive discrimination".

[15] For the reasons that follow, I conclude that the Judge erred in substituting his own opinion for that of the Tribunal on the normal age of retirement. Therefore, I would allow the appeals of Air Canada and the ACPA on that issue.

[16] The record reasonably supports the Tribunal's finding at paragraph 181 of its decision that "for each of the years 2005-2009, the majority of pilots working for Canadian airlines, including Air Canada, in similar positions to that of the [c]omplainants, retire[d] by the age of 60."

[17] As a result of my conclusion, I would not deal with the parties' submissions regarding paragraph 15(1)(a) of the Act, i.e., the BFOR defences. Hence, I would dismiss the complainants' appeal in file No. A-105-14. I would allow the appeals brought by Air Canada and the ACPA in files Nos. A-111-14 and A-112-14.

[12] Air Canada soutient pour sa part que le juge a commis une erreur en accueillant la demande de contrôle judiciaire des plaignants concernant l'âge normal de la retraite, et qu'il aurait aussi dû accueillir son moyen de défense fondé sur l'existence d'une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a) de la Loi (appel n° A-111-14, lié aux dossiers n<sup>os</sup> T-1428-11 et T-1453-11).

[13] L'APAC soutient elle aussi que le juge n'aurait pas dû accueillir la demande de contrôle judiciaire des plaignants concernant l'âge normal de la retraite (appel n° A-112-14, lié au dossier n° T-1428-11).

[14] Enfin, la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission), qui a comparu tant devant le Tribunal que devant la Cour fédérale, soutient que le juge a annulé à bon droit la conclusion du Tribunal relative à l'âge normal de la retraite, mais a commis une erreur lorsqu'il a accueilli la demande concernant le moyen de défense de l'APAC fondé sur les EPJ, et lorsqu'il a imposé comme exigence additionnelle aux plaignants sous le régime de la Loi de faire la preuve d'une « discrimination réelle ».

[15] Par les motifs qui suivent, je conclus que le juge a commis une erreur lorsqu'il a substitué sa propre opinion à celle du Tribunal quant à la question de l'âge normal de la retraite. J'accueillerais donc les appels d'Air Canada et de l'APAC sur cette question.

[16] Au vu du dossier, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure, au paragraphe 181 de sa décision, que « pour chacune des années de la période de 2005 à 2009, la majorité des pilotes œuvrant pour les compagnies aériennes canadiennes, y compris Air Canada, dans des postes similaires à ceux des plaignants, ont pris leur retraite à l'âge de 60 ans ».

[17] En conséquence de ma conclusion, je n'examinerais pas les observations des parties concernant l'alinéa 15(1)a) de la Loi, c.-à-d. les moyens de défense fondés sur les EPJ. Je rejetterais donc l'appel des plaignants dans le dossier n° A-105-14. J'accueillerai les appels interjetés par Air Canada et l'APAC dans les dossiers n<sup>os</sup> A-111-14 et A-112-14.

[18] Finally, I would accept the Commission's invitation to comment on the part of the Judge's reasons and judgment that deal with the issue of *prima facie* discrimination. To this end, the judgment is appended to these reasons as Appendix II.

## II. Facts and Judicial History

[19] The facts of this case are straightforward. The same cannot be said for its procedural history. As mentioned above, the complainants (or the Adamson Group) are all pilots previously employed by Air Canada and who were members of the ACPA. The collective agreement between the two required that pilots retire at age 60. The complainants reached this milestone at various dates between 2005 and 2009. They brought complaints against Air Canada and the ACPA alleging discrimination contrary to sections 7 and 10 of the Act (also reproduced at Appendix I). The Adamson Group is part of a larger group of current and former Air Canada pilots called the "Fly Past 60 Coalition" who have challenged Air Canada's MRR.

[20] The first litigation on the MRR involved the complaints of two Air Canada pilots, George Vilven and Robert Neil Kelly, who were forced to retire at 60. This matter was finally resolved by our Court's decision cited as *Air Canada Pilots Association v. Kelly*, 2012 FCA 209, [2013] 1 F.C.R. 308 (*Vilven or Kelly F.C.A.*), which declared that paragraph 15(1)(c) of the Act was constitutionally valid. Given the Federal Court's earlier judgment in *Vilven v. Air Canada*, 2009 FC 367, [2010] 2 F.C.R. 189 (*Vilven F.C.*), upholding the Tribunal's finding that 60 was the normal age of retirement for pilots and the fact that the complaints of Messrs. Kelly and Vilven were caught by paragraph 15(1)(c), the Tribunal was directed to dismiss their complaints. The Tribunal's decision, where it made the finding of the normal age of retirement, is cited as *Vilven v. Air Canada*, 2007 CHRT 36, [2008] CCLC 230-011.

[18] Enfin, j'accepterais l'invitation faite par la Commission de faire des observations sur la partie des motifs et du jugement du juge qui porte sur la discrimination *prima facie*. Le jugement est joint à cette fin à titre d'annexe II aux présents motifs.

## II. Faits et historique des procédures

[19] Les faits de l'affaire sont simples. On ne peut pas en dire autant de l'historique des procédures. Comme mentionné ci-dessus, les plaignants (aussi désignés le groupe Adamson) sont tous des pilotes qui, par le passé, ont été au service d'Air Canada et ont été membres de l'APAC. La convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC exigeait que les pilotes prennent leur retraite à l'âge de 60 ans. Les plaignants ont atteint cet âge à des dates diverses entre 2005 et 2009. Ils ont formulé des plaintes contre Air Canada et l'APAC, en soutenant qu'il y avait ainsi discrimination, en violation des articles 7 et 10 de la Loi (aussi reproduits à l'annexe I). Le groupe Adamson fait partie d'un important groupe de pilotes anciens et actuels d'Air Canada, connus sous le nom de « Fly Past 60 Coalition », qui ont contesté la RRO d'Air Canada.

[20] Le premier contentieux visant la RRO concernait les plaintes portées par deux pilotes d'Air Canada, George Vilven et Robert Neil Kelly, qui avaient été contraints de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans. Cette affaire a finalement été réglée par l'arrêt *Association des pilotes d'Air Canada c. Kelly*, 2012 CAF 209, [2013] 1 R.C.F. 308 (*Vilven ou Kelly C.A.F.*), par lequel notre Cour a reconnu la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)(c) de la Loi. Comme par sa décision antérieure, *Vilven c. Air Canada*, 2009 CF 367, [2010] 2 R.C.F. 189 (*Vilven C.F.*), la Cour fédérale avait maintenu la conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes, et vu le fait que les plaintes de MM. Kelly et Vilven entraient dans les prévisions de l'alinéa 15(1)(c), le Tribunal s'est fait enjoindre de rejeter leurs plaintes. La référence de la décision dans laquelle le Tribunal a tiré sa conclusion sur l'âge normal de la retraite est *Vilven c. Air Canada*, 2007 TCDP 36.

[21] In addition, the complaints of yet another group of retired pilots have been referred to the Tribunal (the Bailie Group). In February 2012, the Tribunal granted the ACPA's motion to adjourn the proceedings in that matter until the Adamson Group's litigation has concluded (*Bailie et al. v. Air Canada and Air Canada Pilots Association*, 2012 CHRT 6).

[22] Finally, I should note that the MRR has been eliminated from the current collective agreement between Air Canada and the ACPA. This change was obviously made in response to Parliament's repeal of paragraph 15(1)(c) of the Act through section 166 of the *Keeping Canada's Economy and Jobs Growing Act*, S.C. 2011, c. 24.

[23] Counsel for the complainants admits that neither this legislative amendment nor a favourable judgment from this Court could entitle the members of the Adamson Group to reinstatement, as none of them could go back to work as an Air Canada pilot. Indeed, the complainants retired and are now over 65 years of age. In accordance with international norms applicable to Air Canada, 65 is the maximum age for pilots-in-command. Moreover, if one member of the multi-pilot flight crew is over 60, the other must be under 60 (see *Annex 1 to the Convention on International Civil Aviation: Personnel Licensing*, 10th. ed., Montréal: ICAO, July 2006, art. 2.1.10, entitled "Limitation of privileges of pilots who have attained their 60th birthday and curtailment of privileges of pilots who have attained their 65th birthday").

[24] Thus, from a practical point of view, the Adamson Group states that a judgment from this Court upholding the Judge's ruling would possibly pave the way for an action in damages against Air Canada and the ACPA.

### III. The Issues

[25] In view of my proposed disposition of these appeals, the relevant issues are:

[21] De plus, les plaintes formulées par un autre groupe de pilotes à la retraite ont été renvoyées au Tribunal (le groupe Bailie). En février 2012, le Tribunal a accédé à la requête en ajournement d'instance présentée par l'APAC, jusqu'à ce que soit réglé le contentieux du groupe Adamson (*Bailie et al. c. Air Canada et Association des pilotes d'Air Canada*, 2012 TCDP 6).

[22] Enfin, je désire souligner que la RRO ne figure plus dans l'actuelle convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC. Une telle modification faisait manifestement suite à l'abrogation par le législateur — au moyen de l'article 166 de la *Loi sur le soutien de la croissance de l'économie et de l'emploi au Canada*, L.C. 2011, ch. 24 — de l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

[23] L'avocat des plaignants admet que ni cette modification législative ni un jugement favorable de la Cour ne pourraient permettre aux membres du groupe Adamson de réintégrer leurs postes, puisqu'aucun d'eux ne pourrait reprendre son emploi de pilote chez Air Canada. En effet, les plaignants sont à la retraite et ont maintenant plus de 65 ans. Conformément aux normes internationales applicables à Air Canada, 65 ans est l'âge maximal des pilotes commandants de bord. En outre, si l'un des membres d'un équipage de plusieurs pilotes est âgé de plus de 60 ans, l'autre membre doit avoir moins de 60 ans (voir l'*Annexe 1 à la Convention relative à l'aviation civile internationale : Licences du personnel*, 10<sup>e</sup> éd., Montréal : OACI, juillet 2006, art. 2.1.10, intitulé « Limitation des privilèges des pilotes ayant atteint l'âge de 60 ans et restriction des privilèges des pilotes ayant atteint l'âge de 65 ans »).

[24] Selon le groupe Adamson, ainsi, l'effet pratique d'un jugement de la Cour confirmant la décision du juge serait de donner éventuellement ouverture à une action en dommages-intérêts contre Air Canada et l'APAC.

### III. Questions en litige

[25] Compte tenu de la manière dont je propose que soient tranchés les présents appels, les questions pertinentes sont les suivantes :

- |  |   |
|--|---|
| <p>1. What is the appropriate appellate standard of review?</p> <p>2. Did the Judge choose and apply the appropriate standard of review when discussing the Tribunal's conclusion on the normal age of retirement?</p> <p>3. Did the Tribunal err in concluding that age 60 was the normal age of retirement for pilots in Canada during the years 2005 to 2009?</p> | <p>1. Quelle est la norme appropriée d'examen en appel?</p> <p>2. Le juge a-t-il choisi et appliqué la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne l'examen de la conclusion du Tribunal sur l'âge normal de la retraite?</p> <p>3. Le Tribunal a-t-il conclu erronément que 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les pilotes au Canada pendant la période de 2005 à 2009?</p> |
|--|---|

[26] My comments on part of the Judge's reasons and judgment will appear at section 4 of my analysis. I will discuss the following:

- The Judge's consideration of the question of *prima facie* discrimination.
- The Judge's modification of the three-part test developed by the Supreme Court of Canada for determining if a *prima facie* discriminatory practice constitutes a BFOR.

#### IV. Analysis

##### 1. *The Standard of Review*

[27] On appeal from a Federal Court judgment on applications for judicial review, our Court must determine whether the Judge identified the proper standard of review and applied it correctly (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraph 45; *Servicemaster Company v. 385229 Ontario Ltd. (Masterclean Service Company)*, 2015 FCA 114, 472 N.R. 120, at paragraph 17).

[28] Stated differently, it means that we are stepping into the shoes of the Federal Court such that our focus is, in effect, on the Tribunal's decision (*Agraira*, at paragraph 46, citing *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, at paragraph 247).

[26] Mes observations sur une partie des motifs et du jugement du juge figureront à la section 4 de mon analyse. Je discuterai les points suivants :

- L'examen par le juge de la question de la discrimination *prima facie*.
- La modification par le juge du critère à trois volets élaboré par la Cour suprême du Canada en vue d'établir si un acte discriminatoire de prime abord constitue une EPJ.

#### IV. Analyse

##### 1. *Norme de contrôle*

[27] Lorsqu'un appel est interjeté contre un jugement de la Cour fédérale portant sur une demande de contrôle judiciaire, la Cour doit décider si le juge a choisi la bonne norme de contrôle et s'il l'a appliquée correctement (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), au paragraphe 45; *Servicemaster Company c. 385229 Ontario Ltd. (Masterclean Service Company)*, 2015 CAF 114, au paragraphe 17).

