

A-1596-83

A-1596-83

Air Canada (Applicant)

v.

Paul S. Carson, Ramon Sanz, William Nash, Barry James, Arie Tall and The Canadian Human Rights Commission (Respondents)

Court of Appeal, Mahoney, Stone and MacGuigan JJ.—Toronto, January 28, 29, 30 and 31; Ottawa, February 15, 1985.

Human rights — Age discrimination — Maximum hiring age policy — Application to set aside Review Tribunal's decision that Air Canada's maximum age 27 hiring policy for pilots not based on bona fide operational requirement (BFOR) — Review Tribunal finding two-pronged test, to justify refusal to hire under BFOR exception, in American case Smallwood v. United Air Lines, Inc., 661 F.2d 303 (4th Cir. 1981) "substantively similar" to test set out by S.C.C. in Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; 132 D.L.R. (3d) 14 — Air Canada submitting test in Hodgson v. Greyhound Lines, Inc., 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974) standard of Etobicoke — S.C.C. not disapproving of nor endorsing Greyhound test — Smallwood test more proximate stage in determination of BFOR — Although evidence disclosing Air Canada may have failed both prongs of American test, Review Tribunal reaching same result entirely on basis of general language of Etobicoke test — Review Tribunal not erring in application of test — Review Tribunal erred in concluding policy of Act precluding BFOR based on prohibited ground of discrimination — Error not affecting decision to reject "age reversal" problem as BFOR and not forming basis to set aside decision — Review Tribunal also erred in rejecting expert medical and statistical evidence and allegedly erred in burden of proof imposed on Air Canada — Errors not forming basis to set aside decision as not relating to real issue of justification for policy — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2(a), 3, 7, 10(a), 14(a), 42.1 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

This is the first case of age discrimination relating to the age of entry into employment to reach the Canadian courts. It is an application to set aside a decision of the Review Tribunal that Air Canada's policy not to hire new pilots over the age of 27 was not based on a *bona fide* occupational requirement (BFOR). Paragraph 14(a) of the *Canadian Human Rights Act* provides

Air Canada (requérante)

c.

Paul S. Carson, Ramon Sanz, William Nash, Barry James, Arie Tall et Commission canadienne des droits de la personne (intimés)

b Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et MacGuigan—Toronto, 28, 29, 30 et 31 janvier; Ottawa, 15 février 1985.

Droits de la personne — Discrimination fondée sur l'âge — Politique concernant l'âge maximum d'embauchage — Demande d'examen et d'annulation de la décision par laquelle le tribunal d'appel a statué que la politique d'Air Canada fixant à 27 ans l'âge maximum d'embauchage des pilotes ne découlait pas d'exigences professionnelles normales — Le tribunal d'appel a conclu que le double critère, qui a été énoncé dans la décision américaine Smallwood v. United Air Lines, Inc., 661 F.2d 303 (4th Cir. 1981) pour justifier un refus d'embaucher quelqu'un en vertu d'une exception relative aux exigences professionnelles normales, était «semblable, en substance» à celui établi par la C.S.C. dans l'arrêt Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; 132 D.L.R. (3d) 14 — Air Canada a soutenu que le critère énoncé dans Hodgson v. Greyhound Lines, Inc., 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974) était la norme appliquée dans l'arrêt Etobicoke — La C.S.C. n'a pas désapprouvé ni endossé le critère appliqué dans Greyhound — Le critère dégagé dans Smallwood constitue une étape préliminaire dans la détermination d'une exigence professionnelle normale — Même si la preuve révèle qu'il est possible qu'Air Canada n'ait pas satisfait aux deux volets du critère dégagé aux États-Unis, le tribunal d'appel est arrivé au même résultat en se fondant entièrement sur le libellé plus général du critère énoncé dans Etobicoke — Le tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère — Le tribunal d'appel a commis une erreur en concluant que l'esprit de la Loi empêchait une exigence professionnelle normale fondée sur un motif prescrit de discrimination — Cette erreur n'a aucun effet sur la décision de conclure que le problème du "renversement des âges" ne constituait pas une exigence professionnelle normale et n'est pas un motif pour annuler la décision — Le tribunal d'appel a commis une erreur en rejetant les témoignages des experts médicaux et la preuve fondée sur des statistiques, et il se serait trompé quant au fardeau de la preuve imposé à Air Canada — Ces erreurs ne constituent pas un motif permettant d'annuler la décision car elles ne touchent pas au fond véritable du litige qui concernait la justification de la politique — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2a), 3, 7, 10a), 14a), 42.1 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Il s'agit en l'espèce du premier cas soumis aux tribunaux canadiens au sujet de la discrimination fondée sur l'âge d'embauchage. La présente demande vise l'annulation de la décision par laquelle le tribunal d'appel a statué que la politique d'Air Canada de ne pas engager de nouveaux pilotes âgés de plus de 27 ans ne découlait pas d'exigences professionnelles normales.

that it is not a discriminatory practice if any limitation in relation to employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement. The Review Tribunal found that the two-pronged test to justify a refusal to hire under the BFOR set out in the American case, *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (4th Cir. 1981), was "substantively similar" to the test set out by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; 132 D.L.R. (3d) 14. Air Canada argues that the test in *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974) is the standard of *Etobicoke*. What Air Canada had to establish was that the maximum hiring age actually adopted, 27, was a *bona fide* occupational requirement, not merely that some maximum hiring age would have been. Air Canada alleges that the Review Tribunal erred (1) in equating the *Etobicoke* decision with the American case *Arritt v. Grisell*, which was followed by *Smallwood* (2) in applying its perception of the policy of the *Canadian Human Rights Act* in considering certain evidence and (3) in requiring Air Canada to prove that the safety concerns underlying the policy were well founded in fact, rather than that they were founded on an unresolved medical debate.

Held, the application is dismissed.

Per Mahoney J. (Stone J. concurring): The *Etobicoke* case requires that a limitation be imposed in good faith and in the belief that the limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work, and that it be related in an objective sense to the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the safe performance of the job, to be a BFOR. The *Arritt* case adopts a two-pronged test: that the burden is on the employer to show (1) that the BFOR imposed is reasonably necessary to the essence of its business and (2) that the employer has reasonable cause, i.e., a factual basis for believing that all persons within the class would be unable to perform the job safely, or that it would be impractical to deal with persons over the age limit on an individualized basis. The first branch of the *Arritt* test is similar in substance to the subjective element of the *Etobicoke* test, and the second branch of the *Arritt* test is apt here. In asking what is reasonably necessary to assure the safe performance by pilots of their duties as they age, it seems reasonable, and consistent with *Etobicoke*, to enquire if it is not possible or practical to deal with those pilots on an individual basis rather than preventing their initial appointment by a blanket refusal to hire. While the Supreme Court has not disapproved of the American *Greyhound* test (that the employer need only demonstrate a minimal increase in risk of harm), it has not endorsed it. Air Canada is obliged to prove, on a balance of probabilities, its practice to be a BFOR. *Etobicoke* states the test in general terms. How that test may be appropriately applied in concrete terms will depend on the particular circumstances in each case.

L'alinéa 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit que ne constitue pas un acte discriminatoire une restriction de l'employeur qui démontre qu'elle est fondée sur des exigences professionnelles normales. Le tribunal d'appel a conclu que le double critère, qui a été énoncé dans la décision américaine *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (4th Cir. 1981) pour justifier un refus d'embaucher quelqu'un en vertu d'exigences professionnelles normales, était «semblable, en substance» à celui établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; 132 D.L.R. (3d) 14. Air Canada allègue que le critère énoncé dans *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974), est la norme appliquée dans l'arrêt *Etobicoke*. Air Canada devait démontrer que l'âge maximum d'embauchage adopté, c'est-à-dire 27 ans, était une exigence professionnelle normale et non simplement qu'un certain âge maximum d'embauchage aurait constitué une telle exigence. Air Canada allègue que le tribunal d'appel a commis une erreur (1) en établissant un parallèle entre l'arrêt *Etobicoke* et la décision rendue par un tribunal américain dans *Arritt v. Grisell*, décision qu'il a suivie dans *Smallwood*; (2) en appliquant sa perception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au cours de l'examen de certains éléments de preuve et (3) en exigeant qu'Air Canada prouve que ses préoccupations au sujet de la sécurité, qui étaient sous-jacentes à sa politique, reposaient sur des faits plutôt que de prouver qu'elles étaient fondées sur un débat médical non résolu.

Arrêt: la demande est rejetée.

Le juge Mahoney (avec l'appui du juge Stone): Suivant l'arrêt *Etobicoke*, pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction doit être imposée de bonne foi et avec la conviction que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail, et elle doit se rapporter objectivement à l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution sans danger du travail. Dans l'affaire *Arritt*, le tribunal adopte un double critère: il incombe à l'employeur de démontrer (1) que l'exigence professionnelle normale imposée est raisonnablement nécessaire à la nature même de son entreprise et (2) qu'il a un motif raisonnable, c'est-à-dire fondé sur des faits réels, de croire que toutes les personnes de la catégorie seraient incapables d'exécuter le travail sans danger, ou qu'il serait peu pratique d'examiner individuellement le cas de chaque personne ayant dépassé l'âge limite. Le premier volet du critère dégagé dans l'affaire *Arritt* est, pour l'essentiel, semblable à l'aspect subjectif du critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, et le deuxième volet du critère appliqué dans *Arritt* est approprié en l'espèce. Lorsqu'on se demande ce qui est raisonnablement nécessaire pour s'assurer que les pilotes accomplissent leurs fonctions en toute sécurité à mesure qu'ils vieillissent, il semble raisonnable et conséquent avec l'arrêt *Etobicoke* de vérifier s'il n'est pas possible ou pratique d'examiner le cas de chaque pilote plutôt que d'empêcher leur embauchage par un refus général de les embaucher. Même si la Cour suprême n'a pas désapprouvé le critère appliqué aux États-Unis dans *Greyhound* (c'est-à-dire que l'employeur n'a qu'à prouver une augmentation minime des risques), elle ne l'a pas endossé. Air Canada doit prouver, suivant la prépondérance des probabilités, que sa pratique constitue une exigence professionnelle normale. L'arrêt *Etobicoke* expose le critère applicable en termes généraux. La

Air Canada had advanced "the age reversal problem" as a justification for the hiring age limit. That concerned the potential for conflict in the cockpit if a young pilot having seniority was in command over a recently-hired but older pilot. The Review Tribunal rejected the "age reversal" problem as supporting a *bona fide* occupational requirement on the grounds that there was not sufficient evidence that age reversal is a significant problem, and because problems arising from attitudes which reflect bias on a ground of discrimination prohibited under the Act cannot justify a *bona fide* occupational requirement. It was an error of law to conclude that the policy of the Act precluded a conclusion that the age reversal problem could be the basis for a BFOR. The policy of the Act is not only to prohibit discrimination on the prescribed grounds but to permit that discrimination where it is a BFOR. As this error in law did not affect the Review Tribunal's decision in that it had already reached its conclusion as to the age reversal problem on a proper basis, it is not a basis for setting aside the decision.

The Review Tribunal erred in law when it stated that the fallacy in the approach of the medical experts was that it tends to assume that a correlation between age and impairment is not only a necessary, but also a sufficient basis to support age as a *bona fide* occupational requirement. The Review Tribunal also erred in rejecting statistical evidence, and allegedly erred in the burden imposed on Air Canada. None of these errors related to the real issue: the justification for the maximum hiring age policy. All were made in the Review Tribunal's consideration of the effects of aging on pilots and the resulting safety concerns; none was made in its consideration of the connection between the policy in issue and those concerns and risks. Air Canada failed to establish a credible link between the effects of pilot aging on safety and its maximum hiring age of 27 policy so as to prove that policy to be a *bona fide* occupational requirement. The Review Tribunal did not err in that conclusion.

Per McGuigan J.: The applicant argues that the citation of the American *Greyhound* case by the Supreme Court in *Etobicoke* indicates approval of its reasoning, so that it is the best interpretation of the *Etobicoke* case. McIntyre J. cited the *Greyhound* case together with the New Brunswick Board of Inquiry decision in *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.*, which reached a different conclusion and contained *dicta* contrary to those in the American case. The *Greyhound* case spoke of "a minimal increase in risk of harm" while the *Little* case spoke of a "minimum acceptable risk factor". The latter implies a measure of acceptability of risk that the former does not. Matheson J. in *Moose Jaw v. Sask. Human Rights Comm.* correctly insisted that the "sufficient risk" test of *Etobicoke* cannot be equated with an "intolerable risk", but the notion that the American courts endorse an

manière dont ce critère peut être appliqué en termes concrets dépendra des circonstances de chaque cas particulier.

Air Canada a soulevé «le problème du renversement des âges» comme motif justifiant l'âge limite d'embauchage. Ce problème concernait le potentiel de conflit dans la cabine lorsqu'un nouveau pilote plus âgé se retrouvait sous le commandement d'un jeune pilote ayant plus d'ancienneté. Le tribunal d'appel a jugé que le problème du «renversement des âges» ne supportait pas l'existence d'une exigence professionnelle normale parce que la preuve que le renversement des âges est un problème considérable n'était pas suffisante et parce que les problèmes qui découlent d'attitudes qui reflètent la partialité fondée sur un motif de discrimination interdit par la Loi ne peuvent se justifier comme des exigences professionnelles normales. Le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en jugeant que l'esprit de la Loi empêchait de conclure que le problème du renversement des âges pouvait constituer une exigence professionnelle normale. La Loi a pour but non seulement d'interdire la discrimination fondée sur des motifs prescrits, mais de permettre cette discrimination lorsqu'elle constitue une exigence professionnelle normale. Étant donné que cette erreur de droit n'a eu aucun effet sur la décision du tribunal d'appel qui avait déjà tranché le problème du renversement des âges en se fondant sur des motifs appropriés, elle ne justifie pas l'annulation de la décision.

Le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en déclarant que le sophisme dans l'approche des experts médicaux était qu'elle tend à assumer que le fait qu'il y ait un rapport entre l'âge et l'incapacité est non seulement un fondement nécessaire, mais qu'il suffit pour maintenir que l'âge constitue une exigence professionnelle normale. Le tribunal d'appel a également commis une erreur en rejetant la preuve fondée sur des statistiques, et ce serait le cas aussi quant au fardeau de la preuve imposé à Air Canada. Aucune de ces erreurs ne touchait le fond du litige: la justification de la politique fixant un âge maximum d'embauchage. Elles ont toutes été commises par le tribunal d'appel dans son examen des effets du vieillissement sur les pilotes et des problèmes de sécurité qui en découlent; aucune n'a été commise dans son appréciation du rapport entre la politique en cause et ces préoccupations et dangers. Air Canada n'a pas réussi à établir un rapport vraisemblable entre les effets du vieillissement des pilotes sur la sécurité et sa politique fixant l'âge maximum d'embauchage à 27 ans afin de prouver que cette politique constitue une exigence professionnelle normale. Le tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant ainsi.

Le juge MacGuigan: La requérante prétend que, dans l'arrêt *Etobicoke*, la citation par la Cour suprême de la décision américaine *Greyhound* indique qu'elle approuve le raisonnement qui y a été suivi, de sorte que cette décision constitue la meilleure interprétation de l'arrêt *Etobicoke*. Le juge McIntyre a cité l'affaire *Greyhound* avec la décision de la Commission d'enquête du Nouveau-Brunswick dans *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.*, où la Commission a rendu une décision différente qui contenait des opinions incidentes allant à l'encontre de celles de la décision américaine. Dans l'affaire *Greyhound*, on parlait «d'une augmentation minime des risques» alors que dans l'affaire *Little*, il s'agissait du «facteur minimum de risque acceptable». Cette dernière expression laisse entendre contrairement à la première qu'il est possible de mesurer l'acceptabilité d'un risque. Dans l'affaire *Moose*

“intolerable risk” approach is erroneous. An examination of the cases cited by McIntyre J. makes it clear that he did not intend by his reference to give approval to a particular measure of risk. Nevertheless his own posing of the issue in terms of whether there is “sufficient risk of employee failure” indicates a recognition of a certain degree of risk that sits better with the notion of “acceptable” than with that of “minimal”.