[28] Autrement dit, cela signifie que notre Cour porte la casquette de la Cour fédérale, et ainsi, se concentre effectivement sur la décision du Tribunal (*Agraira*, au paragraphe 46, citant *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, au paragraphe 247).

[29] The standard of review applicable to the Tribunal's identification of the appropriate comparator group for determining the normal age of retirement is reasonableness. The Judge so held at paragraph 80 of his reasons without further explanation.

[30] In my view, this issue essentially involves the Tribunal's interpretation of its home statute and the application of paragraph 15(1)(c) in the context of the complaints. Both of these considerations weigh heavily in favour of a reasonableness review. The Supreme Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 53–54, held that reasonableness is the proper standard where a tribunal is dealing with a question “where the legal and factual issues are intertwined” or when it is interpreting a statute “closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (for a more recent application of this principle, see *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paragraph 36; also *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654). Similarly, in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 26, it held that the Tribunal's interpretation of a provision of the Act was owed deference. Accordingly, the Tribunal's determination of the proper comparator group for calculating the normal age of retirement, as well as its overall conclusion on this issue, are owed deference on review.

[31] I disagree with the complainants' submission that correctness is the appropriate standard. They argue that since the Tribunal was required to follow the directions of Mactavish J. from *Vilven F.C.*, the rule of *stare decisis* applies and the Tribunal's decision must be reviewed on a correctness standard. The complainants point to our Court's decision in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529 (*Superior Propane*) as support for this proposition. While I accept the principle that the directions of a reviewing court bind a tribunal sitting on a

[29] La décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à l'établissement par le Tribunal du groupe de comparaison approprié pour déterminer l'âge normal de la retraite. Le juge a conclu qu'il en était ainsi, au paragraphe 80 de ses motifs, sans offrir d'explication additionnelle.

[30] Selon moi, cette question met essentiellement en cause l'interprétation par le Tribunal de sa loi constitutive et l'application de l'alinéa 15(1)c) au regard des plaintes. Ces deux facteurs penchent fortement en faveur de la norme de contrôle de la décision raisonnable. Aux paragraphes 53 et 54 de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême a conclu que la décision raisonnable était la norme applicable à la question dont le tribunal est saisi « lorsque le droit et les faits s'entrelacent », ou dans le cas où le tribunal interprète une loi « étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (pour une application plus récente du principe, voir *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, au paragraphe 36, ainsi que *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654). De manière similaire, au paragraphe 26 de l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, la Cour suprême a conclu que l'interprétation par le Tribunal d'une disposition de la Loi appelait la déférence. Par conséquent, la déférence est de mise en regard des conclusions du Tribunal visant le groupe de comparaison approprié pour le calcul de l'âge normal de la retraite, et sa conclusion générale sur ce point.

[31] Je ne puis retenir la thèse des plaignants portant que la norme de la décision correcte est la norme de contrôle appropriée. Les plaignants avancent que, puisque le Tribunal devait suivre les directives données par la juge Mactavish à l'occasion de l'affaire *Vilven C.F.*, la règle du précédent obligatoire joue et la décision du Tribunal doit être examinée selon la norme de la décision correcte. Ils invoquent l'arrêt rendu par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529 (*Supérieur Propane*) à l'appui de leur

re-determination (see *Superior Propane*, at paragraph 54), the rule does not apply in these circumstances. The Tribunal in this matter was not engaged in a re-determination following a judicial review. It was simply assessing the complaints at first instance. While there is obvious overlap with the *Vilven/Kelly* litigation, the matters have a different evidentiary record and should be considered distinct. The Tribunal was not required to blindly follow *Vilven F.C.* That decision should not be understood as mandating a correctness standard of review but rather as limiting the range of reasonable options open to the Tribunal when crafting the comparator group under paragraph 15(1)(c).

[32] I agree with the Commission’s argument that existing jurisprudence on the proper comparator groups for Canadian pilots “affects the reasonability of the [Tribunal’s] decision, not the standard under which it is reviewed” (Commission’s memorandum of fact and law, at paragraph 24). The Supreme Court in *Dunsmuir* held that reasonableness relates to both “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” and whether “the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (at paragraph 47). Accordingly, *Vilven F.C.*, at best, constrains both the Tribunal’s reasoning (e.g., it could not reasonably avoid mention of the decision altogether) and the range of acceptable outcomes.

[33] In summary, then, did the Judge choose the proper standard of review? Yes. Did he apply it correctly? No. With respect, the Judge rather substituted his own opinion for that of the Tribunal. He imposed his own characterization of the factors enunciated in *Vilven F.C.* and applied them to the evidence to come to his own conclusion.

2. *Did the Judge properly apply the reasonableness standard to the Tribunal’s assessment of the normal age of retirement?*

argument. Bien que je souscrive au principe selon lequel, lors du réexamen, le Tribunal a l’obligation de suivre les directives de la cour réformatrice (voir le paragraphe 54 de l’arrêt *Supérieur Propane*), j’estime que la règle ne joue pas dans les circonstances. En l’espèce, le Tribunal ne procédait pas au réexamen à la suite d’une procédure de contrôle judiciaire. Il ne faisait qu’apprécier les plaintes en première instance. Malgré le chevauchement évident avec l’affaire *Vilven/Kelly*, ce litige et le nôtre reposent sur un dossier de preuve différent et doivent être considérés comme distincts. Le Tribunal n’avait pas l’obligation de suivre aveuglément la jurisprudence *Vilven C.F.* Elle ne doit pas être comprise comme si elle obligeait de recourir à la norme de la décision correcte, mais plutôt comme si elle restreint la gamme des options raisonnables offertes au Tribunal dans l’établissement du groupe de comparaison aux fins de l’alinéa 15(1)c).

[32] Je retiens la thèse de la Commission selon laquelle la jurisprudence actuelle sur les groupes de comparaison appropriés pour les pilotes canadiens [TRADUCTION] « a une incidence sur le caractère raisonnable de la décision [du Tribunal] et non pas sur la norme qui s’applique au contrôle de la décision » (mémoire des faits et du droit de la Commission, au paragraphe 24). À l’occasion de l’affaire *Dunsmuir*, la Cour suprême a jugé que le caractère raisonnable tenait « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (au paragraphe 47). Ainsi, la jurisprudence *Vilven C.F.* apporte des restrictions, tout au plus, quant au raisonnement du Tribunal (p. ex., il ne serait pas raisonnable qu’il omette de mentionner cette décision) et à la gamme des issues acceptables.

[33] Résumons donc. Le juge a-t-il choisi la bonne norme de contrôle? Oui. L’a-t-il appliquée correctement? Non. J’estime, avec égards, que le juge a plutôt substitué sa propre opinion à celle du Tribunal. Il a imposé sa propre qualification des facteurs énoncés dans la décision *Vilven C.F.*, et les a appliqués à la preuve pour tirer sa propre conclusion.

2. *Le juge a-t-il appliqué correctement la norme de la décision raisonnable à l’évaluation par le Tribunal de l’âge normal de la retraite?*

2.1 *Paragraph 15(1)(c) of the Act: the normal age of retirement*

[34] The Judge discusses the normal age of retirement from paragraph 86 to paragraph 132 of his reasons. The Tribunal does so at paragraph 4 through to 182 of its decision. They agree on the basic interpretation and operation of paragraph 15(1)(c) of the Act.

[35] Paragraph 15(1)(c) operates as a defence and amounts to a limited exception to discrimination based on age when there is an industry practice regarding retirement age (see *Vilven F.C.A.*, at paragraphs 51–52). For ease of reference, I reproduce here paragraph 15(1)(c):

**Exceptions**

**15 (1)** It is not a discriminatory practice if

...

(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;

[36] In practice, paragraph 15(1)(c) requires that the complainant establish a *prima facie* case of discrimination. Once done, the burden shifts to the employer to justify the discrimination on the basis of that provision, which mandates a comparison between the impugned standard and the normal age of retirement for employees working in positions similar to the complainant.

[37] As a result, the Tribunal is required to first identify a comparator group consisting of those workers who hold similar positions. Next, the Tribunal must calculate the normal age of retirement for the comparator group and compare it to the MRR. If the normal age of retirement for this group is equal to or less than the MRR, the employer has established the defence under paragraph 15(1)(c).

[38] Here, the Tribunal found that Air Canada had met its burden and dismissed the complaints.

2.1 *Alinéa 15(1)c) de la Loi : l'âge normal de la retraite*

[34] Le juge discute l'âge normal de la retraite du paragraphe 86 au paragraphe 132 de ses motifs. Le Tribunal le fait du paragraphe 4 à 182 de sa décision. Le juge et le Tribunal sont du même avis quant à l'interprétation et à l'application de base de l'alinéa 15(1)(c) de la Loi.

[35] L'alinéa 15(1)(c) offre, à titre de moyen de défense, une exception restreinte en cas de discrimination fondée sur l'âge lorsqu'il existe une pratique dans un secteur industriel concernant l'âge de la retraite (voir l'arrêt *Vilven C.A.F.*, aux paragraphes 51 et 52). Je reproduis l'alinéa 15(1)(c), par souci de commodité :

**Exceptions**

**15 (1)** Ne constituent pas des actes discriminatoires :

[...]

c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;

[36] L'alinéa 15(1)(c) requiert, en pratique, que le plaignant rapporte la preuve *prima facie* de discrimination. Cela fait, le fardeau de la preuve se déplace vers l'employeur, qui doit justifier la discrimination sur le fondement de cette disposition; cela appelle la comparaison de la norme contestée et l'âge normal de la retraite en vigueur pour les employés qui occupent des postes similaires à celui du plaignant.

[37] Par conséquent, le Tribunal doit en premier lieu établir un groupe de comparaison constitué des employés occupant le même genre d'emploi. Ensuite, le Tribunal doit calculer l'âge normal de la retraite pour le groupe de comparaison et comparer le résultat obtenu à la RRO. Si l'âge normal de la retraite pour ce groupe est égal ou inférieur à l'âge prévu par la RRO, l'employeur a établi le moyen de défense prévu à l'alinéa 15(1)(c).

[38] En l'espèce, le Tribunal a conclu qu'Air Canada s'était acquittée de son fardeau et a rejeté les plaintes.

## 2.2 *The Judge's approach to the normal age of retirement issue*

[39] After reproducing paragraph 15(1)(c) of the Act, the Judge began his discussion of the normal age of retirement by stating that the interpretation of the *Vilven F.C.* test was the central issue before the Tribunal. When correctly characterized, this test determined whether Air Canada could rely on this provision (reasons, at paragraph 88). I do not read *Vilven F.C.* as determining a test; from now on I shall refer to the *Vilven F.C.* factors.

[40] This said, the Judge then turned immediately to *Vilven F.C.* in search of its true meaning (reasons, at paragraph 89 and following).

[41] In *Vilven F.C.*, the Federal Court identified the correct comparator group at paragraphs 111, 112, 125 and 170 of its reasons. Their relevant parts read as follows:

The essence of what Air Canada pilots do is to fly aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace.

.... In light of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly's positions, the appropriate comparator group should have been pilots working for Canadian airlines who fly aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace.

...

To summarize my findings to this point: the essence of what Air Canada pilots do can be described as "flying aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace". There are many Canadian pilots working in similar positions, including those working for other Canadian airlines. These pilots form the comparator group for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

## 2.2 *Méthode du juge quant à la question de l'âge normal de la retraite*

[39] Après avoir reproduit l'alinéa 15(1)c) de la Loi, le juge a débuté l'examen de la question de l'âge normal de la retraite en déclarant que l'interprétation du critère consacré par la jurisprudence *Vilven C.F.* était la question centrale dont le Tribunal était saisi. Correctement qualifié, c'est par ce critère que l'on recherchait si Air Canada pouvait s'appuyer sur l'alinéa 15(1)c) (motifs, au paragraphe 88). Je n'interprète toutefois pas la jurisprudence *Vilven C.F.* comme consacrant un critère; à partir de maintenant, je ferai référence aux facteurs de la jurisprudence *Vilven C.F.*

[40] Cela dit, le juge s'est ensuite immédiatement penché sur la jurisprudence *Vilven C.F.* pour en dégager le sens véritable (motifs, aux paragraphes 89 et suivants).

[41] Par la décision *Vilven C.F.*, la Cour fédérale a établi le groupe de comparaison approprié aux paragraphes 111, 112, 125 et 170 de ses motifs; j'en reproduis les extraits pertinents :

Ce que les pilotes d'Air Canada font essentiellement, c'est être aux commandes d'aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger.

[...] Compte tenu des caractéristiques essentielles des emplois qu'occupaient MM. Vilven et Kelly, le bon groupe de comparaison aurait dû être celui des pilotes au service de sociétés aériennes canadiennes et aux commandes d'aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger.

[...]

Pour résumer mes conclusions sur ce point, l'essentiel de ce que font les pilotes d'Air Canada peut être décrit comme suit : « piloter des appareils de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger ». De nombreux pilotes canadiens occupent des postes semblables, y compris ceux qui sont au service d'autres entreprises de transport aérien canadiennes. Ce sont ces pilotes-là qui constituent le groupe de comparaison pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

...

... I am of the view that the Tribunal erred in its identification of the “positions similar” to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly. It is pilots working for Canadian airlines flying aircraft of various sizes to domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace, that form the proper comparator group. [Emphasis added.]

[42] At the hearing of these appeals, as they had done below, the parties expressed their respective views as to which paragraph best summarizes the Federal Court’s finding in *Vilven* F.C. with respect to the proper comparator group.

[43] All of the parties accept that the activities of other Canadian airline pilots must be examined on the basis of the factors identified in *Vilven* F.C. These factors are:

- Flying domestically
- Flying internationally
- Transporting passengers
- Flying varying sizes of aircraft
- Flying varying types of aircraft

[44] The parties disagree sharply over which factors are paramount and, most importantly, whether these factors are to be read conjunctively, as decided by the Tribunal, or disjunctively, as found by the Judge. More particularly, they ask whether the word “both”, which appears at paragraphs 112 and 125 of *Vilven* F.C. to qualify the expression “to domestic and international destinations”, was voluntarily or accidentally dropped from paragraph 170 (I note that the word is also found at paragraph 111). For the Judge, the presence or absence of the word “both” is significant. A conjunctive formulation will exclude airlines which do not exhibit all of the factors taken from *Vilven* F.C. (reasons, at paragraph 93) while looking at the same factors disjunctively allows

[...]

[...] je suis d’avis que le Tribunal a commis une erreur dans son identification du « genre d’emploi » qu’occupaient MM. Vilven et Kelly. Ce sont les pilotes au service d’entreprises de transport aérien international canadiennes, aux commandes d’aéronefs de tailles diverses se rendant à des destinations intérieures et internationales, en traversant l’espace aérien canadien et étranger, qui constituent le groupe de comparaison approprié. [Non souligné dans l’original.]

[42] Chacune des parties a fait connaître lors de l’instruction des présents appels, comme elle l’avait fait devant l’instance inférieure, son point de vue quant au paragraphe de la décision *Vilven* C.F. résumant le mieux la conclusion qu’y a tirée la Cour fédérale au sujet du bon groupe de comparaison.

[43] Il n’est pas controversé entre toutes les parties qu’il faut examiner les activités des autres pilotes de transporteurs aériens canadiens en fonction des facteurs recensés dans la décision *Vilven* C.F., soit :

- piloter vers des destinations intérieures
- piloter vers des destinations internationales
- transporter des voyageurs
- piloter des aéronefs de tailles diverses
- piloter des aéronefs de types divers

[44] Les parties sont en profond désaccord quant aux facteurs primordiaux et, plus important encore, quant à savoir s’il faut interpréter les facteurs de manière conjunctive, comme en a décidé le Tribunal, ou de manière disjunctive, comme en a décidé le juge. Plus précisément, elles soulèvent la question de savoir si les mots « à la fois » utilisés aux paragraphes 112 et 125 de la décision *Vilven* C.F. pour qualifier l’expression « vers des destinations [...] intérieures et internationales » ont été retirés volontairement ou par mégarde du paragraphe 170 (je relève que les mots « à la fois » figurent également au paragraphe 111). Selon le juge, la présence ou l’absence des mots « à la fois » est une question importante. En effet, la formulation conjunctive exclut

for the inclusion of pilots of any airline exhibiting any single factor from the above-mentioned list.

[45] The Judge was of the view that the Tribunal's conjunctive reading of the *Vilven* F.C. factors resulted in the elimination of "Air Canada's major competitors on a test meant to compare airlines based on the similarity of their pilots' functions and duties" (reasons, at paragraph 99). As a result, airlines considered in *Vilven* F.C., namely the Canadian airlines Jazz, Air Transat, Skyservice, CanJet and WestJet, were excluded by the Tribunal when it crafted its comparator group.

[46] For the Judge, such an outcome was "patently unreasonable" and resulted from the application of wrong principles. Thus, it justified setting aside the Tribunal's decision. The remainder of the Judge's discussion would seem to be a closer examination of the Tribunal's reasons for the purpose of identifying how the Tribunal erred in its application of *Vilven* F.C. In this vein, the Judge specifically identified seven errors, including once again the elimination of Air Canada's main competitors. They are as follows:

1. the unreasonableness of the elimination of Air Canada's competitors;
2. the failure to conduct a functional analysis of the functions and duties of Air Canada pilots;
3. the failure to conduct a contextual analysis of the reasoning from *Vilven* F.C.;
4. the failure to consider paragraph 173 of *Vilven* F.C., where the word "both" is also omitted;
5. the failure to properly assess paragraph 113 of *Vilven* F.C., which dealt with the other five principal

les transporteurs aériens dont les pilotes ne correspondent pas à tous les facteurs recensés dans la décision *Vilven* C.F. (motifs, au paragraphe 93). En revanche, la formulation disjonctive permet d'inclure les pilotes de tous les transporteurs aériens qui correspondent à tout facteur de la liste ci-dessus.

[45] Le juge a estimé que l'interprétation conjonctive faite par le Tribunal des facteurs recensés par la décision *Vilven* C.F. avait donné lieu à l'élimination des « principaux concurrents d'Air Canada en raison de l'application d'un critère visant à comparer les transporteurs aériens en fonction des similitudes des tâches et des responsabilités de leurs pilotes » (motifs, au paragraphe 99). Il en est résulté l'exclusion par le Tribunal des transporteurs aériens pris en compte à l'occasion de l'affaire *Vilven* C.F., soit les transporteurs canadiens Jazz, Air Transat, Skyservice, CanJet et WestJet, lorsqu'il a établi le groupe de comparaison.

[46] Selon le juge, un tel résultat était « manifestement déraisonnable » et avait découlé de l'application des mauvais principes. Il était ainsi justifié d'annuler la décision du Tribunal. Le reste de la discussion du juge semble avoir consisté en un examen plus approfondi des motifs du Tribunal pour cerner de quelle manière celui-ci avait commis une erreur dans son application de la jurisprudence *Vilven* C.F. Dans cet esprit, le juge a expressément relevé sept erreurs, y compris une fois encore l'élimination des principaux concurrents d'Air Canada. Voici ces erreurs :

1. le caractère déraisonnable de l'élimination des concurrents d'Air Canada;
2. l'absence d'analyse fonctionnelle des tâches et responsabilités des pilotes d'Air Canada;
3. l'absence d'analyse contextuelle du raisonnement formulé dans la décision *Vilven* C.F.;
4. la mise à l'écart du paragraphe 173 de la décision *Vilven* C.F., où les mots « à la fois » ne qualifient pas non plus les destinations;
5. le défaut d'évaluer valablement le paragraphe 113 de la décision *Vilven* C.F., qui discutait les cinq

airlines in Canada transporting passengers to domestic and international destinations;

6. the failure to discuss paragraph 171 of *Vilven F.C.* and the concern expressed therein regarding Air Canada's dominant position within the Canadian airline industry; and finally
7. the failure to interpret the word "both" contextually.

[47] The reasons in *Vilven F.C.* and the elimination of Air Canada's competitors as a result of the Tribunal's approach here were the key elements of the Judge's analysis and his ultimate conclusion that the Tribunal's conclusion on the paragraph 15(1)(c) issue could not stand. It is therefore useful to examine *Vilven F.C.* more closely.

### 2.3 *The Vilven F.C. decision and its applicability to the present complaints*

[48] There is no doubt that *Vilven F.C.* presents factual similarities with the appeals at bar: Messrs. Vilven and Kelly were Air Canada pilots and had both complained about the same MRR challenged by the Adamson Group.

[49] In *Vilven F.C.*, the Federal Court found that the Tribunal had erred in its identification of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly's positions. As a result, the Tribunal had also erred in its choice of the comparator group for the purposes of calculating the normal age of retirement under paragraph 15(1)(c) of the Act. In particular, the Tribunal had focused on the status and prestige attached to a pilot's position at Air Canada and made this an essential feature of the position. The Federal Court found this to be unreasonable. Rather, the Tribunal had to look at "the actual functional requirements of the positions" (*Vilven F.C.*, at paragraph 107). It should have concentrated on the "objective duties and functional responsibilities" of a pilot's position in Canada to assess whether a position was similar to that

autres principaux transporteurs aériens au Canada assurant le transport de voyageurs vers des destinations intérieures et internationales;

6. le défaut d'aborder le paragraphe 171 de la décision *Vilven C.F.* et les préoccupations qui y sont exprimées quant à la position dominante d'Air Canada au sein du secteur canadien du transport aérien;
7. l'absence d'interprétation contextuelle des mots « à la fois ».

[47] Les motifs de la décision *Vilven C.F.* et l'élimination des concurrents d'Air Canada en raison de l'approche retenue par le Tribunal en l'espèce ont été les éléments clés de l'analyse du juge et de sa conclusion finale selon laquelle la conclusion du Tribunal relative à l'alinéa 15(1)c) ne pouvait pas être maintenue. Il sera donc utile d'examiner la jurisprudence *Vilven C.F.* de manière plus approfondie.

### 2.3 *La jurisprudence Vilven C.F. et sa pertinence quant aux présentes plaintes*

[48] Il ne fait nul doute que des ressemblances existent entre les faits en cause dans l'affaire *Vilven C.F.* et dans les présents appels : MM. Vilven et Kelly étaient pilotes au service d'Air Canada et ils avaient tous deux formulé des plaintes à l'égard de la même RRO que celle qui est contestée par le groupe Adamson.

[49] À l'occasion de l'affaire *Vilven C.F.*, la Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait incorrectement défini les caractéristiques essentielles des postes de MM. Vilven et Kelly. Le Tribunal, par conséquent, avait aussi choisi incorrectement le groupe de comparaison pour le calcul de l'âge normal de la retraite aux fins de l'alinéa 15(1)c) de la Loi. En particulier, le Tribunal avait insisté sur le statut et le prestige associés aux postes de pilote auprès d'Air Canada, et il en avait fait une caractéristique essentielle de ces postes. La Cour fédérale a jugé cela déraisonnable. Le Tribunal aurait plutôt dû se pencher sur « les exigences fonctionnelles réelles des emplois eux-mêmes » (*Vilven C.F.*, au paragraphe 107). Il aurait dû mettre l'accent sur « les tâches et les responsabilités fonctionnelles objectives » du

occupied by Messrs. Vilven and Kelly (*Vilven F.C.*, at paragraph 109).

[50] It is within that context that the Federal Court turned its mind to the essential features of Messrs. Vilven and Kelly's positions and wrote paragraphs 111 and 112, summarizing its findings at paragraph 125. I note that these paragraphs are found in the section of *Vilven F.C.* entitled "The characterization of Messrs. Vilven and Kelly's positions and the choice of comparator group". Paragraphs 170 and 173 come much later, once the Federal Court has already characterized the position. The latter paragraphs appear in the section dealing with the normal age of retirement for Canadian airline pilots.

[51] I also note that, in *Vilven F.C.*, the Tribunal's erroneous approach to the essential features of an Air Canada pilot's position was not determinative of the outcome of the case. Indeed, reviewing the Tribunal's finding on a reasonableness standard, the Federal Court upheld the Tribunal's conclusion that, for Canadian airline pilots, 60 was the normal age of retirement. The Federal Court agreed with the empirical approach taken by the Tribunal in determining the issue, i.e., a statistical analysis of the total number count of relevant positions in the Canadian airline industry. To this end, the Federal Court wrote at paragraphs 173 and 174:

The statistical information before the Tribunal with respect to airline pilots working for both Air Canada and other Canadian airlines flying aircraft of various sizes to domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace, reveals that at the time that Messrs. Vilven and Kelly were forced to leave their positions at Air Canada, several Canadian airlines allowed their pilots to fly until they were 65, and one had no mandatory retirement policy whatsoever. Nevertheless, 56.13% of Canadian airline pilots retired by the time they reached the age of age 60.

Therefore, despite the errors identified above, the Tribunal's conclusion that 60 was the normal age of retirement for employees in positions similar to those occupied

poste de pilote au Canada pour évaluer si un emploi donné était du même genre que celui occupé par MM. Vilven et Kelly (*Vilven C.F.*, au paragraphe 109).

[50] C'est dans ce contexte que la Cour fédérale s'est penchée sur les caractéristiques essentielles des postes de MM. Vilven et Kelly et a rédigé les paragraphes 111 et 112, et résumé ses conclusions au paragraphe 125. Je relève que ces paragraphes se trouvent dans la partie de la décision *Vilven C.F.* intitulée « La description des emplois qu'occupaient MM. Vilven et Kelly ainsi que le choix du groupe de comparaison ». Les paragraphes 170 et 173 figurent bien plus loin, alors que la Cour fédérale avait déjà fait sa description d'emploi, et ils se trouvent dans la partie de la décision portant sur l'âge normal de la retraite pour les pilotes des transporteurs aériens canadiens.