The *Greyhound* approach has not had unanimous support in American courts. The same approach was taken in *Murnane v. American Airlines, Inc.*, but shortly after in *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, the U.S. Court of Appeals rejected another airline’s rule denying employment to pilot applicants over 35 as a *bona fide* occupational qualification (BFOQ). The Court proposed a two-pronged test. The applicant alleges that the Review Tribunal erred in stating that this test was “substantively similar” to the one set forth in *Etobicoke*. The same Court that decided *Greyhound* “refused to give it full faith and credit” in *Orzel v. City of Wauwatosa Fire Dept.*, when it rejected the City’s position that a BFOR is established by the employer’s showing a rational basis in fact for a belief that it diminishes the risk of harm. Air Canada submits that where there are two or three rational factual positions based on expert evidence, a tribunal has no option but to accept an employer’s choice. This is not proof on a balance of probabilities required by *Etobicoke*. The applicant argued that the standard of proof applied only to showing that there was a rational basis in fact, not to proving that it was more probable than other hypotheses. This goes along with the notion that a minimal risk to public safety justifies a BFOR. Analysis of *Etobicoke* demonstrates that this is not its meaning because it does not square either with the standard of proof it requires or with the necessity of a sufficiency of risk for justification.

The *Smallwood* test is an extension of the *Etobicoke ratio*, but in continuity with it. *Etobicoke* identified the two inversely proportional factors of the degree of risk and the availability of alternative as determinative of a BFOR, objectively considered, leaving the balancing to be arrived at in relation to all the circumstances. The two-pronged American test is a more proximate stage in the determination of a BFOR. On the evidence, Air Canada might have failed both prongs of this proximate test, but the Review Tribunal, after endorsing the American test, reached the same result entirely on the basis of the more general language of the *Etobicoke* test. The Tribunal did not err in stating that the legal test of a BFOR, as stated in *Etobicoke*, is “whether the requirement is reasonably necessary to the performance of the job . . . the Tribunal must examine both the necessity of the rule and the reasonableness of the rule in the light of that necessity.”

Jaw v. Sask. Human Rights Comm., le juge Matheson a eu raison d’insister pour dire qu’on ne peut assimiler le critère du «risque suffisant» dégagé dans l’arrêt *Etobicoke* au «risque inacceptable», mais il est erroné de croire que les tribunaux américains souscrivent à la théorie du «risque inacceptable». Il ressort clairement des décisions citées par le juge McIntyre qu’il n’avait pas l’intention en les invoquant d’approuver une manière particulière de mesurer le risque. Néanmoins, le fait qu’il ait lui-même présenté le litige en affirmant qu’il s’agissait de déterminer s’il existait «un risque d’erreur humaine suffisant» indique la reconnaissance d’un certain degré de risque qui correspond davantage à la notion de risque «acceptable» qu’à celle de risque «minime».

Le point de vue adopté dans *Greyhound* n’a pas fait l’unanimité devant les tribunaux américains. Il a été suivi dans *Murnane v. American Airlines, Inc.*, mais peu après la Cour d’appel des États-Unis a conclu dans *Smallwood v. United Air Lines, Inc.* qu’une règle sur laquelle une autre compagnie aérienne se fondait pour refuser d’embaucher des pilotes âgés de plus de 35 ans ne constituait pas une exigence professionnelle normale. La Cour a proposé un double critère. La requérante allègue que le tribunal d’appel a commis une erreur en statuant que ce critère était «semblable, en substance» à celui dégagé dans l’arrêt *Etobicoke*. La même Cour qui s’est prononcée dans *Greyhound* «a refusé d’appliquer cette décision telle quelle» dans *Orzel v. City of Wauwatosa Fire Dept.*, où elle a rejeté l’argument de la ville voulant qu’une exigence professionnelle normale est établie lorsque l’employeur prouve que les faits lui permettent logiquement de croire que l’exigence diminue les risques de dommages. Air Canada soutient que, lorsqu’il existe deux ou trois points de vue logiques reposant sur les faits et découlant de témoignages d’experts, le tribunal n’a d’autre choix que d’accepter celui choisi par l’employeur. Cela ne constitue pas une preuve reposant sur la prépondérance des probabilités comme l’exige l’arrêt *Etobicoke*. La requérante a soutenu que les normes de preuve s’appliquaient seulement pour démontrer qu’il existait un fondement logique au point de vue choisi et non pour prouver que celui-ci était plus vraisemblable que les autres hypothèses. C’est conforme à l’idée que l’existence d’un risque minime pour la sécurité publique justifie une exigence professionnelle normale. Il ressort de l’analyse de l’arrêt *Etobicoke* que telle n’est pas sa signification parce qu’une telle interprétation ne s’accorde ni avec les normes de preuve qu’il exige ni avec la nécessité d’un risque suffisant comme justification.

Le critère dégagé dans l’affaire *Smallwood* poursuit le raisonnement adopté dans l’arrêt *Etobicoke*, mais en demeurant compatible avec celui-ci. Dans *Etobicoke*, la Cour a établi que les deux facteurs inversement proportionnels que sont le degré de risque et la possibilité de recourir à des solutions de rechange déterminent ce qui constitue une exigence professionnelle normale, examinée objectivement, et elle a conclu qu’il fallait trouver un équilibre entre ces deux facteurs en tenant compte des circonstances. Le double critère dégagé par les tribunaux américains constitue une étape préliminaire dans la détermination d’une exigence professionnelle normale. Il ressort de la preuve qu’Air Canada pourrait ne pas avoir satisfait aux deux volets de ce critère immédiat, mais après avoir approuvé le critère dégagé aux États-Unis, le tribunal d’appel est arrivé au même résultat en se fondant entièrement sur la formulation plus générale du critère énoncé dans l’arrêt *Etobicoke*. Le

The Tribunal did not err in law. Any mistakes it may have made were isolated or trivial or the result of infelicitous expression. What the Tribunal intended was not to read the evidence in the light of its policy preferences but to insist on a narrow interpretation of the *bona fide* occupational requirement exception as recommended by *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*

The Courts must ensure that Parliament's primary intention that people should be judged on their merits is not eroded by overly generous exceptions. The exceptions should be narrowly interpreted.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke, [1982] 1 S.C.R. 202; 132 D.L.R. (3d) 14; *Moose Jaw v. Sask. Human Rights Comm.*, [1984] 4 W.W.R. 468 (Sask. Q.B.).

CONSIDERED:

Arritt v. Grisell, 567 F.2d 1267 (4th Cir. 1977); *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (4th Cir. 1981); *certiorari* denied 102 S. Ct. 2299 (1982); *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974); *certiorari* denied 95 S. Ct. 805 (1975); *Usery v. Tamiami Trail Tours*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. D/1 (N.B. Bd. of Inq.); *Murnane v. American Airlines, Inc.*, 667 F.2d 98 (D.C. Cir. 1981); *certiorari* denied 102 S. Ct. 1770 (1982); *Orzel v. City of Wauwatosa Fire Dept.*, 697 F.2d 743 (7th Cir. 1983).

COUNSEL:

J. Murray and *G. Delisle* for applicant.
G. D. Hunter and *D. A. Aylen* for respondents.

SOLICITORS:

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, for applicant.
Scott & Aylen, Ottawa, for respondents.

tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en statuant que le critère légal pour l'exigence professionnelle normale tel qu'exposé dans l'arrêt *Etobicoke* est «d'établir si l'exigence est nécessaire, dans une mesure raisonnable, à l'exécution du travail . . . le tribunal doit examiner à la fois la nécessité de la règle et la nature raisonnable de celle-ci à la lumière de cette nécessité.»

Le tribunal n'a pas commis d'erreur de droit. Les erreurs qu'il a pu commettre étaient isolées ou insignifiantes ou encore, résultaient de l'emploi d'expressions mal choisies pour exprimer sa décision. L'intention du tribunal n'était pas d'interpréter la preuve en tenant compte de ses préférences quant à la politique à suivre, mais d'insister sur une interprétation restrictive de l'exception créée par l'exigence professionnelle normale comme le tribunal l'a recommandé dans l'affaire *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*

Les tribunaux doivent faire en sorte que l'existence d'exceptions beaucoup trop larges ne vienne porter atteinte à l'intention première du Parlement de permettre que les personnes soient jugées au mérite. Il faudrait donc interpréter lesdites exceptions d'une manière restrictive.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke, [1982] 1 R.C.S. 202; 132 D.L.R. (3d) 14; *Moose Jaw v. Sask. Human Rights Comm.*, [1984] 4 W.W.R. 468 (B.R. Sask.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Arritt v. Grisell, 567 F.2d 1267 (4th Cir. 1977); *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (4th Cir. 1981), *certiorari* refusé, 102 S. Ct. 2299 (1982); *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974), *certiorari* refusé, 95 S. Ct. 805 (1975); *Usery v. Tamiami Trail Tours*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. D/1 (Comm. d'enquête N.-B.); *Murnane v. American Airlines, Inc.*, 667 F.2d 98 (D.C. Cir. 1981), *certiorari* refusé, 102 S. Ct. 1770 (1982); *Orzel v. City of Wauwatosa Fire Dept.*, 697 F.2d 743 (7th Cir. 1983).

AVOCATS:

J. Murray et *G. Delisle* pour la requérante.
G. D. Hunter et *D. A. Aylen* pour les intimés.

PROCUREURS:

Cassels, Brock & Blackwell, Toronto, pour la requérante.
Scott & Aylen, Ottawa, pour les intimés.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MAHONEY J.: The applicant, Air Canada, applies, under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], to set aside the decision of a Review Tribunal [*Paul S. Carson et al. v. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1857], constituted under section 42.1 of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended. The Review Tribunal reached the same result as had a Tribunal, holding that Air Canada's policy not to hire new pilots over the age of 27 years was not based on a *bona fide* occupational requirement. No issues of natural justice or jurisdiction arise. Air Canada alleges that the Review Tribunal erred in law in making its decision and that it based its decision on erroneous findings of fact made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

The pertinent statutory provision is paragraph 14(a) of the *Canadian Human Rights Act*:

14. 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;

There is no issue that the policy is a discriminatory practice and that Air Canada had the burden of establishing, on a balance of probabilities, that it is based on a *bona fide* occupational requirement. Neither is there any issue as to Air Canada's *bona fides* in adopting the policy. It is largely based on Air Canada's perception that, by reason of safety concerns arising as a natural consequence of aging, its pilots must be retired from flying at age 60. It is applied in the context of a seniority system, mandated by collective agreement, which gives preference in all aspects of employment to the pilot with the longest service with Air Canada. It remains that the policy in issue is not mandatory retirement at age 60, but the maximum hiring age of 27. What Air Canada had to establish was that the maximum hiring age actually adopted, 27, was a *bona fide* occupational requirement, not merely that some maximum hiring age would have been.

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

LE JUGE MAHONEY: La requérante Air Canada demande, sur le fondement de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], l'annulation de la décision d'un tribunal d'appel [*Paul S. Carson et al. v. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1857] constitué en vertu de l'article 42.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, et ses modifications. Le tribunal d'appel est arrivé à la même conclusion que le tribunal et a statué que la politique d'Air Canada de ne pas engager de nouveaux pilotes âgés de plus de 27 ans ne découlait pas d'exigences professionnelles normales. Aucune question de justice naturelle ou de compétence n'a été soulevée. Air Canada soutient que le tribunal d'appel a rendu une décision entachée d'une erreur de droit et qu'il s'est fondé sur des conclusions de fait erronées, tirées de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

La disposition législative applicable se trouve à l'alinéa 14a) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*:

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires

a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

Il ne s'agit pas de savoir si cette politique entraîne des actes discriminatoires et s'il incombe à Air Canada de démontrer, selon toute probabilité, qu'elle repose sur des exigences professionnelles normales. La bonne foi d'Air Canada en adoptant cette politique n'est pas non plus en cause. Air Canada a adopté cette politique en grande partie parce qu'elle considère que, en raison des problèmes de sécurité découlant naturellement du vieillissement, ses pilotes doivent cesser leurs activités à l'âge de 60 ans. Cette politique est appliquée dans le cadre d'un régime d'ancienneté, mis en place par la convention collective, qui donne préférence, en ce qui concerne tous les aspects de l'emploi, au pilote qui travaille depuis le plus longtemps pour Air Canada. La politique contestée n'est pas celle de l'âge de la retraite obligatoire fixé à 60 ans, mais celle de l'âge maximum d'embauchage fixé à 27 ans. Air Canada devait démon-

I use the term "maximum hiring age of 27" for convenience. In fact, the policy is somewhat flexible. It permits hiring up to age 31 in specified circumstances.

The Tribunal sat 19 days between February 18, 1980, and October 5, 1981. Its decision, rendered March 18, 1982, runs to 125 pages. The Review Tribunal dealt with the appeal on that record: 35 volumes, 4,864 pages. The Review Tribunal heard five days of argument between December 8, 1982, and February 17, 1983. It rendered its 100-page decision October 26, 1983.

I find no merit whatever in the submission that the Review Tribunal based its decision on erroneous findings of fact made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it. In my view only three of the errors in law alleged require to be dealt with: firstly, the Review Tribunal's equating of the decision of the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; 132 D.L.R. (3d) 14, with that of the United States Court of Appeals, Fourth Circuit, in *Artritt v. Grisell*, 567 F.2d 1267 (1977), and followed by the same Court in *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (1981), a case that also involved a maximum hiring age for pilots; secondly, the Review Tribunal's application of its perception of the policy of the *Canadian Human Rights Act* in considering certain evidence and, thirdly, whether Air Canada was wrongly required to prove that the safety concerns underlying the policy were well founded in fact, rather than only that they were founded on an unresolved medical debate, the ultimate resolution of which must, prudence dictates, be viewed with pessimism by Air Canada.

trer que l'âge maximum d'embauchage adopté, c'est-à-dire 27 ans, était une exigence professionnelle normale et non simplement qu'un certain âge maximum d'embauchage aurait constitué une telle exigence.

J'utilise pour des raisons pratiques l'expression «l'âge maximum d'embauchage de 27 ans». En fait, cette politique est un peu plus souple. Elle permet d'engager des pilotes jusqu'à l'âge de 31 ans dans des cas déterminés.

Le tribunal a siégé 19 jours entre le 18 février 1980 et le 5 octobre 1981. Sa décision rendue le 18 mars 1982 comporte 125 pages. Le tribunal d'appel s'est prononcé sur l'appel à partir du dossier: 35 volumes, 4 864 pages. Les débats devant le tribunal d'appel ont duré cinq jours entre le 8 décembre 1982 et le 17 février 1983. Le tribunal d'appel a rendu une décision de 100 pages le 26 octobre 1983.

Je rejette l'allégation voulant que le tribunal d'appel ait fondé sa décision sur des conclusions de fait erronées, tirées de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance. À mon avis, il n'y a lieu d'examiner que trois des erreurs de droit alléguées: premièrement, le parallèle établi par le tribunal d'appel entre la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; 132 D.L.R. (3d) 14, et celle de la Cour d'appel des États-Unis, Quatrième Circuit, dans l'affaire *Artritt v. Grisell*, 567 F.2d 1267 (1977), et suivie par la même Cour dans l'affaire *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (1981), qui concernait également un âge maximum d'embauchage pour les pilotes; deuxièmement, l'application par le tribunal d'appel de sa perception de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au cours de l'examen de certains éléments de preuve et, troisièmement, la question de savoir si on a exigé à tort qu'Air Canada prouve que ses préoccupations au sujet de la sécurité, qui étaient sous-jacentes à sa politique, reposaient sur des faits plutôt que de prouver qu'elles étaient fondées sur un débat médical non résolu qu'elle doit envisager avec prudence et dont elle doit craindre la conclusion.

As to equating *Arritt* with *Etobicoke*, the latter case, which dealt with the mandatory retirement of firemen at age 60, is the leading Canadian authority on age discrimination as a *bona fide* occupational requirement. There, at page 208 S.C.R.; pages 19 ff. D.L.R., the test was stated:

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

After considering the evidence in the case at bar, the approaches of the Tribunal and the courts below, to it, and the sort of evidence necessary to establish an age discrimination as a *bona fide* occupational qualification, the Supreme Court, at pages 209-210 S.C.R.; pages 20 and 21 D.L.R., went on:

In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a *bona fide* occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

In *Arritt*, the Court had before it a state law prescribing a hiring range of ages 18 to 35 for police recruits. The Review Tribunal quoted only the portion of the relevant passage which was quoted in another case cited to it. It is, I think, useful to quote it somewhat more fully, because Air Canada argues that the test in *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974) which is referred to, is the standard of *Etobicoke*. The Court, at page 1271, said:

The district court adopted the standard applied in *Hodgson v. Greyhound Lines*, 499 F.2d 859 (7 Cir. 1974): that the employer need only demonstrate "a minimal increase in risk of harm for it is enough to show that elimination of the hiring policy might jeopardize the life of one more person than might otherwise occur under the present hiring practice". *Id.* at 863.

Pour ce qui est du parallèle entre les arrêts *Arritt* et *Etobicoke*, cette dernière décision, qui portait sur la retraite obligatoire des pompiers à l'âge de 60 ans, fait autorité au Canada au sujet de la discrimination fondée sur l'âge comme exigence professionnelle normale. Le critère applicable a été fixé à la page 208 R.C.S.; aux pages 19 et s. D.L.R.:

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

Après avoir examiné la preuve en l'espèce, les vues du tribunal et des tribunaux d'instance inférieure, et le genre de preuves requises pour établir que la discrimination fondée sur l'âge constitue une exigence professionnelle normale, la Cour suprême a ajouté à la page 210 R.C.S.; aux pages 20 et 21 D.L.R.:

Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

Dans l'affaire *Arritt*, le tribunal avait été saisi d'une loi d'un État qui fixait de 18 à 35 ans l'âge d'embauchage pour les recrues de la police. Le tribunal d'appel n'a cité que la partie du passage pertinent figurant dans une autre décision invoquée. À mon avis, il est utile de reprendre cette citation un peu plus en détail parce que Air Canada prétend que le critère énoncé dans l'affaire *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974), qui a été invoquée, est la norme appliquée dans l'arrêt *Etobicoke*. Le tribunal a dit à la page 1271:

[TRADUCTION] La cour de district a adopté le critère appliqué dans l'affaire *Hodgson v. Greyhound Lines*, 499 F.2d 859 (7 Cir. 1974), c'est-à-dire que l'employeur n'a qu'à démontrer une augmentation minime des risques, car il lui suffit de montrer que l'abolition de sa politique d'embauchage pourrait mettre en danger la vie d'une personne de plus que ce ne serait

We believe, however, that the proper standard is the two-pronged test formulated in *Usery v. Tamiami Trail Tours*, 531 F.2d 224 (5 Cir. 1976): that the burden is on the employer to show (1) that the bfoq which it invokes is reasonably necessary to the essence of its business (here the operation of an efficient police department for the protection of the public), and (2) that the employer has reasonable cause, i.e., a factual basis for believing that all or substantially all persons within the class (in our case, persons over 35 years of age) would be unable to perform safely and efficiently the duties of the job involved, or that it is impossible or impractical to deal with persons over the age limit on an individualized basis.

That the "bfoq" was adopted in good faith is doubtless implicit in the first branch of the *Arritt* test, which is not in issue here anyway, and with that qualification, I have no difficulty agreeing that it is similar in substance to the subjective element of the *Etobicoke* test. Without deciding what factors might be required to be proved in meeting the objective branch of the *Etobicoke* test in another case, it seems to me that the second branch of the *Arritt* test is quite apt here.

The question is not, of course, whether all or substantially all pilots over 27 cannot perform. Air Canada's case is not that undue risk arises immediately upon hiring new pilots over 27. It is rather that the risk which, it perceives, will inevitably arise as pilots age can be better avoided if none over 27 are hired. Thus, in asking what is reasonably necessary to assure the safe performance by pilots of their duties as they age, it seems entirely reasonable to enquire if it is not possible or practical to deal with those pilots on an individual basis rather than preventing their initial employment by a blanket refusal to hire.

The *Tamiami* [*Usery v. Tamiami Trail Tours*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976)] case is referred to in the quotation from *Arritt* above. I mention it only because it was dealt with in a recent decision of the Saskatchewan Court of Queen's Bench in

le cas en vertu de la pratique d'embauchage actuelle». *Id.* à la page 863. Nous croyons cependant que le critère approprié est le double critère dégagé dans l'affaire *Usery v. Tamiami Trail Tours*, 531 F.2d 224 (5 Cir. 1976), c'est-à-dire qu'il incombe à l'employeur de démontrer (1) que l'exigence professionnelle normale qu'il invoque est raisonnablement nécessaire à la nature même de son entreprise (en l'espèce, le fonctionnement efficace d'un service de police visant à assurer la protection du public) et (2) qu'il a un motif raisonnable, c'est-à-dire fondé sur des faits réels, de croire que toutes ou pratiquement toutes les personnes de la catégorie (dans notre cas, les personnes âgées de plus de 35 ans) seraient incapables d'exécuter efficacement et sans danger les tâches de l'emploi en cause, ou qu'il est impossible ou peu pratique d'examiner individuellement le cas de chaque personne ayant dépassé l'âge limite.

Il est sans doute implicite dans le premier volet du critère dégagé dans l'affaire *Arritt* que «l'exigence professionnelle normale» doit avoir été adoptée de bonne foi, ce qui de toute façon ne fait pas l'objet du présent litige, et étant donné cette caractérisation, il ne m'est pas difficile d'admettre que cet élément est, pour l'essentiel, semblable à l'aspect subjectif du critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*. Sans me prononcer sur les éléments qu'il pourrait être nécessaire de prouver dans un autre cas afin de respecter l'aspect objectif du critère dégagé dans l'arrêt *Etobicoke*, il me semble toutefois que le deuxième volet du critère appliqué dans l'affaire *Arritt* est très approprié en l'espèce.

Il ne s'agit évidemment pas de déterminer si tous ou pratiquement tous les pilotes âgés de plus de 27 ans ne peuvent accomplir leur tâche. Air Canada ne prétend pas que l'embauchage de pilotes âgés de plus de 27 ans crée des risques inutiles. Elle soutient plutôt qu'il sera plus facile d'éviter les risques qui, selon elle, apparaîtront inévitablement au fur et à mesure que les pilotes vieilliront si aucun pilote âgé de plus de 27 ans n'est embauché. Ainsi, lorsqu'on se demande ce qui est raisonnablement nécessaire pour s'assurer que les pilotes accomplissent leurs fonctions en toute sécurité à mesure qu'ils vieillissent, il semble tout à fait raisonnable de vérifier s'il n'est pas possible ou pratique d'examiner le cas de chaque pilote plutôt que d'empêcher leur embauchage par un refus général de les embaucher.

L'affaire *Tamiami* [*Usery v. Tamiami Trail Tours*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976)] est mentionnée dans l'extrait tiré de l'arrêt *Arritt* précité. Je le souligne parce que cette décision a été examinée dans un jugement récent de la Cour du Banc de la

Moose Jaw v. Sask. Human Rights Comm., [1984] 4 W.W.R. 468 [at page 474], where the board of inquiry had cited *Tamiami* for the following proposition:

"It is the Board's view that the case law establishes that it is still necessary for the employer to show that all members of the restricted class (in this case, those over 62 and eventually over 60) had the intolerable characteristic or that the incidence in that group was so great and not sufficiently identifiable as to make the risks from continuing to employ members of the group intolerable in the circumstances."

I have read and reread *Tamiami* with care. Nowhere in it does that language or anything near so strong appear. In particular, the word "intolerable" is not used. Its test is that of *Arritt*. Accordingly, I do not wish to be taken as disagreeing with the Saskatchewan decision which did reject, quite rightly in my view, the above statement as being outside the scope of the *Etoibicoke* test.

On the other hand, Air Canada argues that the test of the *Greyhound* case is equivalent to that of *Etoibicoke*. Both *Tamiami* and *Greyhound* dealt with maximum hiring ages for bus drivers. The Court in *Greyhound* said [at page 863]:

Due to such compelling concerns for safety, it is not necessary that *Greyhound* show that all or substantially all bus driver applicants over forty could not perform safely. Rather, to the extent that the elimination of *Greyhound's* hiring policy may impede the attainment of its goal of safety, it must be said that such action undermines the essence of *Greyhound's* operations. Stated differently, *Greyhound* must demonstrate that it has a rational basis in fact to believe that elimination of its maximum hiring age will increase the likelihood of risk of harm to its passengers. *Greyhound* need only demonstrate however a minimal increase in risk of harm for it is enough to show that elimination of the hiring policy might jeopardize the life of one more person than might otherwise occur under the present hiring practice.

In its discussion of the sort of evidence required in cases such as this, the Supreme Court of Canada, in *Etoibicoke* at page 213 S.C.R.; page 23 D.L.R., said:

Reine de la Saskatchewan *Moose Jaw v. Sask. Human Rights Comm.*, [1984] 4 W.W.R. 468 [à la page 474], où la commission d'enquête avait cité l'affaire *Tamiami* à l'appui de la proposition suivante:

[TRADUCTION] «Aux yeux de la commission, il ressort de la jurisprudence qu'il incombe encore à l'employeur de montrer que tous les membres de la catégorie restreinte (dans le cas présent, ceux âgés de plus de 62 ans et éventuellement, ceux âgés de plus de 60 ans) possédaient la caractéristique inacceptable ou que l'incidence de cette dernière dans ce groupe était si grande et si difficile à identifier qu'elle rendait inadmissibles dans les circonstances les risques résultant du fait de continuer à embaucher des membres de cette catégorie.»

J'ai lu et relu avec attention l'affaire *Tamiami*. On n'y trouve nulle part ces termes ni des termes aussi forts. En particulier, le terme «inacceptable» n'y est pas employé. Le critère adopté est celui de l'affaire *Arritt*. Par conséquent, je ne veux pas que l'on croie que je ne suis pas d'accord avec la décision de la Cour de la Saskatchewan qui a rejeté, à juste titre selon moi, la déclaration qui précède parce qu'elle n'est pas visée par le critère dégagé dans l'arrêt *Etoibicoke*.

Par contre, Air Canada soutient que le critère énoncé dans l'affaire *Greyhound* est le même que celui qui a été appliqué dans l'arrêt *Etoibicoke*. Les affaires *Tamiami* et *Greyhound* portaient toutes les deux sur l'âge maximum d'embauchage des conducteurs d'autobus. La Cour a dit dans *Greyhound* [à la page 863]:

[TRADUCTION] Étant donné de telles préoccupations impérieuses quant à la sécurité, il n'est pas nécessaire que *Greyhound* montre que tous les candidats conducteurs d'autobus âgés de plus de quarante ans, ou une grande partie d'entre eux, ne peuvent remplir leurs fonctions sans risque. Au contraire, dans la mesure où l'abolition de la politique d'embauchage de *Greyhound* peut l'empêcher d'atteindre son objectif quant à la sécurité, on peut affirmer qu'une telle action porte atteinte à la nature même de ses opérations. En d'autres termes, *Greyhound* doit prouver qu'elle a en réalité une raison logique de croire que la suppression de l'âge maximum d'embauchage augmentera les risques de dommages pour ses passagers. *Greyhound* n'a cependant qu'à prouver une augmentation minime des risques, car il lui suffit de montrer que l'abolition de sa politique d'embauchage pourrait mettre en danger la vie d'une personne de plus que ce ne serait le cas en vertu de la pratique d'embauchage actuelle.

En examinant le genre de preuve requise dans des cas comme l'espèce, la Cour suprême du Canada a dit à la page 213 R.C.S. et à la page 23 D.L.R. de l'arrêt *Etoibicoke*:

The question of sufficiency and the nature of evidence in such matters has been discussed in various cases, and of particular interest are: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1.

While the Supreme Court has certainly not disapproved of the *Greyhound* test, it has not, as Air Canada suggests, endorsed it.

We are not, here, as Air Canada argued, dealing with a Review Tribunal which has substituted its assessment of safety on the flight deck for that of Air Canada. Rather, we are dealing with a discriminatory practice which Air Canada has adopted as a result of its assessment of risk to safety as its pilots age. Air Canada is obliged by law to prove, on a balance of probabilities, its practice to be a *bona fide* occupational requirement. *Etobicoke* states the test in general terms. How that test may appropriately be expressed in concrete terms will depend on the particular circumstances in each case. Perhaps, in other circumstances, the question could be asked as simply as in *Greyhound*. In the present case, I think it is entirely consistent with *Etobicoke* to ask Air Canada to prove that it would be impossible or impractical for it to hire new pilots older than 27 and to deal with its safety concerns as they age on an individual basis. That is, after all, what it does in fact in respect of the pilots it does employ until they reach 60.

One of the reasons advanced for the maximum age 27 hiring policy was characterized "the age reversal problem". It is described by the Review Tribunal, at page 66 [D/1875 C.H.R.R.] of its decision, in the following terms:

The age reversal problem involves potential conflict in the cockpit where, because of the seniority system, a younger pilot might be placed in command over a more recently-hired, but older, pilot. The older person may question the authority of the younger, leading to a critical breakdown in the chain-of-command.

The Review Tribunal's assessment of the evidence as to the problem, also at page 66 [page D/1875 C.H.R.R.], was:

Once again, the evidence in support of the problem involved only isolated observations. It was, at best, impressionistic. It

La question de la suffisance et de la nature de la preuve en la matière a été analysée dans divers arrêts, dont en particulier: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1.

^a Même si la Cour suprême n'a certainement pas désapprouvé le critère appliqué dans *Greyhound*, elle ne l'a pas endossé comme le prétend Air Canada.

^b Il ne s'agit pas en l'espèce d'un cas où, comme le prétend Air Canada, un tribunal d'appel a substitué son appréciation à celle d'Air Canada en ce qui concerne la sécurité dans le poste de pilotage. La Cour doit plutôt se prononcer sur une pratique discriminatoire adoptée par Air Canada en raison de son appréciation des risques pour la sécurité à mesure que ses pilotes vieillissent. La loi oblige Air Canada à prouver, suivant la prépondérance des probabilités, que sa pratique constitue une exigence professionnelle réelle. L'arrêt *Etobicoke* expose le critère applicable en termes généraux. La manière dont ce critère peut être énoncé en termes concrets dépendra des circonstances de chaque cas particulier. Il est possible, dans d'autres circonstances, que l'on pose la question de manière aussi simple que dans *Greyhound*. En l'espèce, je pense qu'on suit fidèlement l'arrêt *Etobicoke* en demandant à Air Canada de prouver qu'il lui serait impossible ou peu pratique d'engager de nouveaux pilotes âgés de plus de 27 ans et d'examiner individuellement le cas de chacun, pour ce qui est de la sécurité, à mesure qu'il vieillit. Après tout, c'est ce qu'elle fait en réalité pour les pilotes qu'elle emploie jusqu'à ce qu'ils aient atteint 60 ans.