[51] Je relève également que, à l'occasion de l'affaire *Vilven C.F.*, l'approche retenue adoptée par le Tribunal afin d'établir les caractéristiques essentielles du poste occupé par les pilotes d'Air Canada n'a pas eu d'effet décisif sur l'issue de la cause. D'ailleurs, lorsqu'elle a procédé à l'examen de la conclusion du Tribunal selon la norme de la décision raisonnable, la Cour fédérale a maintenu sa conclusion selon laquelle l'âge normal de la retraite pour les pilotes de transporteurs aériens canadiens était de 60 ans. La Cour fédérale a retenu l'approche empirique adoptée par le Tribunal — procéder par analyse statistique au dénombrement total des postes pertinents dans le secteur canadien du transport aérien — pour trancher la question. La Cour fédérale a ainsi observé, aux paragraphes 173 et 174 :

Les informations statistiques présentées au Tribunal au sujet des pilotes de ligne travaillant à la fois pour Air Canada et pour d'autres sociétés aériennes canadiennes faisant voler des aéronefs de tailles diverses vers des destinations intérieures et internationales, dans l'espace aérien canadien et étranger, révèlent qu'à l'époque où MM. Vilven et Kelly ont été forcés de quitter leur emploi chez Air Canada, plusieurs sociétés aériennes canadiennes permettaient à leurs pilotes de voler jusqu'à l'âge de 65 ans, et une ne disposait d'aucune politique de retraite obligatoire. Néanmoins, 56,13 p. 100 des pilotes de ligne canadiens prenaient leur retraite à l'âge de 60 ans.

Par conséquent, malgré les erreurs mentionnées précédemment, la conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi

by Messrs. Vilven and Kelly prior to their forced retirements from Air Canada was one that fell within the range of possible acceptable outcomes which are defensible in light of the facts and the law.

[52] I see three factors limiting *Vilven F.C.*'s direct applicability to the matter before us.

[53] First, as previously discussed in the standard of review analysis, *Vilven F.C.* was a separate matter involving different complainants and different evidence. Notwithstanding the clear similarities between both sets of complainants, the proceedings are formally distinct. The complaints considered in *Vilven F.C.* were effectively resolved by our Court's decision in *Vilven F.C.A.*, which upheld the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the Act. By contrast, the Tribunal here was assessing the complaints in first instance. As a result, it was not automatically constrained by the findings or conclusion in *Vilven F.C.* The Tribunal had to decide for itself how to deal with *Vilven F.C.*, subject of course to the possibility of judicial review for reasonableness.

[54] Second, *Vilven F.C.* was based on a particular factual record. This is an important distinction. *Vilven F.C.* involved an agreed statement of facts (see e.g. *Vilven F.C.*, at paragraphs 113–114), which was the basis for Mactavish J.'s finding that 56 percent of Canadian airline pilots retired by the age of 60 (*Vilven F.C.*, at paragraph 173). Furthermore, this agreed statement of facts was in great part centered on the retirement ages for international commercial airline pilots (see Schedule A of the agreed statements of facts, appeal book, Vol. 2, tab I-3, at pages 306–308, Exhibit C-2 before the Tribunal and Exhibit 3 to the affidavit of Harlan Clark, Director, of Labour Relations for Air Canada). In the case at bar, however, there was no agreed statement of facts and the parties introduced extensive evidence at the hearing. The Tribunal was required to sift through this evidence and decide how to use it in the normal age of retirement analysis. This difference suggests that *Vilven F.C.* should be viewed as intimately connected to its particular factual context.

qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly avant qu'ils ne prennent leur retraite forcée d'Air Canada appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[52] Trois éléments restreignent, selon moi, l'application pure et simple de la jurisprudence *Vilven C.F.* à l'affaire qui nous occupe.

[53] Premièrement, comme je l'ai déjà dit dans l'analyse relative à la norme de contrôle, la décision *Vilven C.F.* portait sur une affaire distincte mettant en cause des preuves et des plaignants différents. Malgré les similitudes évidentes entre les deux groupes de plaignants, les instances sont formellement distinctes. L'arrêt de notre Cour *Vilven C.A.F.*, où a été reconnue la validité constitutionnelle de l'alinéa 15(1)c) de la Loi, a concrètement résolu les plaintes examinées dans la décision *Vilven C.F.* En revanche, en l'espèce, le Tribunal a apprécié les plaintes en première instance. Les conclusions tirées dans la décision *Vilven C.F.* ne lui étaient donc pas automatiquement opposables. Le Tribunal devait lui-même décider quelle devait être l'incidence de la jurisprudence *Vilven C.F.*, sous réserve bien sûr du contrôle judiciaire éventuel du caractère raisonnable de sa décision.

[54] Deuxièmement, la décision *Vilven C.F.* était fondée sur un ensemble de faits particuliers. La distinction est d'importance. L'on disposait dans l'affaire *Vilven C.F.* d'un exposé conjoint des faits (voir, p. ex., la décision *Vilven C.F.*, aux paragraphes 113 et 114), sur lequel la juge Mactavish s'est fondée pour conclure que 56 p. 100 des pilotes de ligne canadiens prenaient leur retraite à l'âge de 60 ans (la décision *Vilven C.F.*, au paragraphe 173). En outre, l'exposé conjoint des faits était axé en grande partie sur l'âge de la retraite des pilotes de transporteurs aériens commerciaux internationaux (voir l'annexe A de l'exposé conjoint des faits, cahier d'appel, vol. 2, onglet I-3, aux pages 306 à 308, la pièce C-2 présentée au Tribunal et la pièce 3 jointe à l'affidavit d'Harlan Clark, directeur des relations de travail chez Air Canada). En l'espèce toutefois, il n'y avait pas d'exposé conjoint des faits et les parties ont présenté beaucoup d'éléments de preuve à l'audience. Le Tribunal a dû passer ces éléments au crible et décider comment il fallait s'en servir dans son analyse de l'âge normal de la retraite.

[55] I note as well that the comparator group factors that Mactavish J. identified in *Vilven F.C.* [at paragraph 111], namely “fly[ing] aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canada and foreign airspace”, do not match the information contained in Schedule A attached to the agreed statement of facts referred to above. For instance, Mactavish J. did not have evidence on the types or sizes of aircraft Canadian airlines flew or what destinations they served. While her analysis of the normal age of retirement was based on the agreed statement of facts, the limited nature of this evidence meant that she could not put the comparator group factors into practice. The divide between the stated factors and the evidence in *Vilven F.C.* suggests to me that the decision was not intended to be an authoritative treatment of the proper comparator group for Air Canada pilots. Rather, the criteria were a way of highlighting the error in the Tribunal’s analysis, which had focused on subjective factors such as the prestige associated with working for a “major international carrier” (see *Vilven F.C.*, at paragraphs 107 and 165).

[56] Third, *Vilven F.C.* represents a particular application of the normal age of retirement defence and did not purport to be a generalized interpretation of paragraph 15(1)(c) of the Act. In fact, *Vilven F.C.* was addressing the first part of the normal age of retirement analysis (i.e., the proper comparator group) in the particular context of the two complaints. The doctrine of *stare decisis* is not at play here.

[57] Although both deal with the doctrine of *stare decisis*, this finding is distinct from my earlier conclusion that the Tribunal was not required to apply *Vilven F.C.* because it was not engaged in a re-determination of these complaints. The practical result of these two

Vu une telle différence, la portée de la jurisprudence *Vilven C.F.* est étroitement circonscrite aux faits bien particuliers de cette affaire.

[55] Je relève de même que les facteurs retenus par la juge Mactavish à l’occasion de l’affaire *Vilven C.F.* pour établir le groupe de comparaison, soit « être aux commandes d’aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations intérieures et internationales, en traversant l’espace aérien canadien et étranger » [au paragraphe 111], ne correspondent pas aux renseignements figurant à l’annexe A jointe à l’exposé conjoint des faits mentionné précédemment. À titre d’exemple, la juge Mactavish ne disposait pas de preuves concernant les types ou les tailles des aéronefs utilisés, ou les destinations desservies, par les transporteurs aériens canadiens. Bien que son analyse de l’âge normal de la retraite se soit fondée sur l’exposé conjoint des faits, la nature restreinte de cet élément de preuve l’a empêchée d’appliquer en pratique les facteurs retenus pour établir le groupe de comparaison. Vu le décalage entre les facteurs énoncés et les preuves présentées à l’occasion de l’affaire *Vilven C.F.*, je suis d’avis que cette décision n’était pas destinée à faire autorité quant au groupe de comparaison approprié pour les pilotes d’Air Canada. Les critères en cause visaient plutôt à faire ressortir le caractère erroné de l’analyse du Tribunal, qui s’était concentrée sur des facteurs subjectifs tels que le prestige associé au travail auprès d’un « “transporteur international important” » (voir la décision *Vilven C.F.*, aux paragraphes 107 et 165).

[56] Troisièmement, la jurisprudence *Vilven C.F.* reflète une application particulière du moyen de défense fondé sur l’âge normal de la retraite, et n’était pas censée consacrer une interprétation générale de l’alinéa 15(1)c) de la Loi. La jurisprudence *Vilven C.F.* portait, en réalité, sur la première partie de l’analyse de l’âge normal de la retraite (c.-à-d. le bon groupe de comparaison) dans le contexte particulier des deux plaintes formulées. Le principe du précédent obligatoire n’est pas en cause ici.

[57] Bien que dans les deux cas le principe du précédent obligatoire soit discuté, la conclusion qui précède se distingue de ma conclusion précédente selon laquelle le Tribunal n’était pas tenu d’appliquer la jurisprudence *Vilven C.F.* parce qu’il n’avait pas à rendre une nouvelle

conclusions is the same. The Tribunal was not obliged to apply the *Vilven* F.C. factors in the same manner as Mactavish J. suggested, but rather it had greater leeway in deciding how to make use of these factors.

[58] These considerations all point toward giving *Vilven* F.C. a more limited role when reviewing the Tribunal's decision. The factors are not a formula that the Tribunal had to get right to survive a challenge on judicial review. More importantly, they should not be divorced from the particular factual context of the complaints and transformed into a prescriptive standard.

[59] Given my conclusion that *Vilven* F.C. did not establish a binding precedent, I believe that the Judge's continual reference to "the *Vilven* FC test" detracted from a holistic consideration of the Tribunal's decision on judicial review and led the Judge to focus excessively on the reasons from *Vilven* F.C.

[60] If *Vilven* F.C. was not a controlling precedent, this raises the question of what exactly its effect on the current proceedings was. In my view, the decision should be seen as informing the context in which the Tribunal's decision was made. Review on a standard of reasonableness is primarily a contextual inquiry: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18. As stated previously, jurisprudence, including *Vilven* F.C., restricts the Tribunal's range of options and constrains its analysis when determining the normal age of retirement. It does not follow that the Tribunal was required to apply the factors in the same manner as Mactavish J. intended. Accordingly, I find that the Judge took a wrong path when narrowly examining the wording from *Vilven* F.C. and comparing his preferred interpretation with that of the Tribunal.

décision à l'égard des plaintes dans notre affaire. Les deux conclusions conduisent à un même résultat en pratique. Le Tribunal n'était pas tenu d'appliquer les facteurs de la jurisprudence *Vilven* C.F. de la manière avancée par la juge Mactavish, mais disposait d'une plus grande marge de manœuvre pour décider de leur mode d'emploi.

[58] Tous ces éléments m'incitent à accorder à la jurisprudence *Vilven* C.F. une portée plus restreinte aux fins de l'examen de la décision du Tribunal. Les facteurs de la jurisprudence *Vilven* C.F. ne sont pas une formule que le Tribunal devait appliquer correctement pour éviter l'annulation de sa décision à l'étape du contrôle judiciaire. Plus important encore, il ne faut pas considérer ces facteurs indépendamment des faits particuliers sur lesquels étaient fondées les plaintes et les transformer en une norme prescriptive.

[59] Étant donné que j'ai conclu que la jurisprudence *Vilven* C.F. ne faisait pas autorité, j'estime que la mention constante par le juge du « critère consacré par la décision *Vilven* » s'éloignait de l'examen global requis de la décision du Tribunal dans le cadre du contrôle judiciaire, ce qui a conduit le juge à se concentrer de manière excessive sur les motifs de la décision *Vilven* C.F.