^c L'un des motifs avancés pour que l'âge maximum d'embauchage soit fixé à 27 ans a été défini comme «le problème du renversement des âges». Le tribunal d'appel l'a décrit dans les termes suivants à la page 74 [D/1875 C.H.R.R.] de sa décision:

^d Le problème du renversement des âges a trait au potentiel de conflit dans la cabine dans le cas où un nouveau pilote plus âgé devrait, à cause du système d'ancienneté, se retrouver sous le commandement d'un pilote plus jeune. Le plus âgé pourrait mettre en doute l'autorité du plus jeune, causant une rupture dangereuse dans la chaîne de commandements.

^e À la même page, le tribunal d'appel a fait l'appréciation suivante de la preuve quant à ce problème:

^f Encore une fois, la preuve à l'appui de la possibilité d'un tel problème n'implique que des observations isolées. Elle était tout

was countered by evidence that age reversal is not uncommon in military aviation and is not known to create problems there.

The Review Tribunal was entirely fair in so describing the evidence. Had it been content to stop there, no arguable error of law would have arisen. However, it went on to observe:

To the extent that age reversal might create the problem suggested, it would seem to do so only because of an attitude of the older individual reflecting an age bias. An older pilot questioning the authority of a younger pilot in command on the basis of age is acting on the view that older age entitles one to a superior position. If such attitudes can give rise to a *bona fide* occupational requirement, then a whole variety of the most objectionable forms of discrimination could be supported because attitudes based on prejudice will in fact give rise to problems if discrimination is not carried out. The objections of existing employees to working with members of some other group will undoubtedly give rise to problems if members of the other group are employed. The employer could argue that this created a *bona fide* occupational requirement excluding members of the other group from employment. This Tribunal is of the view that this result would so clearly violate the intent of the legislation that problems arising from attitudes which reflect bias on a ground of discrimination prohibited under the *Canadian Human Rights Act* cannot as a matter of law justify a *bona fide* occupational requirement. For this reason, as well as because there is not adequate evidence that age reversal is a significant problem, age reversal does not support a *bona fide* occupational requirement.

With respect, it was an error in law to conclude that policy of the *Canadian Human Rights Act* precluded a conclusion that the age reversal problem could be the basis for a *bona fide* occupational requirement. The policy of the Act is not only to prohibit discrimination on the prescribed grounds but to permit that discrimination where it is a *bona fide* occupational requirement. The issue is to be decided by application of the law to the facts as found on the evidence, not on the basis of preferring one policy objective over another. In my opinion, this error in law did not affect the Review Tribunal's decision. It had already reached its conclusion as to the age reversal problem on a proper basis. This error in law is, therefore, not a ground for setting aside the decision pursuant to section 28.

au plus, impressionniste. Elle était contrée par une preuve démontrant que le renversement des âges est courant dans l'aviation militaire et n'a apparemment pas créé de problème dans ce domaine.

^a Le tribunal d'appel s'est montré tout à fait juste en définissant ainsi la preuve. S'il en était resté là, il n'aurait pas été possible d'alléguer qu'il avait commis une erreur de droit. Il a toutefois ajouté:

^b Dans la mesure où le renversement des âges pourrait créer le problème que l'on a décrit, ce problème semblerait découler simplement de l'attitude de l'individu plus âgé, et indique une partialité fondée sur l'âge. Un pilote plus âgé qui mettrait en doute l'autorité d'un plus jeune qui est en position de commandement en raison de l'âge, agirait sur la prétention que l'âge donne droit à une position supérieure. Si pareilles attitudes équivalaient à des exigences professionnelles normales, cette clause dérogatoire pourrait donner ouverture à des formes de discrimination des plus répréhensibles, parce que des attitudes fondées sur des préjugés créent en fait des problèmes si la discrimination n'a pas lieu. Les employés en place qui s'objectent à travailler avec des membres d'un autre groupe créeront sans doute des problèmes si des membres de cet autre groupe sont embauchés. L'employeur pourrait soutenir qu'il s'agit d'une exigence professionnelle normale et refuser d'embaucher des personnes qui appartiennent à un groupe donné. Ce tribunal est d'avis qu'il serait nettement contraire à l'esprit de la législation de permettre que des problèmes qui découlent d'attitudes qui reflètent la partialité fondée sur un motif de discrimination interdit par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, puissent se justifier en droit comme étant des exigences professionnelles normales. Pour cette raison, et aussi parce que la preuve à l'effet que le renversement des âges constitue un problème considérable n'est pas suffisante, cet argument n'est pas valable pour soutenir l'existence d'une exigence professionnelle normale.

^c En toute déférence, le tribunal d'appel a commis une erreur de droit en concluant que l'esprit de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* empêchait de conclure que le problème du renversement des âges pouvait constituer une exigence professionnelle normale. La Loi a pour but non seulement d'interdire la discrimination fondée sur des motifs prescrits, mais de permettre cette discrimination lorsqu'elle constitue une exigence professionnelle normale. Il faut trancher le litige en appliquant la loi aux faits démontrés par la preuve et non en préférant un objectif de la loi à un autre. À mon avis, cette erreur de droit n'a eu aucun effet sur la décision du tribunal d'appel qui avait déjà tranché le problème du renversement des âges en se fondant sur des motifs appropriés. Cette erreur de droit ne constitue donc pas un motif pour annuler la décision en vertu de l'article 28.

At page 68 [D/1876 C.H.R.R.], the Review Tribunal referred to the evidence of the experts called by Air Canada.

The evidence of Dr. St. Pierre and Dr. Busby emphasized that the incidence of impairments increases with age which supports distinctions based on age. In addition both doctors were skeptical of the ability of medical science to adequately detect impairing conditions. This led them to the conclusion that, as the incidence of impairment increases with age, the risk of undetected impairment increases, making age a justifiable screening device against the resulting risk to safety in aircraft operation.

At page 70 [D/1876 C.H.R.R.], it said:

The fallacy in the approach of Dr. St. Pierre and Dr. Busby is that it tends to assume that a correlation between age and impairment is not only a necessary, but also a *sufficient, basis* to support age as a *bona fide* occupational requirement. The basic premise of human rights legislation is that the merits of the individual should be assessed. Otherwise, *bona fide* occupational requirements might be established simply on the basis of statistical averages of group characteristics. This would merely be stereotyping in a new format which is, if anything, more invidious than traditional prejudices because it has an apparently scientific base.

A similar statement appears at page 77. In fairness to the Review Tribunal, it is to be noted that it did take the same view of evidence on the same point by the respondents' expert, Dr. Mohler. That is not raised as an error in this application.

I fail to see that an age-related impairment proved to be a necessary basis for a *bona fide* occupational requirement could, somehow, be found not to be a sufficient basis. Here again the Review Tribunal erred in law, apparently for the same policy-related reason as in respect of the age reversal problem. As stated, it was an error in law to permit a preference as between policies to influence its objective consideration of the evidence.

The Review Tribunal also erred in its rejection of statistical evidence. Relevant statistical evidence is entirely admissible and not to be rejected out of hand. It may well establish that it is at least impractical to deal with a class of employees individually and that, in respect of them, a dis-

À la page 76 [D/1876 C.H.R.R.], le tribunal d'appel a invoqué les témoignages des experts cités par Air Canada.

Dans leurs témoignages, les D^{rs} St. Pierre et Busby ont appuyé sur le fait que l'incidence d'incapacité augmentait avec l'âge, ce qui justifierait les distinctions fondées sur ce motif. En outre, tous les deux se disaient sceptiques que nous puissions au moyen de la science médicale découvrir, dans une mesure fiable, des conditions débilitantes. Ce qui les conduisait à en conclure que, étant donné que l'incidence d'incapacité augmente avec l'âge, le risque qu'une incapacité ne soit pas découverte augmente aussi, rendant l'âge un moyen de sélection justifiable pour combattre le risque relatif à la sécurité au cours des opérations aux commandes d'un avion.

Il a dit à la page 79 [D/1876 C.H.R.R.]:

Le sophisme dans l'approche des D^{rs} St. Pierre et Busby est qu'elle tend à assumer que le fait qu'il y ait un rapport entre l'âge et l'incapacité n'est non seulement un fondement nécessaire, mais qu'il suffit pour maintenir que l'âge constitue une exigence professionnelle normale. La prémisse fondamentale de la législation sur les droits de la personne est que l'on doit évaluer les mérites d'un individu. Autrement, il serait possible de démontrer l'exigence professionnelle normale en s'appuyant simplement sur les moyennes statistiques des caractéristiques des groupes. Ce qui équivaudrait simplement à une nouvelle forme de stéréotypie qui serait encore plus odieuse, si possible, que les préjugés traditionnels étant donné qu'elle reposerait sur une base apparemment scientifique.

On trouve une déclaration semblable à la page 87. En toute honnêteté pour le tribunal d'appel, il faut souligner qu'il était d'accord avec l'expert des intimés, le D^r Mohler, quant à la preuve du même point. Cela n'est pas considéré comme une erreur dans la présente demande.

Je ne vois pas comment on pourrait conclure, pour une raison ou pour une autre, qu'une incapacité reliée à l'âge dont la présence s'est avérée essentielle pour constituer une exigence professionnelle normale, n'est pas suffisante. Le tribunal d'appel a encore une fois commis une erreur de droit pour la même raison de politique, semble-t-il, que dans le cas du problème du renversement des âges. Comme je l'ai déjà dit, le fait de permettre qu'une préférence pour une politique plutôt qu'une autre influence son examen objectif de la preuve constituait une erreur de droit.

Le tribunal d'appel a également commis une erreur en rejetant la preuve fondée sur des statistiques. Une telle preuve est tout à fait admissible et ne doit pas être rejetée sommairement. Elle peut établir qu'il est à tout le moins peu pratique de traiter individuellement avec une catégorie d'em-

criminary practice is, in fact, a well-founded *bona fide* occupational requirement.

Finally, error is alleged in the burden imposed on Air Canada. It argues that, to meet the objective test of *Etobicoke*, it was sufficient that it prove the fact of the ongoing medical debate on the effect of aging on pilots' safe performance. That proved, it was, in its submission, entitled to assume that, upon resolution, the most pessimistic position would turn out to be the case and to respond to that with its hiring policy. Any other response would be imprudent. To require it to prove more led effectively to a usurpation by the Review Tribunal of Air Canada's obligation and responsibility for the safe operation of its airline. The respondents argue that the objective test of *Etobicoke* required proof of a real risk, not merely that there was a basis for a reasonable apprehension of risk.

I think it unwise to attempt to resolve that issue in an essentially hypothetical situation. If it was an issue at all in this case, it related directly to a collateral matter and only indirectly to the issue at hand: the justification for the maximum-hiring-age policy. In this respect, it is like the errors in the Review Tribunal's approach to the expert and statistical evidence. Those were errors; this may have been, but none were central to the real issue. All were made in the Review Tribunal's consideration of the effects of aging on pilots and the resulting safety concerns; none were made in its consideration of the connection between the policy in issue and those concerns and risks.

Assuming, without deciding, that the effects of pilot aging on safety are as dire as any evidence suggested might be the case, where Air Canada failed was in establishing credible linkage between those risks and its maximum-hiring-age of 27 policy, so as to prove that policy to be a *bona fide* occupational requirement based on its safety concerns. The Review Tribunal did not err in that

ployés et que, dans leur cas, un acte discriminatoire constitue en réalité une exigence professionnelle tout à fait justifiée.

Enfin, Air Canada allègue qu'une erreur a été commise quant au fardeau de la preuve qui lui a été imposé. Elle soutient que, pour satisfaire au critère objectif énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, il lui suffisait de prouver l'existence d'un débat médical sur l'effet du vieillissement sur l'exercice en toute sécurité des fonctions de pilote. Une fois ce fait prouvé, elle avait le droit de présumer, selon elle, que lorsque ce débat prendrait fin, ce serait la position la plus pessimiste qui se révélerait juste et qu'elle avait le droit d'y répondre par sa politique d'embauchage. Toute autre réponse serait imprudente. L'obliger à aller plus loin dans sa preuve a entraîné une usurpation par le tribunal d'appel de l'obligation et de la responsabilité d'Air Canada quant à l'exploitation sans danger de sa compagnie d'aviation. Les intimés prétendent pour leur part que le critère objectif de l'arrêt *Etobicoke* exigeait la preuve d'un danger réel et non simplement une crainte raisonnable de danger.

Je crois qu'il est peu judicieux d'essayer de trancher cette question en se fondant sur une situation purement hypothétique. Si cette question était en litige en l'espèce, elle se rapporterait directement à un problème connexe et indirectement seulement au point en litige: la justification de la politique relative à l'âge maximum d'embauchage. À cet égard, c'est la même chose que les erreurs du tribunal d'appel dans sa façon d'aborder les témoignages d'experts et la preuve fondée sur des statistiques. Il s'agissait d'erreurs; cela aurait pu être le cas, mais aucune de celles-ci ne touchait le fond du litige. Elles ont toutes été commises par le tribunal d'appel dans son examen des effets du vieillissement sur les pilotes et des problèmes de sécurité qui en découlent; aucune n'a été commise dans son appréciation du rapport entre la politique en cause et ces préoccupations et dangers.

Présumant, sans toutefois décider, que les effets du vieillissement des pilotes pour la sécurité sont aussi néfastes que la preuve l'a laissé entendre, Air Canada a échoué en ne réussissant pas à établir un rapport vraisemblable entre ces dangers et sa politique fixant l'âge maximum d'embauchage à 27 ans afin de prouver que cette politique constitue une exigence professionnelle normale fondée sur

conclusion. Air Canada did not, in this proceeding, challenge the conclusion that the policy could not stand on economic grounds.

I would dismiss this section 28 application.

STONE J.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.: This section 28 application is the first case of age discrimination relating to the age of entry into employment to reach the Canadian courts.

The five complainants (the respondents herein, along with the Canadian Human Rights Commission) ranged in age from 32 to 41 at the effective date of their rejection as pilots by Air Canada between March and September of 1978. They all allege that, by refusing to employ them as pilots because of their age, Air Canada committed a discriminatory practice under both sections 7 and 10 of the *Canadian Human Rights Act*. Air Canada justified its age preference as a *bona fide* occupational requirement (BFOR) under paragraph 14(a).¹

The relevant sections of that Act read as follows:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the following principles:

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap; and

ses préoccupations quant à la sécurité. Le tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant ainsi. Air Canada n'a pas contesté, en l'espèce, la conclusion selon laquelle la politique ne pouvait reposer sur des motifs économiques.

Je rejetterais la présente demande fondée sur l'article 28.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.

* * *

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

LE JUGE MACGUIGAN: Cette demande présentée conformément à l'article 28 est le premier cas soumis aux tribunaux canadiens concernant la discrimination fondée sur l'âge d'embauchage.

Les cinq plaignants (les intimés en l'espèce, de même que la Commission canadienne des droits de la personne) étaient âgés de 32 à 41 ans au moment où Air Canada a refusé de les embaucher comme pilotes entre mars et septembre 1978. Ils allèguent que, en refusant de les employer comme pilotes en raison de leur âge, Air Canada a commis un acte discriminatoire en vertu des articles 7 et 10 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Air Canada a justifié sa préférence quant à l'âge en indiquant qu'il s'agissait d'une exigence professionnelle normale en vertu de l'alinéa 14a).¹

Les articles pertinents de la Loi sont les suivants:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, aux principes suivants:

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne gracée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

¹ Counsel for both parties agreed that no distinction should be made among a *bona fide* occupational requirement (BFOR), a *bona fide* occupational qualification (BFOQ), and a *bona fide* occupational qualification and requirement. I therefore utilize whichever phrase is employed by the legislation I am referring to at the time.

¹ Les avocats des deux parties sont d'accord pour dire qu'il ne faudrait pas faire de distinction entre les expressions exigence professionnelle réelle et exigence professionnelle normale. J'utilise donc l'une ou l'autre expression qui est employée dans le texte législatif auquel je fais référence.

3. For all purposes of this Act, race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, conviction for which a pardon has been granted and, in matters related to employment, physical handicap, are prohibited grounds of discrimination.

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

- (a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or
 (b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer or an employee 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.

14. 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;

Air Canada's pilot hiring policy from August 1978 to the present has been as follows:

To Qualify For A Board Interview

- * Recommendation from Base interview.
- * Preferences:
 1. Aviation Graduate or Military Training.
 2. University Degree.
 3. Other (Minimum University Entrance).

To Qualify For A Base Interview

- * Update since last review of files.
- * Currently employed as a pilot.
- * 20/20 vision. Note: Applicants may be considered with less than 20/20 vision, if it is correctable to 20/20 with glasses and medically approved by the Senior Medical Officer—Air, prior to Base interview.
- * Canadian Citizen or Landed Immigrant.

3. Pour l'application de la présente loi, les motifs de distinction illicite sont ceux qui sont fondés sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

- a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou
 b) de défavoriser un employé,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés

- a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou
 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

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires

- a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

Depuis août 1978, la politique d'embauchage de pilotes suivie par Air Canada est la suivante:

Pour pouvoir être interviewé par le conseil

- * Le candidat doit avoir reçu une recommandation à cet effet à la suite de l'entrevue initiale.
- * La préférence est donnée aux postulants:
 1. Qui possèdent un diplôme de formation en aviation ou qui ont reçu une formation militaire.
 2. Qui possèdent un diplôme universitaire.
 3. Qui peuvent justifier d'un autre niveau d'instruction (au moins égal à celui exigé pour l'entrée à l'université).

Pour pouvoir être convoqué à une entrevue initiale

- * Le candidat doit avoir tenu son dossier à jour depuis la dernière étude de son dossier.
- * Le candidat doit travailler présentement comme pilote.
- * Le candidat doit avoir une acuité visuelle de 20/20. Il faut noter qu'un candidat dont l'acuité visuelle est de moins de 20/20 peut être considéré s'il est possible de ramener son acuité visuelle à 20/20 à l'aide de verres correcteurs et si les médecins spécialistes du personnel navigant d'Air Canada approuvent la candidature en question, ce qui doit être fait avant l'entrevue initiale.
- * Le candidat doit être citoyen canadien ou s'être établi au Canada avec le statut «d'immigrant reçu».

Experience

Age: Over 27—ATR, plus special qualifications, such as Military or Airline experience, aviation graduate and University Degree, etc.

25-27—ATR or Senior Commercial, Class I Multi-Instrument Rating.

Preferences:

1. Aviation Graduate or Military Training.
2. University Degree.
3. Other (Minimum University Entrance).

20-25—Commercial or higher licence, Class I Multi-Instrument Rating, over 700 hours flying time.

Preferences:

1. Aviation Graduate or Military Training.
2. University Degree.
3. Other (Minimum University Entrance).

To Qualify For Active File

- * Not over 27, unless [Air Transport Rating] qualified, and
- * Not over 29, unless ATR and special qualifications, e.g. high time, University Degree, Aviation Graduate, Military Training, etc.
- * 20/20 vision. Note: Applicants may be considered with less than 20/20 vision, if it is correctable to 20/20 with glasses and medically approved by the Senior Medical Officer—Air, prior to a Base interview. Maximum of 20/50 allowed.
- * Canadian Citizen or Landed Immigrant.
- * Update within two years.
- * Actively flying.
- * University Entrance.
- * Not over 31 years old, unless special qualifications present.

Expérience

Âge: Si le candidat est âgé de plus de 27 ans, il doit posséder une mention de qualification de transport aérien en plus de qualifications spéciales, comme l'expérience dans le domaine militaire ou dans le domaine de l'aviation, être diplômé d'aviation ou détenir un diplôme universitaire, etc.

a

Si le candidat est âgé de 25 à 27 ans, il doit posséder une mention de qualification de transport aérien ou détenir un brevet de pilote senior commercial canadien et il doit posséder une mention de qualification de vol aux instruments de classe normale 1.

b

La préférence est donnée:

c

1. Aux diplômés d'aviation ou à ceux qui ont reçu une formation militaire.
2. À ceux qui détiennent un diplôme universitaire.
3. À ceux qui peuvent justifier d'un autre niveau d'éducation (au moins égal à celui exigé pour l'entrée à l'université).

d

Les candidats âgés de 20 à 25 ans doivent être titulaires du brevet de pilote commercial ou d'un brevet plus élevé; ils doivent avoir obtenu la mention de qualification de vol aux instruments de classe normale 1 et doivent avoir effectué un minimum de 700 heures de vol.

La préférence est donnée:

e

1. Aux diplômés d'aviation ou à ceux qui ont reçu une formation militaire.
2. À ceux qui détiennent un diplôme universitaire.
3. À ceux qui peuvent justifier d'un autre niveau d'éducation (au moins égal à celui exigé pour l'entrée à l'université).

f

Pour que son dossier soit considéré comme un dossier «actif»

g

* Le candidat ne doit pas être âgé de plus de 27 ans à moins qu'il ait reçu la mention de qualification de transport aérien, et

h

* Il ne doit pas avoir dépassé l'âge de 29 ans à moins d'avoir reçu la mention de qualification de transport aérien et d'avoir des qualifications spéciales, comme par exemple un grand nombre d'heures de vol, un diplôme universitaire, un diplôme d'aviation, une formation militaire, etc.

i

* Son acuité visuelle doit être de 20/20.
Il faut noter que les candidats ayant une acuité visuelle de moins de 20/20 pourront être considérés s'il est possible de ramener cette acuité visuelle à 20/20 à l'aide de verres correcteurs et que la candidature soit approuvée par les médecins spécialistes du personnel navigant d'Air Canada, et cela avant qu'une entrevue initiale ne soit accordée. La norme d'acuité visuelle ne peut pas être moins que 20/50.

j

* Le candidat doit être citoyen canadien ou s'être établi au Canada avec le statut d'«immigrant reçu».

* Le dossier doit avoir été tenu à jour depuis les deux dernières années.

* Le candidat doit être présentement engagé dans des activités de pilotage.

k

* Le candidat doit avoir un niveau d'instruction au moins égal à celui exigé pour l'entrée à l'université.

* Le candidat ne doit pas avoir dépassé l'âge de 31 ans, à moins qu'il puisse justifier de qualifications spéciales.

Otherwise—Inactive

Three of the five complainants were rejected under this policy. The other two complainants were rejected under policies which were substantially identical.

It will be noted that Air Canada has no absolute bar to hirings even over the age of 31, but section 10 of the Act establishes that a discriminatory practice can be either a policy or a practice, and that it need go no further than to tend to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination, and section 7 effectively requires only that there be age-related differential treatment. It was admitted by the applicant that, as a practical matter, the age of 31 was a cut-off point for Air Canada pilot intake and that there was a preference in hiring for those 27 or younger. Accordingly, the identical decisions of both the original Tribunal of March 18, 1982, and that of the Review Tribunal of October 26, 1983, that there was a *prima facie* breach of sections 7 and 10, was not challenged before this Court.

In the estimation of both parties the leading case on age discrimination is *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; 132 D.L.R. (3d) 14 in which the Supreme Court of Canada had to consider a mandatory retirement age of 60 for firemen in the light of the provisions of the *Ontario Human Rights Code* R.S.O. 1970, c. 318. The Court held that the onus on the employer of proving that the age restriction was warranted was not discharged by impressionistic evidence that firefighting is a young man's game.

The principles laid down by McIntyre J. for the Court (at pages 207-213 S.C.R.; pages 19-23 D.L.R.) are highly relevant to the instant case:

The case at bar involves complaints of discrimination in respect of employment on account of age. It was common ground that the compulsory retirement at age sixty constituted

Dans les autres cas, le dossier ne sera pas considéré comme dossier «actif»

La candidature de trois des cinq plaignants a été rejetée en vertu de cette politique. Celle des deux autres a été rejetée en vertu de lignes de conduite substantiellement identiques.

On remarquera qu'Air Canada n'oppose pas de fin de non-recevoir absolue à l'embauchage de pilotes âgés même de plus de 31 ans, mais que l'article 10 de la Loi indique que le fait de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite peut constituer un acte discriminatoire et qu'il suffit qu'elles soient appliquées d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus pour un motif de distinction illicite, et enfin, que l'article 7 n'exige en réalité qu'un traitement différent fondé sur l'âge. La requérante a admis que, d'un point de vue pratique, l'âge de 31 ans constituait un point limite pour l'admission de pilotes à Air Canada et qu'elle préférerait embaucher ceux qui étaient âgés de 27 ans ou moins. Par conséquent, on n'a pas contesté devant cette Cour les décisions identiques rendues par le premier tribunal le 18 mars 1982 et par le tribunal d'appel le 26 octobre 1983 et portant qu'il y a eu violation *prima facie* des articles 7 et 10.

De l'avis des deux parties, la décision qui fait autorité sur la question de la discrimination fondée sur l'âge est l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; 132 D.L.R. (3d) 14, dans lequel la Cour suprême du Canada devait examiner, à la lumière des dispositions du *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1970, chap. 318, la question de l'âge de la retraite obligatoire des pompiers fixé à 60 ans. La Cour a statué que la preuve impressionniste voulant que la lutte contre les incendies soit une affaire de jeune homme n'a pas déchargé l'employeur du fardeau de prouver que la restriction quant à l'âge était justifiée.

Les principes dégagés au nom de la Cour par le juge McIntyre (aux pages 207 à 213 R.C.S.; aux pages 19 à 23 D.L.R.) sont tout à fait pertinents en l'espèce:

La présente instance porte sur des plaintes de discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge. Il est reconnu que la retraite obligatoire à soixante ans constitue un refus d'employer

a refusal to employ or continue to employ the complainants. While discrimination on the basis of age is in terms forbidden in s. 4 of the Code, in accordance with subs. (6) an employer may discriminate on that basis where age is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the position or employment involved. Where such *bona fide* occupational qualification and requirement is shown the employer is entitled to retire employees regardless of their individual capacities, provided only that they have attained the stated age. It will be seen at once that under the Code non-discrimination is the rule of general application and discrimination, where permitted, is the exception.

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a mandatory retirement at age sixty as a condition of employment, he is entitled to relief in the absence of justification by the employer. The only justification which can avail the employer in the case at bar, is the proof, the burden of which lies upon him, that such compulsory retirement is a *bona fide* occupational qualification and requirement for the employment concerned. The proof, in my view, must be made according to the ordinary civil standard of proof, that is upon a balance of probabilities.

Two questions must be considered by the Court. Firstly, what is a *bona fide* occupational qualification and requirement within s. 4(6) of the Code and, secondly, was it shown by the employer that the mandatory retirement provisions complained of could so qualify? ... To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. In addition it must be related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

The answer to the second question will depend in this, as in all cases, upon a consideration of the evidence and of the nature of the employment concerned. As far as the subjective element of the matter is concerned, there was no evidence to indicate that the motives of the employer were other than honest and in good faith in the sense described. It will be the objective aspect of the test which will concern us. We all age chronologically at the same rate, but aging in what has been termed the functional sense proceeds at widely varying rates and is largely unpredictable. In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause.

ou de continuer à employer les plaignants. Même si l'art. 4 du Code interdit formellement la discrimination fondée sur l'âge, un employeur peut, en vertu du par. (6), établir une distinction pour ce motif lorsque l'âge est une exigence professionnelle réelle du poste ou de l'emploi en question. Lorsque l'exigence professionnelle réelle est établie, l'employeur a le droit de mettre les employés à la retraite indépendamment de leurs aptitudes personnelles, à la seule condition qu'ils aient atteint l'âge prescrit. On constate donc immédiatement qu'aux termes du Code, la non-discrimination est la règle générale et la discrimination, lorsqu'elle est permise, est l'exception.

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur. La seule justification que peut invoquer l'employeur en l'espèce est la preuve, dont le fardeau lui incombe, que la retraite obligatoire est une exigence professionnelle réelle de l'emploi en question. La preuve, à mon avis, doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités.

La Cour doit examiner deux questions. En premier lieu, qu'est-ce qu'une exigence professionnelle réelle au sens du par. 4(6) du Code et, en second lieu, l'employeur a-t-il démontré que les dispositions relatives à la retraite obligatoire qui font l'objet de la plainte peuvent être ainsi qualifiées? ... Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Elle doit en outre se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l'employé, ses compagnons de travail et le public en général.

La réponse à la seconde question dépend en l'espèce, comme dans tous les cas, de l'examen de la preuve et de la nature de l'emploi concerné. Quant à l'élément subjectif de la question, aucune preuve ne démontre que les motifs de l'employeur n'étaient pas honnêtes et sincères au sens qui a été décrit. Nous nous intéresserons donc à l'aspect objectif du critère. Chronologiquement, nous vieillissons tous au même rythme, mais le vieillissement, au sens fonctionnel du terme, se fait à des rythmes très différents et il est difficilement prévisible. Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite.

Faced with the uncertainty of the aging process an employer has, it seems to me, two alternatives. He may establish a retirement age at sixty-five or over, in which case he would escape the charge of discrimination on the basis of age under the Code. On the other hand, he may, in certain types of employment, particularly in those affecting public safety such as that of airline pilots, train and bus drivers, police and firemen, consider that the risk of unpredictable individual human failure involved in continuing all employees to age sixty-five may be such that an arbitrary retirement age may be justified for application to all employees. In the case at bar it may be said that the employment falls into that category. While it is no doubt true that some below the age of sixty may become unfit for firefighting and many above that age may remain fit, recognition of this proposition affords no assistance in resolving the second question. In an occupation where, as in the case at bar, the employer seeks to justify the retirement in the interests of public safety, to decide whether a bona fide occupational qualification and requirement has been shown the board of inquiry and the court must consider whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large.

It would be unwise to attempt to lay down any fixed rule covering the nature and sufficiency of the evidence required to justify a mandatory retirement below the age of sixty-five under the provisions of s. 4(6) of the Code. In the final analysis the board of inquiry, subject always to the rights of appeal under s. 14d of the Code, must be the judge of such matters. In dealing with the question of a mandatory retirement age it would seem that evidence as to the duties to be performed and the relationship between the aging process and the safe, efficient performance of those duties would be imperative. Many factors would [sic] be involved and it would seem to be essential that the evidence should cover the detailed nature of the duties to be performed, the conditions existing in the work place, and the effect of such conditions upon employees, particularly upon those at or near the retirement age sought to be supported. The aging process is one which has involved the attention of the medical profession and it has been the subject of substantial and continuing research. Where a limitation upon continued employment must depend for its validity on proof of a danger to public safety by the continuation in employment of people over a certain age, it would appear to be necessary in order to discharge the burden of proof resting upon the employer to adduce evidence upon this subject.