[60] Si l'enseignement de la décision *Vilven* C.F. ne s'impose pas, se pose alors la question de son incidence véritable sur l'instance actuelle. Selon moi, cette décision a pour rôle d'éclairer le contexte dans lequel le Tribunal a rendu sa décision. Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable consiste principalement en une analyse contextuelle (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, au paragraphe 18). Comme je l'ai signalé précédemment, la jurisprudence, y compris *Vilven* C.F., restreint la gamme des options offertes au Tribunal, et limite l'analyse de celui-ci lorsqu'il établit l'âge normal de la retraite. Il n'en découle pas que le Tribunal devait appliquer les facteurs de la manière même que l'a entendu la juge Mactavish. Je conclus donc que le juge a emprunté la mauvaise voie lorsqu'il a analysé étroitement le libellé de la décision *Vilven* C.F. et comparé l'interprétation qu'il privilégiait à celle faite par le Tribunal.

[61] A court conducting review on a standard of reasonableness must take as its starting point the tribunal's decision and examine it in light of the law and the record before the decision maker.

[62] It is worth repeating that where the standard of review is reasonableness, a reviewing court that finds the tribunal's decision unreasonable is not entitled to substitute its own decision for that of the tribunal. It can identify factors which the tribunal may wish to consider but it cannot impose its views on the tribunal. The matter must be returned to the tribunal so that it may decide the matter for itself in light of the reviewing court's reasons. While these may provide a line of reasoning which the tribunal could profitably consider, the ultimate decision rests with the tribunal. The scope of its decision is limited only by the requirement of reasonableness.

[63] Here, the Judge's overall approach to *Vilven F.C.* was similar to an exercise in statutory interpretation. In other words, he seemingly concluded that *Vilven F.C.* needed to be correctly interpreted in the abstract before it could be applied to the case at hand. As a matter of fact, the Judge turned to *Vilven F.C.* before even discussing the Tribunal's decision. In my view, by treating the *Vilven F.C.* factors as a kind of legislation, the Judge erroneously moved away from the only legislative enactment that governed the issue and which would ultimately determine whether Air Canada and the ACPA could rely on the BFOR defence: paragraph 15(1)(a) of the Act. The provision barely figures in the Judge's analysis and is overshadowed by the *Vilven F.C.* decision. Said differently, *Vilven F.C.* was not a comprehensive code that, when properly interpreted, would determine the outcome of the complaints. In my respectful view, taking this approach led the Judge away from the task of assessing the reasonableness of the Tribunal's decision on its own merits.

[64] On that point, I note paragraphs 128 and 129 of the Judge's reasons where he states:

[61] Le juge procédant à un examen selon la norme de la décision raisonnable doit utiliser la décision du tribunal comme point de départ et l'examiner au regard du droit et du dossier dont disposait le décideur.

[62] Il est utile de répéter que lorsque la norme de contrôle est la décision raisonnable, le juge chargé de l'examen qui juge déraisonnable la décision d'un tribunal ne peut pas lui substituer sa propre décision. Il peut indiquer les facteurs que le tribunal aurait avantage à examiner, mais il ne peut pas lui imposer son propre point de vue. L'affaire doit être renvoyée au tribunal afin qu'il tranche lui-même la question en tenant compte des motifs du juge chargé de l'examen. Bien que ces motifs offrent un schème de raisonnement que le tribunal pourrait mettre à profit, en fin de compte, la décision à rendre lui incombe. La portée de la décision du tribunal est uniquement limitée par les exigences de la décision raisonnable.

[63] En l'espèce, de manière générale, le juge a discuté la jurisprudence *Vilven C.F.* comme s'il interprétait un texte législatif. En d'autres mots, il semble avoir conclu qu'il fallait d'abord interpréter correctement cette décision dans l'abstrait avant de l'appliquer à l'affaire dont il était saisi. D'ailleurs, le juge s'est penché sur la jurisprudence *Vilven C.F.* avant même d'aborder la décision du Tribunal. À mon avis, lorsqu'il a discuté les facteurs de la jurisprudence *Vilven C.F.* comme s'il s'agissait de dispositions législatives, le juge s'est éloigné à tort du seul texte législatif qui régissait la question et qui devait servir à décider en définitive si Air Canada et l'APAC pouvaient invoquer les EPJ comme moyen de défense, soit l'alinéa 15(1)a de la Loi. Cette disposition est à peine mentionnée dans l'analyse du juge, et elle est reléguée au second plan par la jurisprudence *Vilven C.F.* Autrement dit, la jurisprudence *Vilven C.F.* n'était pas un code exhaustif qui, correctement interprété, devait déterminer de l'issue des plaintes. À mon humble avis, l'approche ainsi retenue par le juge l'a détourné de sa mission consistant à évaluer, en soi, le caractère raisonnable de la décision du Tribunal.

[64] Je relève sur ce point, aux paragraphes 128 et 129 de ses motifs, les observations suivantes du juge :

Recognizing the deference owed the Tribunal, I nevertheless find that the Tribunal erred in principle in its interpretation of the direction of the Court in *Vilven* as imposing a rule consisting of a series of factors to be considered conjunctively, when the decision interpreted in its context clearly directed the Tribunal to apply those factors disjunctively.

On the basis of the foregoing, I adopt the reasons of Justice Mactavish in *Vilven* as properly determining the attributes of Comparator Airlines in so far as the enumerated factors are to be applied disjunctively. Otherwise, I would respectfully disagree with her decision on the basis of my reasons described above, which in my view require the enumerated factors identified in her decision to be applied disjunctively in order to avoid the unreasonable outcome of Air Canada's major competitors being eliminated as Comparator Airlines. [Emphasis added.]

[65] It follows from these paragraphs that *Vilven* F.C. can be read in more than one way.

[66] Here, the Tribunal explained its rationale for reading *Vilven* F.C. the way it did. The Tribunal was entitled, when applying the *Vilven* F.C. factors, to opt for the conjunctive approach and to rely on paragraphs 112 and 125 of *Vilven* F.C. I discuss the Tribunal's decision in further detail below.

#### 2.4 *The Judge's error in relying on the elimination of Air Canada's competitors as a reviewable error*

[67] Despite identifying several errors in the reasoning of the Tribunal, the Judge clearly fastened onto the fact that the Tribunal's approach to *Vilven* F.C. resulted in the elimination of Air Canada's major competitors (reasons, at paragraphs 94, 98, 99, 101, 107, 114, 120, 129 and 130). The other errors are mostly subsumed under this finding. As mentioned above, this is why the Judge found the Tribunal's decision to be "patently unreasonable".

Malgré la retenue dont je dois faire preuve envers le Tribunal, je conclus tout de même que le Tribunal a commis une erreur de principe dans son interprétation de la directive formulée par la Cour dans la décision *Vilven* lorsqu'il a conclu qu'elle imposait une règle qui consistait en un ensemble de facteurs devant être considérés de façon conjonctive, alors que, si on l'interprète dans son contexte, la décision enjoignait clairement au Tribunal d'appliquer les facteurs de façon disjonctive.

Compte tenu de ce qui précède, je retiens les motifs que la juge Mactavish a exposés dans la décision *Vilven*, car ils définissent correctement les caractéristiques des transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison, dans la mesure où les facteurs énumérés sont appliqués de façon disjonctive. Autrement, en toute déférence, je ne souscris pas à sa décision pour les motifs susmentionnés. À mon avis, les facteurs qu'elle a énumérés dans sa décision doivent être appliqués de façon disjonctive afin d'éviter l'issue déraisonnable qu'est l'élimination des principaux concurrents d'Air Canada en tant que transporteurs aériens dont les pilotes —constituent le groupe de comparaison. [Non souligné dans l'original.]

[65] Il ressort de ces paragraphes qu'on peut lire la jurisprudence *Vilven* C.F. de plus d'une manière.

[66] En l'espèce, le Tribunal a expliqué sa lecture de la jurisprudence *Vilven* C.F. Il était loisible au Tribunal, en appliquant les facteurs consacrés par la jurisprudence *Vilven* C.F., d'opter pour une interprétation conjonctive et de s'appuyer sur les paragraphes 112 et 125 de cette décision. J'examinerai ci-dessous de manière plus approfondie la décision du Tribunal.

#### 2.4 *L'erreur commise par le juge en considérant l'élimination des concurrents d'Air Canada comme une erreur susceptible de contrôle*

[67] S'il a relevé plusieurs erreurs entachant le raisonnement du Tribunal, le juge s'est manifestement attaché au fait qu'il résultait de sa lecture de la jurisprudence *Vilven* C.F. l'élimination des principaux concurrents d'Air Canada (motifs, aux paragraphes 94, 98, 99, 101, 107, 114, 120, 129 et 130). Les autres erreurs sont essentiellement englobées dans cette conclusion. Comme je l'ai dit ci-dessus, c'est pour cette raison que le juge a conclu que la décision du Tribunal était « manifestement déraisonnable ».

[68] In my view, the Judge’s focus on Air Canada’s main competitors was misplaced. There was no evidence presented to the Tribunal with regard to the identity of Air Canada’s major domestic competitors. This is not surprising, as the parties were focused on bringing evidence relating to the *Vilven* F.C. factors; the notion of competitors is not one of the factors identified in that decision. To the contrary, in *Vilven* F.C., Mactavish J. disapproved of the Tribunal’s approach when the latter concluded that only pilots working for major international airlines should be included in the comparator group (*Vilven* F.C., at paragraphs 90 and 109).

[69] Rather, the listed factors were identified based on the actual requirements of a pilot’s position, not on any of the commercial attributes of airlines.

[70] In their memorandum of fact and law at paragraph 85, the complainants assert that the Judge was entitled to use his “own common sense and common knowledge” when discussing Air Canada’s major competitors. I disagree. The threshold for judicial notice is uncompromising. As stated in *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at paragraph 53, quoting *R. v. Find*, 2001 SCC 32, [2001] 1 S.C.R. 863, at paragraph 48:

... a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy....

[71] Although stated in the criminal context, this rule applies as well to civil matters (see e.g. *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraph 237).

[72] One cannot say with certainty which airlines were Air Canada’s major or closest competitors between 2005

[68] À mon avis, l’accent mis par le juge sur la question des principaux concurrents d’Air Canada était malvenu. Le Tribunal ne disposait pas de preuves établissant quels étaient les principaux concurrents nationaux d’Air Canada. Cela n’a rien de surprenant, puisque les parties cherchaient surtout à présenter des preuves se rapportant aux facteurs consacrés par la jurisprudence *Vilven* C.F.; or, la notion de concurrents ne figure pas parmi les facteurs mentionnés dans cette décision. Par la décision *Vilven* C.F., au contraire, la juge Mactavish a rejeté l’approche suivie par le Tribunal lorsqu’il avait conclu que seuls les pilotes travaillant pour d’importantes entreprises de transport aérien international devaient être inclus dans le groupe de comparaison (*Vilven* C.F., aux paragraphes 90 et 109).

[69] Plutôt, les facteurs énumérés ont été retenus en fonction des exigences réelles d’un poste de pilote, et non de caractéristiques commerciales quelconques des transporteurs aériens.

[70] Au paragraphe 85 de leur mémoire des faits et du droit, les plaignants font valoir qu’il était loisible au juge de recourir à [TRADUCTION] « son propre sens commun et à ses propres connaissances » en traitant des principaux concurrents d’Air Canada. Je rejette cette thèse. Le critère d’application de la connaissance d’office est sans concession. À l’occasion de l’affaire *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, la Cour suprême s’est exprimée comme suit (au paragraphe 53, citant l’arrêt *R. c. Find*, 2001 CSC 32, [2001] 1 R.C.S. 863, au paragraphe 48) :

[...] Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable [...]

[71] Bien qu’énoncée dans une affaire pénale, cette règle vaut également en matière civile (voir, p. ex., *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 237).

[72] Il n’est pas possible de dire avec certitude quels transporteurs aériens étaient les plus importants ou les

and 2009. For one thing, this would require identifying the relevant elements or features for assessing whether two airlines are commercial competitors. These could be similar to the *Vilven* F.C. factors or entirely different.

[73] Moreover, the parties were not given the opportunity to lead evidence as to the appropriateness or relevancy of taking judicial notice of the finding, which, for all intents and purposes, disposed of the paragraph 15(1)(c) issue.

[74] In the end, I conclude that the threshold for judicial review was not met. The Judge could not set aside the Tribunal's decision on the normal age of retirement issue primarily on the basis of a consideration not supported by the evidence.

[75] The question then arises as to whether the Judge had other legitimate grounds to reverse the Tribunal on the issue of the normal age of retirement. This question takes me to the Tribunal's decision.

3. *The Tribunal's decision—Did the Tribunal otherwise err in concluding that the complaints should be dismissed on the basis of paragraph 15(1)(c)?*

[76] Contrary to the Judge's finding, the *Vilven* F.C. factors were not the main issue in front of the Tribunal. Rather, the validity of the paragraph 15(1)(c) defence raised by both Air Canada and the ACPA was at issue. To decide that particular point, the Tribunal had to determine the normal age of retirement for pilots working for Canadian airlines, including Air Canada, in similar positions to that of the complainants for each of the years 2005 to 2009. At paragraph 25 of its decision, the Tribunal outlined its task:

plus proches concurrents d'Air Canada entre les années 2005 et 2009. Cela nécessiterait, tout d'abord, d'établir les caractéristiques ou les éléments pertinents permettant d'évaluer si deux transporteurs aériens sont des concurrents sur le marché. Ces caractéristiques et éléments pourraient être semblables aux facteurs de la jurisprudence *Vilven* C.F., ou ils pourraient être entièrement différents.