I am by no means entirely certain what may be characterized as "scientific evidence". I am far from saying that in all cases some "scientific evidence" will be necessary. It seems to me, however, that in cases such as this, statistical and medical evidence based upon observation and research on the question of aging, if not in all cases absolutely necessary, will certainly be more persuasive than the testimony of persons, albeit with great experience in firefighting, to the effect that firefighting is "a young man's game". My review of the evidence leads me to agree with the board of inquiry. While the evidence given and

Devant l'incertitude du vieillissement, deux solutions, à mon avis, s'offrent à l'employeur. Il peut fixer l'âge de la retraite à soixante-cinq ans ou plus, et le cas échéant, il ne peut être accusé de discrimination fondée sur l'âge aux termes du Code. D'autre part, il peut, en ce qui concerne certains types d'emplois, en particulier ceux qui ont trait à la sécurité publique comme c'est le cas des pilotes de ligne aérienne, des conducteurs de trains et d'autobus, des policiers et des pompiers, estimer que le risque d'erreur humaine imprévisible que comporte le maintien de tous les employés à leur poste jusqu'à soixante-cinq ans peut justifier l'application à tous les employés d'un âge de retraite fixé arbitrairement. On peut affirmer que l'emploi dont il est question en l'espèce entre dans cette catégorie. Même s'il ne fait aucun doute que certaines personnes âgées de moins de soixante ans peuvent devenir inaptes au travail de pompier et que maintes personnes plus âgées sont encore aptes à la tâche, la reconnaissance de cette prémisse n'aide aucunement à résoudre la seconde question. Dans un métier où, comme en l'espèce, l'employeur cherche à justifier la retraite par la sécurité publique, le commissaire enquêteur et la cour doivent, pour décider si on a prouvé l'existence d'une exigence professionnelle réelle, se demander si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l'âge de la retraite obligatoire présentent un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l'intérêt de l'employé, de ses compagnons de travail et du public en général.

Il serait imprudent de tenter de formuler une règle fixe concernant la nature et le caractère suffisant de la preuve requise pour justifier la retraite obligatoire avant l'âge de soixante-cinq ans en vertu des dispositions du par. 4(6) du Code. En dernière analyse et toujours sous réserve du droit d'appel prévu à l'art. 14d du Code, le commissaire enquêteur doit être le juge en cette matière. A l'examen de la question d'un âge de retraite obligatoire, il semble nécessaire de présenter des éléments de preuve relativement aux tâches à accomplir et au rapport entre le vieillissement et l'exécution sûre et efficace de ces tâches. Un bon nombre de facteurs doivent être considérés et il semble essentiel que la preuve porte sur les aspects détaillés des tâches à accomplir, les conditions régnant sur les lieux de travail et l'effet de ces conditions sur les employés, en particulier sur ceux qui ont atteint ou qui atteindront bientôt l'âge qu'on veut prescrire pour la retraite. Le phénomène du vieillissement a retenu l'attention des médecins et a fait l'objet de recherches importantes et suivies. Lorsqu'une limitation de la période d'emploi doit, pour être valide, reposer sur la preuve que l'extension de cette période après un certain âge fait naître un danger pour la sécurité publique, il paraît nécessaire que l'employeur, pour s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe, produise une preuve à ce sujet.

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

the views expressed were, I am sure, honestly advanced, they were, in my view, properly described as "impressionistic" and were of insufficient weight. The question of sufficiency and the nature of evidence in such matters has been discussed in various cases, and of particular interest are: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1. [Emphasis added.]

The applicant contends that, on the basis of the *Etobicoke* case, to establish a BFOR it need show only a rational basis in fact that elimination of its maximum hiring age will increase the likelihood of risk of harm to its passengers, even if that increased likelihood is only minimal.

The Supreme Court makes clear in *Etobicoke* that, once a *prima facie* case of discrimination is established by the complainant, an employer must establish a BFOR both subjectively and objectively. The standard of proof that is imposed on an employer is squarely stated by McIntyre J. to be the ordinary civil standard of a balance of probabilities. Obviously, this standard would apply both to the objective and to the subjective elements that have to be proved.

The parties here agree, and both Tribunals found, that Air Canada was acting in subjective good faith. Joinder of issue therefore takes place over the objective test, which the Court describes as a test of reasonable necessity.

In delineating an objective approach, the Court distinguishes between cases where the employer's concern for his employee's capacity is largely economically self-interested and those where it is largely for the sake of public safety. In the former the key factor is the availability of alternatives to a general policy of mandatory retirement: "as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause" (*supra*). In the latter, involving aviation pilots, train and bus drivers, police and firemen, the issue is the degree of risk to the public, since it may be such as to justify an arbitrary retirement age: is there "sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to war-

homme». L'examen que j'ai fait de la preuve m'amène à souscrire aux conclusions du commissaire enquêteur. Tout en étant persuadé que la preuve et les opinions entendues ont été soumises honnêtement, c'est avec raison, à mon avis, qu'on a dit qu'elles étaient «impressionnistes» et qu'elles n'étaient pas concluantes. La question de la suffisance et de la nature de la preuve en la matière a été analysée dans divers arrêts, dont en particulier: *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F. 2d 859 (1974); *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. 1. [C'est moi qui souligne.]

b La requérante prétend que, compte tenu de l'arrêt *Etobicoke*, pour établir une exigence professionnelle normale, elle n'a qu'à fournir une raison logique selon les faits pour laquelle l'abolition de l'âge maximum d'embauchage augmentera les risques de dommages pour ses passagers, même si les possibilités d'une telle augmentation sont minces.

a La Cour suprême a bien précisé dans l'arrêt *Etobicoke* que, une fois que le plaignant a établi une preuve *prima facie* de discrimination, l'employeur doit prouver à la fois subjectivement et objectivement l'existence d'une exigence professionnelle normale. Le juge McIntyre a clairement affirmé que la preuve de l'employeur doit être faite conformément à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités. Cette règle s'applique évidemment aux éléments objectifs et subjectifs qui doivent être prouvés.

f Les parties en l'espèce admettent, tout comme les deux tribunaux l'ont constaté, qu'Air Canada a agi de bonne foi. La contestation a donc été liée au sujet du critère objectif décrit par la Cour comme un critère servant à déterminer s'il y a nécessité raisonnable.

g En exposant une méthode objective, la Cour établit une distinction entre les cas où l'intérêt que l'employeur porte à la capacité de son employé repose principalement sur ses propres intérêts économiques, et ceux où il repose en grande partie sur la sécurité publique. Dans le premier cas, l'élément principal est la possibilité de recourir à des solutions de rechange à une politique générale de retraite obligatoire: «à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite» (voir plus haut). Dans le deuxième cas qui concerne les pilotes de ligne aérienne, les conducteurs de train et d'autobus, les policiers et les pompiers, la question en jeu est le

rant the early retirement" (*supra*)? Counsel for the applicant in the instant case understandably chose to rest his argument on his stronger ground of justification on the basis of public safety.

As analyzed by McIntyre J., the two factors of the degree of public risk and the availability of alternatives to the employer are inversely proportional, and have to be weighed against each other to determine the proper balance: where there is small risk to public safety, available alternatives to the occupational requirement will readily be discerned; where the risk is great, suggested alternatives will be scrutinized more carefully.

The applicant argues that the citation of the American case of *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974), *certiorari* denied 95 S. Ct. 805 (1975), by the Supreme Court indicates approval of its reasoning, so that it is in effect the best interpretation of the *Etobicoke* case. In that case, too, a maximum hiring-age policy was in question, and the U.S. Court of Appeals, Seventh Circuit, adopted the position that even a potential increase of risk of harm was sufficient to justify a *bona fide* occupational qualification (BFOQ) for an employer (at pages 863-865):

... Greyhound must demonstrate that it has a rational basis in fact to believe that elimination of its maximum hiring age will increase the likelihood of risk of harm to its passengers. Greyhound need only demonstrate however a minimal increase in risk of harm for it is enough to show that elimination of the hiring policy might jeopardize the life of one more person than might otherwise occur under the present hiring practice.

In our view Greyhound's position as to the potential increase of risk of harm which would be incurred by the elimination of its maximum hiring age is well-founded and grounded on an adequate factual basis. Greyhound need not establish its belief to the certainty demanded by the Government and the district court for to do so would effectively require Greyhound to go so far as to experiment with the lives of passengers in order to produce statistical evidence pertaining to the capabilities of

risque d'erreur humaine existant pour le public étant donné qu'il peut justifier l'application d'un âge de retraite fixé arbitrairement: existe-t-il «un risque d'erreur humaine suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée» (voir plus haut)? L'avocat de la requérante en l'espèce a naturellement choisi d'appuyer son argumentation sur le motif de justification le plus convaincant qui porte sur la sécurité publique.

Comme il ressort de l'analyse du juge McIntyre, le risque d'erreur humaine pour le public et la possibilité de recourir à des solutions de rechange sont deux éléments inversement proportionnels qui doivent être examinés l'un par rapport à l'autre afin de déterminer l'équilibre adéquat: lorsque le risque pour la sécurité publique est minime, on identifiera facilement les solutions de rechange possibles à l'exigence professionnelle, et lorsque le risque est grand, on examinera plus attentivement les solutions de rechange proposées.

La requérante prétend que la citation par la Cour suprême de la décision américaine *Hodgson v. Greyhound Lines, Inc.*, 499 F.2d 859 (7th Cir. 1974), *certiorari* refusé, 95 S. Ct. 805 (1975), indique qu'elle approuve le raisonnement qui y a été suivi, de sorte que cette décision constitue en fait la meilleure interprétation de l'arrêt *Etobicoke*. Il s'agissait également dans cette affaire d'une politique relative à l'âge maximum d'embauchage, et la Cour d'appel des É.-U., Septième Circuit, s'est dite d'avis que même l'augmentation éventuelle des risques de dommages était suffisante pour justifier une exigence professionnelle normale pour un employeur (aux pages 863 à 865):

[TRADUCTION] ... Greyhound doit prouver qu'elle a en réalité une raison logique de croire que la suppression de l'âge maximum d'embauchage augmentera les risques de dommages pour ses passagers. Greyhound n'a cependant qu'à prouver une augmentation minime des risques, car il lui suffit de montrer que l'abolition de sa politique d'embauchage pourrait mettre en danger la vie d'une personne de plus que ce ne serait le cas en vertu de la pratique d'embauchage actuelle.

À notre avis, la position de Greyhound quant à l'augmentation éventuelle des risques de dommages qui découlerait de l'abolition de l'âge maximum d'embauchage est justifiée et repose sur des données factuelles adéquates. Greyhound n'a pas besoin d'atteindre le degré de certitude exigé par le gouvernement et la cour de district car cela lui demanderait d'aller jusqu'à expérimenter le genre de vie de ses passagers afin de produire une preuve de nature statistique concernant les capacités des candi-

newly hired applicants forty to sixty-five years of age. Greyhound has amply demonstrated that its maximum hiring age policy is founded upon a good faith judgment concerning the safety needs of its passengers and others. It has established that its hiring policy is not the result of an arbitrary belief lacking in objective reason or rationale. [Emphasis added.]

The words of McIntyre J. in referring to the *Greyhound* case do not in themselves make clear the degree of approbation he means to bestow, but a direct clue as to his intention is provided by the fact that he cites together with it the New Brunswick Board of Inquiry decision in *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. D/1. The *Little* case involved the mandatory retirement of a bridge crane operator at the age of 65. Not only did the Board decide the case contrary to the result in *Greyhound* (the complainant was reinstated, subject to medical testing) but the *dicta* are contrary to those in the American case. In commenting on the bus driver situation considered in *Greyhound* the Board said (at pages D/5-D/7):

Obviously in this situation it is a question of being able to determine what is the minimum acceptable risk factor. In making the policy decision that age is not to be a factor in the employment policies of employers, the legislature may have coincidentally made a decision that society must be prepared to accept an added risk which may attend the prohibition of any discrimination on the basis of age . . .

. . . if the Code prohibits mandatory retirement on the basis of chronological age, it will be necessary to develop very sophisticated means of testing and determining whether one's biological age has reached the stage where it reasonably affects one's ability to perform the functions of the job. This may mean the acceptance, in some situations, of a greater risk to public safety than existed previously. It would appear that, even in the most ideal situations, it is often necessary to accept less than the optimal performance possible given some of the practical realities that exist. As long as these risks to public safety do not exceed a minimally acceptable standard the abolition of mandatory retirement age would not appear to create undue problems. [Emphasis added.]

There is a world of difference between "a minimal increase in risk of harm" and "a minimally acceptable risk of harm", because the latter implies a measure of acceptability of risk that the former does not. Matheson J. was quite right to insist, in *Moose Jaw v. Sask. Human Rights*

dati nouvellement engagés et âgés de quarante à soixante-cinq ans. Greyhound a largement démontré que sa politique quant à l'âge maximum d'embauchage repose sur un jugement de bonne foi relativement aux besoins de sécurité de ses passagers et autres personnes. Elle a établi que sa politique d'embauchage ne résulte pas d'une croyance arbitraire, dénuée d'objectivité ou de logique. [C'est moi qui souligne.]

Le degré d'approbation que le juge McIntyre veut accorder ne ressort pas clairement des termes qu'il a employés en mentionnant l'affaire *Greyhound*, mais le fait qu'il cite cette affaire avec la décision de la Commission d'enquête du Nouveau-Brunswick dans *Little v. Saint John Shipbuilding and Drydock Co. Ltd.* (1980), 1 C.H.R.R. D/1, donne une indication sur son intention. Il s'agissait, dans l'affaire *Little*, de la retraite obligatoire d'un conducteur de ponts roulants à l'âge de 65 ans. Non seulement la Commission a-t-elle rendu une décision contraire à celle de *Greyhound* (le plaignant a été réinstallé dans son poste sous réserve d'examen médicaux), mais les opinions incidentes sont à l'encontre de celles de la décision américaine. Commentant la situation des conducteurs d'autobus examinée dans *Greyhound*, la Commission a dit (aux pages D/5 à D/7):

[TRADUCTION] Il s'agit manifestement dans ce cas d'être en mesure de déterminer ce qui constitue le facteur minimum de risque acceptable. En décidant d'adopter le principe que l'âge ne doit pas constituer un élément de la politique d'embauchage des employeurs, il est possible que le législateur ait en même temps décidé que la société doit être prête à accepter le risque additionnel qui peut accompagner le fait d'interdire toute discrimination fondée sur l'âge . . .

. . . si le Code interdit la retraite obligatoire en raison de l'âge chronologique, il sera nécessaire de mettre au point des moyens très complexes permettant de vérifier et de déterminer si une personne a atteint le stade où l'âge biologique affecte sa capacité d'exercer les fonctions de son poste. Cela peut signifier, dans certains cas, l'acceptation d'un risque beaucoup plus grand pour la sécurité publique que celui qui existait auparavant. Il semblerait que, même dans les situations idéales, il soit souvent nécessaire d'accepter en raison des réalités en jeu un rendement inférieur au meilleur rendement possible. Tant que ces risques pour la sécurité publique n'excéderont pas la norme minimale acceptable, l'abolition de l'âge de la retraite obligatoire ne créera pas, semble-t-il, de problèmes inutiles. [C'est moi qui souligne.]

Il existe toute une différence entre «une augmentation minime des risques» et «un risque minime acceptable», cette dernière expression laissant entendre contrairement à la première qu'il est possible de mesurer l'acceptabilité d'un risque. Le juge Matheson avait raison d'insister pour dire

Comm., [1984] 4 W.W.R. 468 (Sask. Q.B.), that the "sufficient risk" test of *Etobicoke* cannot be equated with an "intolerable risk", but the notion that the American courts endorse an "intolerable risk" approach is erroneous.

An examination of the cases cited by McIntyre J. thus makes it clear that he did not intend by his reference to give approval to a particular measure of risk. Nevertheless his own posing of the issue in terms of whether there is "sufficient risk of employee failure" indicates a recognition of a certain degree of risk that sits better with the notion of "acceptable" than with that of "minimal".

It is worth noting that the *Greyhound* approach has had far from unanimous support in American courts, though the same approach was taken in *Murnane v. American Airlines, Inc.*, 667 F.2d 98 (1981), 100-101, *certiorari* denied 102 S. Ct. 1770 (1982), where the District of Columbia Court of Appeals upheld an age forty guideline as a BFOQ:

Appellant contends that the district court's finding indicates only a marginal increase in the safety of the passengers on an American aircraft, and that such marginal safety is insufficient to support a blanket age rule. He asserts that a BFOQ cannot be supported by a minimal increase in safety when balanced against the fact that many potential applicants will not be able to pursue their chosen careers. We disagree.

[2] Indeed, on the contrary, we find the maximization of safety to be "reasonably necessary to the normal operation" of American Airlines. The safe transportation of its passengers is the essence of American's business . . . Therefore, in our judgment, the airline industry must be accorded great leeway and discretion in determining the manner in which it may be operated *most safely* . . . This is in accord with American's view that "safe" is not sufficient. Rather the "safest" possible air transportation is the ultimate goal. Courts, in our view, do not possess the expertise with which, in a cause presenting safety as the critical element, to supplant their judgment for those of the employer.

The airline's mandatory "up or out" policy for its pilots, combined with the 10-to-15-year pro-

dans l'affaire *Moose Jaw v. Sask. Human Rights Comm.*, [1984] 4 W.W.R. 468 (B.R. Sask.), qu'on ne peut assimiler le critère du «risque suffisant» dégagé dans l'arrêt *Etobicoke* au «risque inacceptable», mais il est erroné de croire que les tribunaux américains souscrivent à la théorie du «risque inacceptable».

Il ressort donc clairement des décisions citées par le juge McIntyre qu'il n'avait pas l'intention en les invoquant d'approuver une manière particulière de mesurer le risque. Néanmoins, le fait qu'il ait lui-même présenté le litige en affirmant qu'il s'agissait de déterminer s'il existait «un risque d'erreur humaine suffisant», indique la reconnaissance d'un certain degré de risque qui correspond davantage à la notion de risque «acceptable» qu'à celle de risque «minime».

Il vaut la peine de souligner que le point de vue adopté dans *Greyhound* est loin de faire l'unanimité devant les tribunaux américains, même s'il a été suivi dans l'arrêt *Murnane v. American Airlines, Inc.*, 667 F.2d 98 (1981), 100 et 101, *certiorari* refusé, 102 S. Ct. 1770 (1982), où la Cour d'appel du District de Columbia a confirmé qu'une norme fixée à quarante ans constituait une exigence professionnelle normale:

[TRADUCTION] L'appelant prétend que la conclusion de la cour de district indique seulement une augmentation négligeable de la sécurité pour les passagers dans des avions de l'American et qu'une telle augmentation de la sécurité est insuffisante pour justifier une règle de portée générale quant à l'âge. Il affirme qu'une exigence professionnelle normale ne peut s'appuyer sur une augmentation minimale de la sécurité lorsqu'on la considère en fonction du fait que bon nombre des candidats éventuels ne pourront poursuivre la carrière qu'ils ont choisie. Nous ne sommes pas d'accord avec ces affirmations.

[2] Nous croyons au contraire qu'il est «raisonnablement nécessaire pour l'exploitation normale» de la compagnie American Airlines de maximiser la sécurité. Le transport en toute sécurité des passagers constitue l'essence même de l'exploitation de la compagnie American Airlines . . . Nous sommes par conséquent d'avis qu'il faut accorder à l'industrie du transport aérien beaucoup de liberté d'action et le pouvoir de déterminer la manière *la plus sûre* dont elle peut être exploitée . . . Cela concorde avec l'opinion de la compagnie American selon laquelle il ne suffit pas que le transport aérien soit «sûr». Il doit, au contraire, être «le plus sûr» possible; c'est là le but ultime. À notre avis, les tribunaux n'ont pas la compétence leur permettant, dans une affaire où les questions de sécurité constituent l'élément décisif, de substituer leur jugement à celui de l'employeur.

La politique obligatoire [TRADUCTION] «de la promotion ou du renvoi» de la compagnie d'avia-

gram for advancement to captain was a material fact in this case, since a person hired as a flight officer in his 40's would consequently be able to serve only briefly as a captain before compulsory retirement at 60.

Seven days after the *Murnane* decision and without reference to it, the U.S. Court of Appeals for the Fourth Circuit decided *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (1981), 307, *certiorari* denied 102 S. Ct. 2299 (1982), rejecting another airline's rule denying employment to pilot applicants over the age of 35 as a BFOQ:

To justify a refusal to hire under the BFOQ exception contained in the Age Discrimination in Employment Act, the burden is on the employer to meet a two-prong test:

(1) that the BFOQ which it invokes is reasonably necessary to the essence of its business . . . and (2) that the employer has reasonable cause, i.e., a factual basis for believing that all or substantially all persons within the class . . . would be unable to perform safely and efficiently the duties of the job involved, or that it is impossible or impractical to deal with persons over the age limit on an individualized basis.

The Court added that the BFOQ exception is to be "narrowly applied" (*supra*, at page 307).

It is this passage which I have just set out that the Review Tribunal quoted with the comment that "In our opinion, this test is substantively similar to the one set forth in *Etobicoke* by the Supreme Court of Canada". The applicant submits that that point of view amounts to an error on the face of the record.

Before taking up that point, I would just note that the same Seventh Circuit Court of Appeals that decided *Greyhound* refused to give it full faith and credit, as it were, in a mandatory-retirement-at-55 case involving an assistant fire chief: *Orzel v. City of Wauwatosa Fire Dept.*, 697 F.2d 743 (1983), 752-753:

tion pour ses pilotes, jointe à son programme de promotion au grade de capitaine s'échelonnant sur une période de 10 à 15 ans, constituait un fait déterminant dans cette affaire, étant donné qu'une personne engagée dans la quarantaine à titre d'officier navigant ne pourrait, par conséquent, agir que brièvement comme capitaine avant sa retraite obligatoire fixée à 60 ans.

Sept jours après la décision rendue dans *Murnane* et sans invoquer celle-ci, la Cour d'appel des É.-U., Quatrième Circuit, a statué dans l'affaire *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, 661 F.2d 303 (1981), 307, *certiorari* refusé, 102 S. Ct. 2299 (1982), que la règle sur laquelle une autre compagnie aérienne se fondait pour refuser d'embaucher des pilotes âgés de plus de 35 ans ne constituait pas une exigence professionnelle normale:

[TRADUCTION] Pour justifier un refus d'embaucher quelqu'un en vertu de l'exception relative aux exigences professionnelles normales prévue dans la Age Discrimination in Employment Act, l'employeur doit satisfaire à un double critère en démontrant:

(1) que l'exigence professionnelle normale qu'il invoque est raisonnablement nécessaire à la nature même de son entreprise . . . et (2) qu'il a un motif raisonnable, c'est-à-dire fondé sur des faits réels, de croire que toutes ou pratiquement toutes les personnes de la catégorie . . . seraient incapables d'exécuter efficacement et sans danger les tâches de l'emploi en cause, ou qu'il est impossible ou peu pratique d'examiner individuellement le cas de chaque personne ayant dépassé l'âge limite.

La Cour a ajouté que l'exception relative à l'exigence professionnelle normale doit être [TRADUCTION] «appliquée de manière restrictive» (voir citation qui précède, à la page 307).

C'est ce passage que je viens de reprendre que le tribunal d'appel a cité avec le commentaire suivant: «À notre avis, ce test est semblable, en substance, à celui établi par la Cour suprême du Canada dans *Etobicoke*». La requérante soutient que ce point de vue constitue une erreur de droit manifeste au dossier.

Avant d'examiner ce point, je voudrais seulement souligner que la même Cour d'appel du Septième Circuit qui a rendu la décision dans *Greyhound* a refusé d'appliquer cette décision telle quelle dans un cas concernant la retraite obligatoire à 55 ans d'un chef adjoint de pompiers: *Orzel v. City of Wauwatosa Fire Dept.*, 697 F.2d 743 (1983), aux pages 752 et 753:

Citing this court's decision in *Hodgson v Greyhound Lines, Inc.*, . . . the City argues that it should only have been required to show that it made a "good faith judgment concerning the safety needs" of its citizens, and that its mandatory retirement policy should be upheld as long as that policy is "not the result of an arbitrary belief lacking in objective reason or rationale" . . . We reject such an expansive reading of the *Greyhound* decision

We thus read *Greyhound* as supporting the view that, in order to prevail on a BFOQ defense, an employer must show that the challenged age qualification is reasonably related to the "essential operation" of its business, and must demonstrate either that there is a factual basis for believing that all or substantially all persons above the age limit would be unable to effectively perform the duties of the job, or that it is impossible or impracticable to determine job fitness on an individualized basis. Such a two-pronged interpretation of the BFOQ defense is consistent with the standard adopted by the Fifth Circuit in *Usery v. Tamiani Tours, Inc.*, 531 F. 2d 224, 235-36 (5th Cir. 1976), which relied on the same Fifth Circuit cases cited by the *Greyhound* court: it also accords with the approach taken by virtually every other circuit that has addressed the scope of the BFOQ exception.

The contention on behalf of Air Canada here is exactly the same as that rejected by the *Orzel* Court, viz., that a BFOR is established by the employer's showing a rational basis in fact for his belief that it diminishes the risk of harm. In argument in the instant case, counsel took the position that, where there are two or three rational factual positions based on expert evidence, a tribunal has no option but to accept an employer's choice. Whatever else this may be, it is not proof on a balance of probabilities, and in fact the applicant argued that that standard of proof applied only to showing that there was a rational basis in fact, not to proving that it was more probable than other hypotheses. This goes along with the notion that a minimal risk to public safety justifies a BFOR.

I believe analysis of *Etobicoke* here demonstrates that this cannot be its meaning, because

[TRADUCTION] Citant la décision de cette cour dans l'affaire *Hodgson v Greyhound Lines, Inc.*, . . . la ville allègue qu'on aurait dû exiger simplement qu'elle démontre que sa décision «[repose sur] un jugement de bonne foi relativement aux besoins de sécurité» de ses citoyens et que sa politique au sujet de la retraite obligatoire devrait être maintenue tant que ladite politique «ne résulte pas d'une croyance arbitraire, dénuée d'objectivité et de logique» . . . Nous rejetons une interprétation aussi large de la décision rendue dans *Greyhound* . . .

Nous croyons que l'affaire *Greyhound* appuie l'opinion voulant que, pour faire valoir une défense fondée sur une exigence professionnelle normale, un employeur doit prouver que l'exigence contestée portant sur l'âge se rapporte raisonnablement à «l'exploitation même» de son entreprise, et il doit démontrer soit qu'il existe des faits réels permettant de croire que toutes ou pratiquement toutes les personnes ayant dépassé l'âge limite seraient incapables de s'acquitter efficacement des obligations reliées à l'emploi, ou qu'il est impossible ou peu pratique de déterminer la capacité d'occuper un poste en examinant individuellement le cas de chaque personne. Cette double interprétation de la défense fondée sur l'exigence professionnelle normale est compatible avec le critère adopté par le Cinquième Circuit dans l'affaire *Usery v. Tamiani Tours, Inc.*, 531 F. 2d 224, 235-236 (5th Cir. 1976), où étaient invoquées les mêmes décisions du Cinquième Circuit citées par la cour dans *Greyhound*; elle est également en accord avec le point de vue adopté par presque toutes les autres cours de circuit qui ont examiné la portée de l'exception relative à l'exigence professionnelle normale.

L'argument d'Air Canada est exactement le même en l'espèce que celui qui a été rejeté par la Cour dans l'affaire *Orzel*, à savoir qu'une exigence professionnelle normale est établie lorsque l'employeur prouve que les faits lui permettent logiquement de croire que l'exigence diminue les risques de dommages. En l'instance, l'avocat s'est dit d'avis au cours des débats que, lorsqu'il existe deux ou trois points de vue logiques reposant sur les faits et découlant de témoignages d'experts, le tribunal n'a d'autre choix que d'accepter celui choisi par l'employeur. Quoi qu'il en soit, cela ne constitue pas une preuve reposant sur la prépondérance des probabilités, et en fait, la requérante a soutenu que les normes de preuve s'appliquaient seulement pour démontrer qu'il existait un fondement logique au point de vue choisi et non pour prouver que celui-ci était plus vraisemblable que les autres hypothèses. Cela est conforme à l'idée que l'existence d'un risque minime pour la sécurité publique justifie une exigence professionnelle normale.

Je crois qu'il ressort de l'analyse en l'espèce de l'arrêt *Etobicoke* qu'on ne peut pas l'interpréter

such a reading would not square either with the standard of proof it requires or with the necessity of a sufficiency of risk for justification.

To say what *Etoibicoke* does not mean does not yet establish what it does stand for with sufficient precision to apply it. The Review Tribunal, as I have mentioned, found the two-pronged *Smallwood v. United Airlines, Inc.* test to be "substantively similar". I would myself describe it as an extension of the *Etoibicoke ratio*, but in continuity with it.

Etoibicoke identified the two inversely proportional factors of the degree of risk and the availability of alternative as determinative of a BFOR, objectively considered, leaving the balancing to be arrived at in relation to all the circumstances. The two-pronged American test may be seen as a more proximate stage in the determination of a BFOR.

According to the American test the first prong in the employer's burden of proof is to show that the BFOR it invokes is reasonably necessary to the essence of its business; this is the risk-safety element and could be satisfied by proving that the maximum hiring-age requirement is reasonably necessary for public safety, which is admittedly of the essence of an air carrier's business. The second prong is for the employer to show that it has reasonable cause for believing that all or substantially all persons within the class would be unable to perform the duties of the position safely and effectively, or that it would be impossible or impracticable to safeguard public safety through individualized testing; this is the availability-of-alternatives factor and could be satisfied by proving that, although safety was not imperilled by the results of aging in more than a few cases, it could not be effectively safeguarded by individualized testing, on the basis of our present scientific capabilities.

ainsi parce qu'une telle interprétation ne s'accorderait ni avec les normes de preuve qu'il exige ni avec la nécessité d'un risque suffisant comme justification.

^a Dire ce que l'arrêt *Etoibicoke* ne signifie pas ne permet pas d'établir ce qu'il veut dire avec assez de précision pour pouvoir l'appliquer. Comme je l'ai déjà mentionné, le tribunal d'appel a conclu que le double critère énoncé dans l'affaire *Smallwood v. United Airlines, Inc.* était «semblable, en substance». Selon moi, il poursuit le raisonnement adopté dans l'arrêt *Etoibicoke*, mais en demeurant compatible avec celui-ci.

^c Dans *Etoibicoke*, la Cour a établi que les deux facteurs inversement proportionnels que sont le degré de risque et la possibilité de recourir à des solutions de rechange déterminent ce qui constitue une exigence professionnelle normale, examinée objectivement, et elle conclut qu'il fallait trouver un équilibre entre ces deux facteurs en tenant compte des circonstances. On peut considérer que le double critère dégagé par les tribunaux américains constitue une étape préliminaire dans la détermination d'une exigence professionnelle normale.