[73] De plus, les parties n'ont pas eu l'occasion de présenter des preuves quant au caractère approprié ou à la pertinence de la connaissance d'office de la conclusion tirée, laquelle tranchait, en pratique, la question liée à l'alinéa 15(1)c).

[74] Je conclus, au final, que le critère requis aux fins du contrôle judiciaire n'était pas atteint. Le juge ne pouvait pas annuler la décision du Tribunal relative à la question de l'âge normal de la retraite en s'appuyant principalement sur une considération non-étayée par la preuve.

[75] La question se pose alors de savoir s'il existait d'autres motifs légitimes permettant au juge d'annuler la décision du Tribunal relative à l'âge normal de la retraite. Cela m'amène à l'examen de la décision du Tribunal.

3. *La décision du Tribunal — Le Tribunal a-t-il autrement commis une erreur lorsqu'il a conclu qu'il fallait rejeter les plaintes sur le fondement de l'alinéa 15(1)c)?*

[76] Contrairement à la conclusion tirée par le juge, les facteurs de la jurisprudence *Vilven* C.F. n'étaient pas la question principale dont le Tribunal était saisi. Au contraire, ce qui était en cause c'était la validité du moyen de défense fondé sur l'alinéa 15(1)c) invoqué tant par Air Canada que par l'APAC. Pour trancher cet aspect précis, le Tribunal devait établir l'âge normal de la retraite pour les pilotes au service des transporteurs aériens canadiens, y compris Air Canada, dans le genre de poste occupé par les plaignants pendant chacune des années de la période 2005 à 2009. Au paragraphe 25 de sa décision, le Tribunal a exposé sa mission comme suit :

What the Tribunal must do in this case is what the Court did in [*Vilven FC*], which is to ask and answer the question, what is the essence of what Air Canada pilots do?

[77] The Tribunal was willing to follow *Vilven F.C.* because the evidence showed that the appropriate comparator group fell to be determined in accordance with the factors identified at paragraphs 112 and 125 of *Vilven F.C.* (Tribunal’s decision, at paragraph 25).

[78] I have already determined that the Tribunal was entitled to its preferred reading of *Vilven F.C.*, so long as this reading was reasonable. In this case, it heard the parties’ submissions on the “both” argument, opted for a conjunctive reading of the *Vilven F.C.* factors, and provided an explanation. It was not unreasonable for the Tribunal to adopt paragraphs 111, 112 and 125 of *Vilven F.C.* as a guideline for its analysis of the evidence on the normal age of retirement. At paragraph 125 of *Vilven F.C.*, Justice Mactavish concludes the section of her reasons dealing with the choice of comparator group by expressly stating that Canadian pilots who, amongst other things, fly aircrafts to both domestic and international destinations “form the comparator group for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the [Act]” (emphasis added). On this basis, it cannot be said that the Tribunal acted unreasonably or proceeded on wrong principles when applying the *Vilven F.C.* factors to the facts in a conjunctive manner.

[79] Much was said at the hearing of these appeals about the Tribunal’s decision to eliminate the five Canadian airlines mentioned in *Vilven F.C.*, at paragraph 113. The complainants refer to it as the Tribunal’s “glaring error”. Had it included these five Canadian airlines in the comparator group, the Tribunal would have concluded in favour of the Adamson Group. In the complainants’ view, the exclusion of these airlines is a reviewable error requiring our intervention (complainants’ memorandum of fact and law, at paragraphs 82–83). I disagree for two reasons.

Ce que le Tribunal doit faire en l’espèce est ce qu’a fait la Cour dans [*Vilven CF*], soit poser la question suivante et y répondre : quel est l’essentiel de ce que font les pilotes d’Air Canada?

[77] Le Tribunal était disposé à suivre la jurisprudence *Vilven C.F.* parce qu’il ressortait des preuves qu’il y avait lieu d’établir le groupe de comparaison approprié en fonction des facteurs mentionnés aux paragraphes 112 et 125 de cette décision (décision du Tribunal, au paragraphe 25).

[78] J’ai déjà conclu qu’il était loisible au Tribunal de privilégier une lecture de la jurisprudence *Vilven C.F.*, dans la mesure où cette lecture était raisonnable. En l’espèce, le Tribunal avait entendu les observations des parties sur l’expression « à la fois », et il a choisi d’interpréter les facteurs de la jurisprudence *Vilven C.F.* de manière conjunctive, et il a produit une explication. Il n’était pas déraisonnable que le Tribunal retienne les paragraphes 111, 112 et 125 de la décision *Vilven C.F.* comme guide pour l’analyse des preuves relatives à l’âge normal de la retraite. Au paragraphe 125 de la décision *Vilven C.F.*, la juge Mactavish conclut la partie de ses motifs sur le choix du groupe de comparaison en déclarant expressément que les pilotes canadiens qui, notamment, pilotent des aéronefs vers des destinations à la fois intérieures et internationales « constituent le groupe de comparaison pour l’application de l’alinéa 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne » (non souligné dans l’original). Sur ce fondement, il ne saurait être dit que le Tribunal a agi de manière déraisonnable ni qu’il ne se soit fondé sur de mauvais principes lorsqu’il a appliqué de manière conjunctive les facteurs de la jurisprudence *Vilven C.F.* aux faits.

[79] Il a beaucoup été question, lors de l’instruction des présents appels, de la décision du Tribunal d’éliminer les cinq transporteurs aériens canadiens mentionnés au paragraphe 113 de la décision *Vilven C.F.* Les plaignants y voient l’[TRADUCTION] « erreur flagrante » du Tribunal. Si le Tribunal avait inclus ces cinq transporteurs canadiens dans le groupe de comparaison, il aurait conclu en faveur du groupe Adamson. De l’avis des plaignants, l’exclusion de ces transporteurs aériens constitue une erreur susceptible de contrôle qui commande notre intervention (mémoire des faits et du droit

[80] First, the exclusion of the five Canadian airlines was not done arbitrarily. It resulted from the application of the *Vilven* F.C. factors, read conjunctively, to the evidence accepted by the Tribunal.

[81] Second, I agree with the Tribunal that there is nothing in *Vilven* F.C. to suggest that Mactavish J. accepted that the airlines satisfied all of the factors set out in paragraphs 111, 112 and 125, given that the hearing proceeded on the basis of an agreed statement of facts. As well, as mentioned above, Schedule A of the agreed statement of facts did not provide information concerning all of the *Vilven* F.C. factors. Arguably, Mactavish J. was making the calculation to show that even if all Canadian airlines were included in the comparator group, the complaints would still have to be dismissed.

[82] In the present matter, the Tribunal heard extensive evidence on the choice of comparator groups. In the end, it accepted Captain Duke's evidence, a witness for Air Canada, to determine the comparator group for the years 2005 to 2008 (Tribunal's decision, at paragraph 173). For the year 2009, it accepted the evidence of two witnesses, Captain Paul Prentice, a witness for the complainants, and Harlan Clark, a witness for Air Canada.

[83] There was evidence on record supporting the Tribunal's findings and conclusions. I find no reason to intervene.

[84] This should be the end of the matter, as I indicated at the outset that I propose to dismiss the appeals on the paragraph 15(1)(c) issue. But, at the explicit request of the Commission, I will deal with paragraph 3. a. of the judgment [see Appendix II]. I also want to say a few words about paragraph 3. d. of the judgment.

des plaignants, aux paragraphes 82 et 83). Je rejette cette thèse, pour deux motifs.

[80] Premièrement, l'exclusion des cinq transporteurs aériens canadiens n'a pas été faite de manière arbitraire. L'exclusion a résulté de l'application des facteurs de la jurisprudence *Vilven* C.F., selon une interprétation conjonctive, aux éléments de preuve retenus par le Tribunal.

[81] Deuxièmement, je souscris à l'avis du Tribunal que rien dans la décision *Vilven* C.F. ne donne à penser que la juge Mactavish a retenu l'idée que les transporteurs aériens satisfaisaient à tous les facteurs énoncés aux paragraphes 111, 112 et 125, étant donné que l'audience s'est déroulée sur le fondement d'un exposé conjoint des faits. De même, comme je l'ai signalé ci-dessus, l'annexe A de l'exposé conjoint des faits ne faisait pas état de renseignements concernant tous les facteurs de la jurisprudence *Vilven* C.F. On pourrait aussi soutenir que la juge Mactavish a fait le calcul, démontrant que, même si on incluait tous les transporteurs aériens dans le groupe de comparaison, il faudrait malgré tout rejeter les plaintes.

[82] En l'espèce, le Tribunal a entendu une preuve abondante sur le choix des groupes de comparaison. Au final, le Tribunal s'est fondé sur le témoignage du capitaine Duke, un témoin d'Air Canada, en vue d'établir le groupe de comparaison pour les années 2005 à 2008 (décision du Tribunal, au paragraphe 173). Quant à l'année 2009, le Tribunal s'est fondé sur les témoignages de deux témoins, le capitaine Paul Prentice, un témoin des plaignants, et Harlan Clark, un témoin d'Air Canada.

[83] Il y avait au dossier des éléments de preuve allant dans le sens des conclusions du Tribunal. Je conclus qu'il n'y a aucune raison d'intervenir.

[84] Cela devrait clore l'affaire, comme j'ai signalé d'entrée de jeu que je propose que les appels soient rejetés sur le fondement de la question relative à l'alinéa 15(1)c). À la demande expresse de la Commission, toutefois, je discuterai le paragraphe 3. a. du jugement [voir annexe II]. Je dirai aussi quelques mots sur le paragraphe 3. d. du jugement.

4. *Commentary on the Judge's reasons and judgment*

4.1 *Prima facie discrimination and paragraph 3. a. of the judgment*

[85] The Tribunal found that the mandatory retirement provision under the collective agreement constituted *prima facie* discrimination under the Act, as the complainants' employment with Air Canada was terminated solely because they turned 60 years old (Tribunal's decision, at paragraph 3). None of the parties challenged this finding in their applications for judicial review. In addition, neither the parties nor the Judge raised the issue of *prima facie* discrimination at the hearing at the Federal Court.

[86] Nevertheless, the Judge directed the Tribunal to reconsider the question and decide whether the mandatory retirement provision amounted to *prima facie* discrimination. Only after the Tribunal found that there was *prima facie* discrimination would it turn to the issue of hardship. The Judge acknowledged that the parties had not raised this issue but justified his intervention on the basis that it is an error in principle to "decide a matter on an incorrect characterization of a fundamental issue" (reasons, at paragraph 345). In a lengthy discussion of this issue, the Judge hinted that a mandatory retirement policy should not be automatically treated as *prima facie* discrimination. Instead, the practice should be evaluated in context to determine if it causes "substantive discrimination" (reasons, at paragraphs 377–378). In addition, the Judge questioned whether the reasoning from the Supreme Court's decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (*McKinney*) still applied or whether it had been overtaken by subsequent jurisprudence (reasons, at paragraphs 19–21).

[87] The parties agree that the Judge should not have considered the issue of *prima facie* discrimination. They request that paragraph 3. a. of the judgment, which refers to this issue, be set aside.

4. *Observations relatives aux motifs et au jugement du juge*

4.1 *Discrimination prima facie et le paragraphe 3. a. du jugement*

[85] Le Tribunal a conclu que la disposition sur la retraite obligatoire de la convention collective était constitutive de discrimination de prime abord au sens de la Loi, puisqu'il a été mis fin à l'emploi des plaignants chez Air Canada uniquement parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans (décision du Tribunal, au paragraphe 3). Aucune partie n'a attaqué cette conclusion dans sa demande de contrôle judiciaire. De plus, ni les parties ni le juge n'ont soulevé la question de la discrimination de prime abord à l'audience à la Cour fédérale.

[86] Néanmoins, le juge a enjoint au Tribunal de réexaminer la question et de décider si la disposition sur la retraite obligatoire équivalait ou non à la discrimination de prime abord. Le Tribunal ne devait se pencher sur la question de la contrainte excessive que s'il concluait à l'existence de discrimination de prime abord. Le juge a reconnu que les parties n'avaient pas soulevé la question, mais il a justifié son intervention en faisant valoir qu'il y avait erreur de principe « lorsqu'est tranchée une affaire sur le fondement d'une qualification inexacte d'une question fondamentale » (motifs, au paragraphe 345). Dans une longue discussion sur la question, le juge a laissé entendre qu'on ne devait pas assimiler automatiquement une politique de retraite obligatoire à la discrimination de prime abord. Il faudrait plutôt apprécier, en contexte, s'il en découle de la « discrimination réelle » (motifs, aux paragraphes 377 et 378). Le juge a recherché, en outre, si l'enseignement de la Cour suprême professé à l'occasion de l'affaire *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (*McKinney*) était toujours d'actualité ou si la jurisprudence postérieure l'avait rendu désuet (motifs, aux paragraphes 19 à 21).

[87] Il n'est pas controversé entre les parties que le juge n'aurait pas dû discuter la question de la discrimination de prime abord. Elles demandent la suppression du paragraphe 3. a. du jugement, qui fait mention de cette question.

[88] I agree with the parties that the Judge erred by considering a new issue that had not been raised by the parties without giving them an opportunity to provide submissions. In addition, I find that the Judge erred in law on the merits of the issue by suggesting that complainants have the burden of showing “substantive discrimination” under the Act. The Judge failed to follow binding jurisprudence on this question.

[89] There is no doubt that a judge has the discretion to raise a new issue at the hearing, provided that the judge gives notice to the parties as well as an opportunity to respond. The Supreme Court, in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, at paragraph 41, held that a court may raise an issue of its own initiative when “failing to do so would risk an injustice”. To ensure that the court maintains its impartiality and treats the parties fairly, the Court must provide notice of the new issue as early as practicable and ensure that the parties can properly address it (*Mian*, at paragraphs 53–59). While the Supreme Court made these comments in the context of a court raising a new issue on an appeal, I believe they are equally applicable when a court brings up a new issue on an application, such as an application for judicial review (see e.g. *Labatt Brewing Company Ltd. v. NHL Enterprises Canada, L.P.*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677, at paragraphs 4–5).

[90] In this case, the Judge considered the issue of *prima facie* discrimination of his own motion, as it was not mentioned in the notices of application and not argued at the hearing. He did not provide notice to the parties and did not grant them the opportunity to provide submissions on this topic. Even if the Judge believed that this issue had to be raised to avoid an injustice, he nevertheless had to follow the proper procedures when exercising his discretion. He failed to do so. These omissions constitute an error of law and resulted in a breach of the parties’ right to procedural fairness.

[88] J’estime, comme les parties, que le juge a commis une erreur en se penchant sur une nouvelle question qu’elles n’avaient pas soulevée sans leur donner la possibilité de présenter leurs observations. Je conclus, en outre, que le juge a commis une erreur de droit sur le fond de la question, lorsqu’il a laissé observer qu’il incombait aux plaignants de rapporter la preuve d’une « discrimination réelle » au sens de la Loi. Le juge, en effet, n’a pas suivi une jurisprudence faisant autorité sur cette question.

[89] Il est indubitable que le juge dispose du pouvoir discrétionnaire de soulever une nouvelle question à l’audience, dans la mesure où il en avise les parties et leur fournit l’occasion d’y répondre. Au paragraphe 41 de l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, la Cour suprême a décidé que le juge pouvait soulever une question de son propre chef « si son omission de le faire risquerait d’entraîner une injustice ». Pour veiller à préserver son impartialité et à traiter les parties équitablement, le juge doit notifier la nouvelle question dès qu’il est pratiquement possible de le faire et s’assurer que les parties puissent y donner réponse de manière adéquate (*Mian*, aux paragraphes 53 à 59). Bien que la Cour suprême ait formulé ces observations au regard d’une nouvelle question soulevée par une cour en appel, elles valent également, selon moi, lorsque le juge soulève une nouvelle question dans le cadre d’une demande, telle une demande de contrôle judiciaire (voir, p. ex., *Labatt Brewing Company Ltd. v. NHL Enterprises Canada, L.P.*, 2011 ONCA 511, 106 O.R. (3d) 677, aux paragraphes 4 et 5).

[90] En l’espèce, le juge a examiné de son propre chef la question de la discrimination *prima facie*, qui n’était pas soulevée dans les avis de demande et qui n’avait pas été débattue à l’audience. Il n’a pas avisé les parties ni ne leur a accordé l’occasion de présenter des observations sur le sujet. Même si le juge estimait qu’il fallait soulever la question pour éviter une injustice, il était néanmoins tenu de suivre la procédure appropriée dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il ne l’a pas fait. Ce manquement constitue une erreur de droit et a donné lieu à une violation du droit des parties à l’équité procédurale.

[91] The complainants and the Commission further submit that the Judge erred on the merits of this issue by implying that an individual should be required to show “substantive discrimination” as part of proving a discriminatory practice under the Act. The two parties argue that the Judge incorrectly imported principles and jurisprudence relevant to section 15 of the Charter [*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)] and ignored the effect of both *McKinney* and this Court’s decision in *Kelly F.C.A.* Air Canada and the ACPA made no submissions on this point.

[92] I agree with the arguments of the complainants and the Commission. The effect of the decisions in *McKinney* and *Kelly F.C.A.* is to render mandatory retirement *prima facie* discriminatory under the Act. It was not open to the Judge to ignore these precedents and suggest that a complainant had to show that the impugned practice resulted in “substantive discrimination”.

[93] *McKinney* concerned the legality of mandatory retirement policies at universities. The appellants in that case challenged the policies on two grounds: (1) they were contrary to section 15 of the Charter and (2) paragraph 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53 [the Code], which restricted the protection from age discrimination to individuals under the age of 65, violated section 15 of the Charter. The appellants argued that neither of these breaches was justified under section 1.

[94] The Supreme Court diverged on these questions, issuing five sets of reasons. Despite this disagreement, the judges took it as a given that a mandatory retirement policy was inherently discriminatory, both from the point of view of the section 15 of the Charter and the *Human Rights Code, 1981*. Justice La Forest, writing for the majority, found that it was difficult to argue that mandatory retirement was not “discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* since the distinction

[91] Les plaignants et la Commission soutiennent en outre que le juge a commis une erreur de fond sur la question, lorsqu’il a laissé entendre que l’intéressé devait, pour faire la preuve d’un acte discriminatoire au sens de la Loi, démontrer l’existence d’une « discrimination réelle ». Les deux parties soutiennent que le juge a transposé à tort les principes et la jurisprudence se rapportant à l’article 15 de la Charte [*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)], et n’a pas tenu compte de l’incidence tant de la jurisprudence *McKinney* que de la jurisprudence *Kelly C.A.F.* de notre Cour. Air Canada et l’APAC n’ont pas présenté d’observations sur ce point.

[92] Je souscris aux arguments présentés par les plaignants et la Commission. Il convient, en conséquence des jurisprudences *McKinney* et *Kelly C.A.F.*, de considérer la retraite obligatoire discriminatoire de prime abord pour l’application de la Loi. Il n’était pas loisible au juge de faire abstraction de cette jurisprudence et de laisser conclure que le plaignant devait démontrer que l’acte reproché donnait lieu à de la « discrimination réelle ».

[93] Dans l’affaire *McKinney*, il était question de la légalité de politiques des universités sur la retraite obligatoire. Les appelants invoquaient alors deux moyens pour contester ces politiques : 1) les politiques étaient contraires à l’article 15 de la Charte, et 2) l’alinéa 9a) du *Code des droits de la personne (1981)*, S.O. 1981, ch. 53 [Code], de l’Ontario, qui limitait aux personnes de moins de 65 ans la protection offerte contre la discrimination fondée sur l’âge, était lui aussi contraire à l’article 15 de la Charte. Les appelants ont soutenu que ni l’une ni l’autre violation ne pouvait se justifier au sens de l’article premier.

[94] Les juges de la Cour suprême étaient d’avis divergents sur ces questions, et ont rendu cinq opinions. Malgré ce désaccord, les juges tenaient pour acquis qu’une politique de retraite obligatoire était intrinsèquement discriminatoire, tant au regard de l’article 15 de la Charte qu’à l’égard du *Code des droits de la personne (1981)*. S’exprimant au nom de la majorité des juges, le juge La Forest a conclu qu’on pouvait difficilement prétendre que la retraite obligatoire n’était « pas

is based on the enumerated personal characteristic of age” (*McKinney*, at page 278). Later in his reasons, Justice La Forest turned to paragraph 9(a) of the Code and assessed whether it violated section 15 of the Charter “by reason of the fact that it confines the Code’s prohibition against discrimination in employment on grounds of age to persons between the ages of 18 and 65” (*McKinney*, at page 289). His approach implies that, in the absence of the limitation under paragraph 9(a) of the Code, there would be no question that mandatory retirement violated the statutory protection against age discrimination. In other words, a mandatory retirement practice is presumed to be discriminatory.

[95] Similarly, in its earlier decision in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at page 208, the Supreme Court unanimously held that a policy of mandatory retirement at the age of 60 was in itself sufficient to find *prima facie* discrimination under the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, c. 318.

[96] In my view, these two cases establish the principle that a practice of mandatory retirement constitutes *prima facie* discrimination, which in turn is sufficient to make out a discriminatory practice under section 10 of the Act. The next question to consider is whether the Judge erred in failing to apply this principle in the case at bar.

[97] I find that the Judge did so err, given that *McKinney* remains a binding precedent. There can be no doubt that courts are bound to follow and apply authoritative precedents (see e.g. *Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.*, 2014 FCA 250, 125 C.P.R. (4th) 81, at paragraph 114). In *Kelly* F.C.A., this Court held that *McKinney* was still good law as it pertains to the constitutionality of mandatory retirement schemes (*Kelly* F.C.A., at paragraph 80). While the decision in *Kelly* F.C.A. primarily dealt with whether the Supreme Court’s section 1 analysis from *McKinney* applied to paragraph 15(1)(c) of the Act, the principle of *stare decisis* equally applies to other

discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte* puisque la distinction est fondée sur la caractéristique personnelle de l’âge énumérée dans cette disposition » (*McKinney*, à la page 278). Plus loin dans ses motifs, le juge La Forest s’est penché sur l’alinéa 9a) du Code et a recherché s’il était contraire à l’article 15 de la Charte « du fait qu’il restreint l’application de l’interdiction de toute discrimination en matière d’emploi fondée sur l’âge contenue dans le Code aux personnes âgées de 18 à 65 ans » (*McKinney*, à la page 289). Il ressort de l’approche du juge La Forest qu’en l’absence de la limitation apportée par l’alinéa 9a) du Code, il ne ferait aucun doute que la retraite obligatoire enfreint la protection offerte par la loi contre la discrimination fondée sur l’âge. En d’autres mots, un acte lié à la retraite obligatoire est présumé être discriminatoire.

[95] De façon semblable, auparavant, à l’occasion de l’affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d’Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à la page 208, les juges de la Cour suprême ont conclu à l’unanimité qu’une politique de retraite obligatoire à l’âge de 60 ans suffisait, en soi, pour tirer une conclusion de discrimination de prime abord pour l’application du *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, ch. 318.

[96] À mon avis, ces deux arrêts décident qu’un acte lié à la retraite obligatoire constitue une discrimination de prime abord; cela suffit pour conclure à l’existence d’un acte discriminatoire au sens de l’article 10 de la Loi. La question suivante à examiner est de savoir si le juge a commis une erreur lorsqu’il n’a pas appliqué ce principe en l’espèce.

[97] Je conclus que le juge a commis une telle erreur, étant donné que la jurisprudence *McKinney* fait toujours autorité. Il ne fait aucun doute que les juges sont tenus de suivre et d’appliquer la jurisprudence faisant autorité (voir, p. ex. *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250, au paragraphe 114). Par l’arrêt *Kelly* C.A.F., la Cour a conclu que la jurisprudence *McKinney* faisait toujours autorité en ce qui a trait à la constitutionnalité des mécanismes de retraite obligatoire (*Kelly* C.A.F., au paragraphe 80). Bien qu’on ait principalement recherché à l’occasion de l’affaire *Kelly* C.A.F. si l’analyse relative à l’article premier faite par la Cour

aspects of the Supreme Court's analysis. Specifically, any part of the reasoning that was necessary for the Court to reach its result has the force of binding authority. As discussed above, the implicit finding that mandatory retirement is a discriminatory practice was an essential part of the Supreme Court's analysis in *McKinney*. As a result, this legal characterization was a binding authority that the Judge had to follow.

[98] The Judge justified his direction to the Tribunal on multiple grounds, including his view that past jurisprudence on mandatory retirement had been decided without a full evidentiary record and that broader public policy concerns needed to be taken into account (reasons, at paragraphs 347–350). Here, these are not compelling reasons for revisiting settled case law and not following a higher court's decision.

[99] In coming to this conclusion, I am mindful of the Supreme Court's decision in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paragraphs 42–46, where it stated that a lower court can revisit binding precedent only if there have been significant changes in the evidence or the circumstances that fundamentally alter “the parameters of the debate.”

[100] Having carefully considered the record, I find that this threshold is not met. The Judge was obliged to apply the principles from *McKinney* and uphold the Tribunal's finding that the mandatory retirement practice constituted *prima facie* discrimination under the Act.

[101] Accordingly, assuming that I would have proposed to uphold the judgment, and also assuming that the Judge had properly raised the issue of *prima facie* discrimination, I would have granted the Commission's request to strike paragraph 3. a. from the judgment as it is wrong in law.

suprême à l'occasion de l'affaire *McKinney* valait pour l'alinéa 15(1)c) de la Loi, le principe du précédent obligatoire s'applique également aux autres éléments de l'analyse de la Cour suprême. Plus précisément, toute partie du raisonnement nécessaire à la Cour pour en arriver à son résultat est revêtue de l'autorité du précédent. Comme je l'ai dit ci-dessus, la conclusion implicite selon laquelle la retraite obligatoire constituait un acte discriminatoire était une partie essentielle de l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*. Sur le plan juridique, cette qualification faisait donc autorité et le juge devait s'y conformer.

[98] Le juge a justifié la directive donnée au Tribunal par de nombreux motifs, notamment son avis selon lequel la jurisprudence sur la retraite obligatoire avait été rendue sans avoir l'avantage d'un dossier de preuves complet et il fallait prendre en compte des considérations plus larges de politique publique (motifs, aux paragraphes 347 à 350). Il ne s'agit pas là de motifs impérieux pour remettre en cause une jurisprudence constante et ne pas se conformer à la décision d'une juridiction supérieure.

[99] Je tire cette conclusion en ayant à l'esprit l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, dans lequel la Cour suprême a déclaré, aux paragraphes 42 à 46, qu'une juridiction inférieure ne pouvait réexaminer un arrêt qui la lie que si la preuve ou la situation avait fait l'objet d'importantes modifications changeant « radicalement la donne ».

[100] Après examen attentif du dossier, je conclus que ce critère n'est pas rempli. Le juge était tenu d'appliquer les principes consacrés dans la jurisprudence *McKinney* et de confirmer la conclusion du Tribunal selon laquelle l'acte lié à la retraite obligatoire était constitutif de discrimination de prime abord pour l'application de la Loi.

[101] Par conséquent, dans l'hypothèse où j'aurais proposé de confirmer le jugement, et où le juge aurait aussi soulevé la question de la discrimination prime abord de façon adéquate, j'aurais accueilli la demande de la Commission en radiation du paragraphe 3. a. du jugement, car il est erroné en droit.

4.2 *Modification of the Meiorin test to apply to Unions: paragraph 3. d. of the judgment*

[102] While examining issues related to subsection 15(2) of the Act—the BFOR defences—, the Judge turned to the Supreme Court of Canada’s judgment in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*). In *Meiorin*, the Supreme Court established a three-part test for determining if a *prima facie* discriminatory practice constitutes a valid BFOR defence (at paragraph 54):

An employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of probabilities:

- (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
- (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
- (3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

[103] Here, the Judge was of the view that a proceeding where a union raises a BFOR defence constitutes “a novel situation” requiring the modification of the *Meiorin* test. To this end, he established a “hybrid BFOR test” which resulted in a four-part test where the Tribunal would, on re-determination, ask itself whether the “union adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was in the collective best interests of its membership” (reasons, at paragraph 220; emphasis by Annis J.).

[104] Because of my ultimate conclusion, I need not analyse the Judge’s reasoning on that question and decide whether *Meiorin* needed to be modified to fit the factual matrix of this case and the parties thereto. I

4.2 *Modification du critère de la jurisprudence Meiorin à appliquer aux syndicats — le paragraphe 3. d. du jugement*

[102] Lorsqu’il a examiné les questions relatives au paragraphe 15(2) de la Loi — les moyens de défense fondés sur les EPJ —, le juge s’est penché sur une jurisprudence de la Cour suprême du Canada, *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*). Par l’arrêt *Meiorin*, la Cour suprême a consacré un critère en trois volets visant à déterminer si un acte discriminatoire de prime abord constitue un moyen de défense fondé sur des EPJ valide (au paragraphe 54) :

L’employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités :

- (1) qu’il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l’exécution du travail en cause;
- (2) qu’il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
- (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu’il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l’employeur subisse une contrainte excessive.

[103] En l’espèce, le juge a estimé qu’une instance où un syndicat invoquait le moyen de défense fondé sur des EPJ constituait une « situation différente » qui appelait une modification du critère de la jurisprudence *Meiorin*. À cette fin, il a établi un « critère hybride relatif aux EPJ »; il s’en est suivi un critère à quatre volets en fonction duquel le Tribunal, en rendant sa nouvelle décision, devait se demander, si « le syndicat a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu’il était au mieux des intérêts de ses membres de le faire » (motifs, au paragraphe 220; soulignement du juge Annis).

[104] Étant donné ma conclusion, je n’ai pas à examiner le raisonnement du juge sur cette question, ni à décider s’il fallait modifier le critère de la jurisprudence *Meiorin* pour le faire correspondre à la matrice factuelle

would therefore limit myself to saying that these reasons shall not be taken as an endorsement of the Judge's approach on this question and of paragraph 3. d. of his judgment.

#### V. Proposed Disposition

[105] Consequently, I propose to dispose of these appeals as follows:

[106] I would allow the appeals brought by Air Canada and the Air Canada Pilots Association (files Nos. A-111-14 and A-112-14), set aside the judgment of the Federal Court and restore the Tribunal's decision.

[107] As a result, I would dismiss the appeal brought by Robert Adamson et al. (file No. A-105-14).

[108] Considering the circumstances of these appeals, I would order that the parties assume their own costs throughout.

[109] A copy of the reasons shall be placed in each of the individual files.

PELLETIER J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

#### Appendix I

[*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6]

##### Employment

7 It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

(a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or

de l'espèce et aux parties au litige. Je me limiterai donc à dire qu'il ne faut pas considérer les présents motifs comme un aval donné à la méthode d'analyse de la question choisie par le juge ni au paragraphe 3. d. de son jugement.

#### V. Dispositif proposé

[105] Par conséquent, je propose que les présents appels soient tranchés comme suit :

[106] J'accueillerais les appels interjetés par Air Canada et l'Association des pilotes d'Air Canada (dossiers n<sup>os</sup> A-111-14 et A-112-14), j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rétablirais la décision du Tribunal.

[107] Par conséquent, je rejetterais l'appel interjeté par Robert Adamson et d'autres (dossier n<sup>o</sup> A-105-14).

[108] Compte tenu des circonstances entourant les présents appels, j'ordonnerais que chaque partie paie ses propres dépens dans toutes les instances.

[109] Un exemplaire des présents motifs sera versé dans chacun des dossiers.

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

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

#### Annexe I

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

##### Emploi

7 Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, par des moyens directs ou indirects :

a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu;

(b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination

...

#### Discriminatory policy or practice

**10** It is a discriminatory practice for an employer, employee organization or employer organization

(a) to establish or pursue a policy or practice, or

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

...

#### Exceptions

**15 (1)** It is not a discriminatory practice if

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

...

(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;

...

#### Accommodation of needs

(2) For any practice mentioned in paragraph (1)(a) to be considered to be based on a *bona fide* occupational requirement and for any practice mentioned in paragraph (1)(g) to be considered to have a *bona fide* justification, it must be established that accommodation of the needs of an individual or a class of individuals affected would impose undue hardship on the person who would have to accommodate those needs, considering health, safety and cost.

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

#### Lignes de conduite discriminatoires

**10** Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite et s'il est susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus, le fait, pour l'employeur, l'association patronale ou l'organisation syndicale :

a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite;

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

[...]

#### Exceptions

**15 (1)** Ne constituent pas des actes discriminatoires :

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

[...]

c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;

[...]

#### Besoins des individus

(2) Les faits prévus à l'alinéa (1)a) sont des exigences professionnelles justifiées ou un motif justifiable, au sens de l'alinéa (1)g), s'il est démontré que les mesures destinées à répondre aux besoins d'une personne ou d'une catégorie de personnes visées constituent, pour la personne qui doit les prendre, une contrainte excessive en matière de coûts, de santé et de sécurité.

## Appendix II

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application in T-1428-11 is allowed and the decision of the CHRT in respect of normal age of retirement is set aside and remitted to the same panel for reconsideration. Upon reconsideration, the Tribunal is directed to apply the factors of the test in *Vilven* disjunctively as described above. It is also directed to determine attributes of similarity of pilots of comparator airlines and those of Air Canada based on what pilots actually do, e.g. are the attributes of positions similar for pilots flying large and small planes in terms of the level of skill, knowledge and responsibilities each requires?
2. The application in T-1453-11 is dismissed.
3. The application in T-1463-11 is allowed and the CHRT's decision that ACPA had not established that the mandatory retirement provision in the collective agreement is a BFOR under paragraph 15(1)(a) and subsection 15(2) of the Act is set aside and returned to the same panel with the following directions:
  - a. ACPA and Air Canada may lead evidence and argue that the age 60 retirement rule in the collective agreement is not discriminatory.
  - b. Paragraph 15(1)(a) of the CHRA regarding a BFOR defence applies to employee organizations.
  - c. The hardship factors in subsection 15(2) of the CHRA are not limited to safety, health and costs.
  - d. The Tribunal is to apply the four-step hybrid *Meiorin* test as described at paragraph 220 above.
  - e. In determining whether hardship is occasioned to the comparator pilots by the elimination of the mandatory retirement provision in the collective

## Annexe II

## JUGEMENT

LA COUR DÉCIDE :

1. La demande dans le dossier T-1428-11 est accueillie, et la décision rendue par le Tribunal au sujet de l'âge normal de la retraite est annulée et renvoyée pour nouvel examen par le même membre instructeur. Dans son nouvel examen, le Tribunal devra appliquer de façon disjonctive les facteurs du critère énoncé dans la décision *Vilven*, comme je l'ai dit plus haut. Il devra aussi déterminer les similitudes des caractéristiques des postes des pilotes constituant le groupe de comparaison et des pilotes d'Air Canada en fonction de ce que les pilotes font réellement, c.-à-d., répondre à la question de savoir si les caractéristiques des postes des pilotes aux commandes de gros et de petits aéronefs sont semblables en ce qui concerne les compétences, les connaissances et les responsabilités qui sont requises pour chacun d'entre eux.
2. La demande dans le dossier T-1453-11 est rejetée.
3. La demande dans le dossier T-1463-11 est accueillie, et la décision du TCDP selon laquelle l'APAC n'avait pas établi que la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective est une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la Loi est annulée et renvoyée au même membre instructeur avec les directives suivantes :
  - a. L'APAC et Air Canada peuvent faire valoir que la règle de la retraite à l'âge de 60 ans figurant dans la convention collective n'est pas discriminatoire et présenter des éléments de preuve à ce sujet.
  - b. L'alinéa 15(1)a) de la LCDP relatif au moyen de défense tiré des EPJ s'applique aux organisations syndicales.
  - c. Les éléments de contrainte dont il est question au paragraphe 15(2) de la LCDP ne se limitent pas aux contraintes en matière de sécurité, de santé et de coûts.
  - d. Le Tribunal doit appliquer le critère hybride à quatre volets établi dans l'arrêt *Meiorin*, tel qu'il est décrit au paragraphe 220 ci-dessus.
  - e. Pour décider si les pilotes constituant le groupe de comparaison subissent une contrainte du fait de l'élimination de la disposition sur la retraite

- 
- agreement, the Tribunal will give due consideration to areas of concern of the Court described above, including permitting the introduction of admissible evidence on the effect of pensions in the determination of any adverse differential effect caused by the elimination of the mandatory retirement rule from the collective agreement.
- f. If undue hardship is established to the comparator pilots, the Tribunal shall not dismiss the complaint against ACPA unless satisfied that the importance of upholding age discrimination in all the circumstances is not such that it cannot justify a lesser standard.
- g. As ACPA and Air Canada are jointly liable for having adopted the age 60 retirement provision, a dismissal of the complaint against ACPA results in the dismissal of the complaint against Air Canada.
4. Applications T-971-12 and T-979-12 are dismissed without costs.
- obligatoire dans la convention collective, le Tribunal doit dûment tenir compte des sujets de préoccupations que la Cour a décrits ci-dessus, notamment le fait de permettre la production d'éléments de preuve admissibles concernant l'effet des pensions pour déterminer tout effet défavorable causé par l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective.
- f. S'il est établi qu'une contrainte excessive sera subie par les pilotes constituant le groupe de comparaison, le Tribunal ne peut rejeter la plainte contre l'APAC que s'il est convaincu que le maintien de la discrimination fondée sur l'âge dans toutes les circonstances est d'une telle importance qu'une norme moins élevée ne saurait être justifiée.
- g. Comme l'APAC et Air Canada ont la responsabilité conjointe d'avoir adopté la disposition sur la retraite à l'âge de 60 ans, le rejet de la plainte contre l'APAC entraîne le rejet de la plainte contre Air Canada.
4. Les demandes dans les dossiers T-971-12 et T-979-12 sont rejetées sans frais.