Suivant le critère dégagé aux États-Unis, le premier volet du fardeau de la preuve incombant à l'employeur consiste à montrer que l'exigence professionnelle normale qu'il invoque est raisonnablement nécessaire à la nature même de son entreprise; il s'agit de l'opposition entre l'élément de risque et la sécurité, et il est possible d'y satisfaire en prouvant que l'exigence relative à l'âge maximum d'embauchage est raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité du public, ce qui de l'avis général constitue la nature même d'une entreprise de transport aérien. Le second volet exige que l'employeur prouve qu'il a des motifs raisonnables de croire que toutes ou pratiquement toutes les personnes faisant partie de la catégorie en cause seraient incapables de remplir efficacement et sans danger les fonctions de leur poste, ou qu'il serait impossible ou peu pratique d'examiner chaque cas individuellement pour sauvegarder la sécurité du public; c'est ce qui constitue l'élément «possibilité de recourir à des solutions de rechange», et il est possible d'y satisfaire en prouvant que, même si dans plus d'un cas les effets du vieillissement n'ont pas compromis la sécurité, cel-

As I read the evidence, Air Canada might well have failed on both prongs of this proximate test, but the Review Tribunal, after endorsing the American test, nevertheless appears to have reached the same result entirely on the basis of the more general language of the *Etobicoke* test. It would be hard to find fault with this description of the Review Tribunal's responsibility [at page D/1876]:

The correct legal test of a *bona fide* occupational requirement as stated in the *Etobicoke* case, is whether the requirement is reasonably necessary to the performance of the job. This means the Tribunal must examine both the necessity of the rule and the reasonableness of the rule in the light of that necessity.

It will not, however, escape notice that this amplification of the *Etobicoke* rule might also be described as a more summary version of the American rule. In any event, the approach it describes is in my view good law in Canada, and I therefore turn to the application of this law by the Review Tribunal to the evidence on the record.

The strongest evidentiary support of age as a BFOR for airline pilots is the medical evidence. This evidence as to both physical and psychological factors is contained in the direct testimony of three medical doctors and in two congressionally-mandated 1981 reports, one from the Institute of Medicine of the National Academy of Sciences, the other from the National Institute on Aging of the National Institutes of Health.

Both U.S. scientific reports focussed on the question of a mandatory retirement age for pilots. The IOM study identified the two medical concerns that led to the age-60 rule as follows: (1) increased probability of sudden death or acute incapacitation, which would greatly compromise pilot safety were they to occur while the pilot was at the controls of the airplane, and (2) increased probability of subtle incapacitation that would lead to errors or slowing in perceptual, cognitive, and

le-ci ne pourrait pas être préservée efficacement par un examen individuel de chaque cas, compte tenu de nos ressources scientifiques actuelles.

Il ressort de la lecture de la preuve déposée qu'Air Canada pourrait bien ne pas avoir satisfait aux deux volets de ce critère immédiat; il semble néanmoins que, après avoir approuvé le critère dégagé aux États-Unis, le tribunal d'appel soit arrivé au même résultat en se fondant entièrement sur le libellé plus général du critère dégagé dans l'arrêt *Etobicoke*. Il serait difficile de trouver à redire à cette description de la responsabilité du tribunal d'appel [à la page D/1876]:

Le test légal convenable pour l'exigence professionnelle normale, tel qu'exposé dans la cause *Etobicoke*, est d'établir si l'exigence est nécessaire, dans une mesure raisonnable, à l'exécution du travail. Ce qui signifie que le tribunal doit examiner à la fois la nécessité de la règle et la nature raisonnable de celle-ci à la lumière de cette nécessité.

Il faut cependant noter que cette extension donnée à la règle établie par l'arrêt *Etobicoke* pourrait aussi être décrite comme une version plus sommaire de la règle dégagée par les tribunaux américains. De toute façon, la méthode qui y est décrite constitue, à mon avis, une règle de droit applicable au Canada et, par conséquent, je passe maintenant à l'application de cette règle de droit par le tribunal d'appel à la preuve versée au dossier.

L'élément de preuve le plus probant invoqué à l'appui du principe voulant que l'âge constitue une exigence professionnelle normale pour les pilotes de ligne aérienne est la preuve médicale. Cette preuve qui porte à la fois sur les facteurs physiques et sur les facteurs psychologiques est tirée du témoignage direct de trois médecins et de rapports demandés par le Congrès en 1981, l'un provenant de l'*Institute of Medicine of the National Academy of Sciences* et l'autre, du *National Institute on Aging of the National Institutes of Health*.

Ces deux rapports scientifiques préparés aux États-Unis portaient sur la question de l'âge de la retraite obligatoire pour les pilotes. Dans son étude, l'IOM a identifié comme suit les deux préoccupations d'ordre médical qui ont amené à fixer la règle de l'âge limite de 60 ans: (1) une augmentation des risques de mort soudaine ou d'incapacité grave qui compromettraient gravement la sécurité du pilote si elles survenaient alors qu'il se trouve aux commandes de l'avion, et (2) une augmenta-

psychomotor function, and thus compromise safe pilot performance. The Committee felt that risk-factor profiles and a more thorough testing of high risk individuals are adequate to identify those pilots whose health status would represent a risk to safety because of possible acute incapacitation. With respect to subtle incapacitation their conclusion was that well-practised skills would show little, if any, age-related decline.

The NIA study, which took the IOM views into account, concluded that the age-60 limit should be retained for the present for pilots in command and first officers, but that further studies should be conducted with a view to ultimate relaxation of the rule.

At its maximum, the medical evidence in the record suggests that any noticeable increase in health impairment does not begin before age 40. In the age range above 40, there may therefore be an arguable case that age is a BFOR for pilots, but no such case can be made on medical grounds below 40. The applicant had consequently to attempt to defend an age-27 pilot intake policy on three other grounds: (1) age decrements can be compensated for by experience with standard operating procedures through progressive learning situations, but only if that experience is with the unvarying procedures of the same airline; (2) the early hiring of pilots permits the airline to develop longitudinal medical records for each pilot and to implement a health maintenance program which can promote both safe operation and career longevity; (3) the general practice in the industry, particularly among IATA carriers.

tion des risques d'une incapacité dont les signes sont moins évidents mais qui pourrait entraîner des erreurs ou le ralentissement de la perception et des fonctions cognitives et psychomotrices du pilote et, par conséquent, l'empêcher d'exercer ses fonctions en toute sécurité. Le Comité a estimé que l'établissement des facteurs de risque et un examen plus approfondi des personnes présentant des risques élevés sont les mesures appropriées pour déterminer quels sont les pilotes dont l'état de santé représenterait un risque pour la sécurité en raison d'une incapacité grave. En ce qui concerne l'incapacité dont les signes sont moins évidents, il a conclu que l'âge aurait peu ou pas d'effets néfastes sur les compétences techniques d'un pilote expérimenté.

Dans son étude, le NIA, qui a tenu compte des avis de l'IOM, a conclu que pour l'instant il fallait conserver l'âge limite de 60 ans pour les pilotes commandants de bord et pour les premiers officiers, mais qu'il fallait mener d'autres études afin de pouvoir en arriver à appliquer la règle avec moins de rigueur.

Tout au plus, la preuve médicale versée au dossier laisse entendre que toute augmentation notable de la détérioration de l'état de santé ne commence pas avant l'âge de 40 ans. Il est possible qu'il existe des arguments défendables pour affirmer que l'âge constitue une exigence professionnelle normale pour les pilotes âgés de plus de 40 ans, mais on ne peut fonder ces arguments sur des motifs d'ordre médical pour les pilotes qui ont moins de 40 ans. La requérante devait par conséquent essayer de défendre sa politique d'admission des pilotes âgés de 27 ans en se fondant sur trois autres motifs: (1) l'expérience des méthodes courantes de fonctionnement utilisées au cours de situations d'apprentissage progressif peut compenser les pertes de capacité causées par le vieillissement, mais seulement si cette expérience a été acquise par des méthodes constantes de la même compagnie aérienne; (2) l'embauchage de jeunes pilotes permet à la compagnie aérienne de tenir à long terme des dossiers médicaux au sujet de chaque pilote et de mettre en œuvre un programme de santé qui peut à la fois faciliter l'exécution en toute sécurité de la tâche des pilotes et prolonger leur carrière; (3) la pratique générale suivie dans l'industrie de l'aviation, en particulier par les transporteurs de l'IATA.

Experience compensation is generally accepted as an offsetting benefit of aging, but the evidence on the record that the differences between the procedures of different airlines are so great that the experience has to be with the same airline is very weak. Also, longitudinal medical records are no doubt valuable in alerting medical personnel to signs of aging, but there was no evidence that they are needed for any particular number of years before age 40, or that if they were, they could not be made available by a previous employer. Finally, while the general practice in the industry undoubtedly favors a low maximum hiring age, even the *status quo* cannot alone sufficiently establish a BFOR, in the absence of other proof. In sum, the evidence supporting the applicant's case is impressionistic at best, and is in my judgment close to non-existent. I therefore find fully justified by the record the following summation of the evidence by the Review Tribunal [at page D/1879 C.H.R.R.]:

In summary, the medical evidence indicates that there is some basis for claiming that age is a *bona fide* occupational requirement for the hiring of pilots because of the risk of impairment which increases with age. However, because the continued employment of pilots up to the age of 60 indicates that the risk is acceptable up to that age, because the risk can be substantially eliminated or reduced through medical detection of the impairing condition and by the back-up system of the three-pilot team, and because, with the exception of cardiovascular problems, the evidence does not in any event show that the risk of serious undetected impairment is significant in the age range with which we are concerned, the Tribunal concludes that the medical concerns listed above do not make it reasonably necessary for Air Canada to impose its present age preference in hiring to maintain its margin of safety in the operation of its aircraft. With respect to cardiovascular problems, the first two reasons for concluding that the test of reasonable necessity has not been met still persuade the Tribunal to the same conclusion, although the risk of serious impairment is recognized to exist, as it exists for presently employed pilots over 40 who were hired at younger ages. Assessment of the capability of the individual, regardless of age, provides an alternative which is both legally preferable and adequate.

The Review Tribunal's finding [at page D/1883] in relation to the economic arguments is equally exemplary:

In order to make a case that a *bona fide* occupational requirement is reasonably necessary as a matter of economic

On admet généralement que la compensation par l'expérience est un avantage découlant du vieillissement, mais la preuve au dossier voulant que les différences dans les méthodes des diverses compagnies aériennes sont telles que le pilote doit avoir acquis son expérience dans la même compagnie aérienne est très faible. De plus, il est sans doute vrai que les dossiers médicaux tenus à long terme sont précieux pour attirer l'attention du personnel médical sur les signes de vieillissement; cependant, il n'y a pas de preuve montrant qu'ils sont requis pour les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de 40 ans ou, le cas échéant, qu'ils ne pourraient être obtenus d'un autre employeur. Enfin, alors que la pratique généralement suivie dans l'industrie aérienne favorise sans aucun doute l'embauchage à un âge maximum peu élevé, même le statu quo ne peut, en l'absence d'une autre preuve, justifier l'existence d'une exigence professionnelle normale. En somme, la preuve invoquée par la requérante est tout au plus impressionniste et à mon avis, pratiquement inexistante. J'estime donc que la manière dont le tribunal d'appel a résumé la preuve est totalement justifiée par le dossier [à la page D/1879 C.H.R.R.]:

En résumé, selon la preuve médicale la prétention à l'effet que l'âge constitue une exigence professionnelle normale pour l'embauche des pilotes à cause du risque d'incapacité qui augmente avec l'âge, a un certain fondement. Néanmoins, le fait que les pilotes continuent à exécuter leurs fonctions de pilotage jusqu'à l'âge de 60 ans indique que le risque est acceptable jusqu'à cet âge, étant donné qu'il est possible de l'éliminer ou le réduire considérablement par la détection médicale de la condition débilatante et par le système de renfort de l'équipe de trois pilotes. En outre, de toute façon, exception faite des problèmes cardiovasculaires, la preuve n'indique pas que le risque de ne pas découvrir une incapacité sérieuse soit considérable dans le groupe d'âge qui nous intéresse. Or, le tribunal en conclut que les préoccupations d'ordre médical énumérées ci-dessus ne sont pas suffisantes pour soutenir qu'il est raisonnablement nécessaire qu'Air Canada impose l'âge préférentiel en question en matière d'embauche pour maintenir une marge de sécurité dans ses opérations aériennes. En ce qui concerne les problèmes cardiovasculaires, les deux premières raisons pour conclure qu'Air Canada n'a pas satisfait au test de nécessité raisonnable incitent encore une fois le tribunal à tirer la même conclusion, bien que l'existence d'un risque d'incapacité sérieuse ne soit pas mise en doute, le fait demeure que ce risque existe présentement chez les pilotes de plus de 40 ans qui ont été embauchés lorsqu'ils étaient plus jeunes. L'évaluation de la capacité de l'individu, sans égard à l'âge, est une alternative qui est à la fois légalement préférable et adéquate.

La conclusion du tribunal d'appel [à la page D/1883] quant aux facteurs économiques est également à suivre:

Pour réussir à justifier une exigence professionnelle normale raisonnablement nécessaire fondée sur les coûts économiques, le

cost, far more evidence as to the actual cost and benefit implications is necessary than has been provided to the Tribunal. The evidence does not provide any basis for deciding what is the minimum period over which Air Canada can reasonably be expected to amortize the cost of hiring a new pilot. Since the burden of proof with respect to the BFOQ defence falls upon the employer, this is fatal to Air Canada's claim for a BFOQ with respect to hiring at age 27 on the basis of hiring costs.

This aspect of the case was not in any event pressed before this Court.

In sum, there is no justification under subsection 28(1) of the *Federal Court Act* for setting aside the decision of the Review Tribunal. It did not fail to observe natural justice, or depart from its jurisdiction, or err in law or make an erroneous finding of fact perversely or capriciously or without regard for the record. Any mistakes it may have made were isolated or trivial or the result of infelicitous expression. It is on the latter basis that I would account for its apparent interpretation of the age reversal evidence or of Air Canada's medical evidence, as noted by my brother Mahoney J. As I understand what the Review Tribunal intended, it was not so much to read the evidence in the light of its policy preferences as to insist on a narrow application of the BFOR exception as recommended by *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, *supra*.

As is evidenced by section 2 of the *Canadian Human Rights Act*, Parliament has made a fundamental decision to give preference to individual opportunity over competing social values. The preference is not absolute. Indeed, it is limited in the present context by an employer's right to establish a *bona fide* occupational requirement. But the courts must be zealous to ensure that Parliament's primary intention that people should for the most part be judged on their own merits rather than on group characteristics is not eroded by overly generous exceptions. This necessitates a narrow interpretation of the exceptions.

I would dismiss the application.

tribunal aurait besoin de beaucoup plus de preuve sur les coûts et bénéfices réels en cause qu'il en a présentement devant lui. La preuve en main ne permet nullement d'établir quelle est la période minimale sur laquelle Air Canada pourrait raisonnablement s'attendre d'amortir les frais d'embauche d'un nouveau pilote. Compte tenu que c'est l'employeur qui doit démontrer la nécessité de l'exigence professionnelle normale, cette carence est fatale à la prétention d'Air Canada à l'effet que la limite d'âge d'embauche de 27 ans constitue une telle exigence sur la base des prévisions de rendement.

De toute façon, on n'a même pas insisté sur cet aspect de l'affaire devant la Cour.

En résumé, le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut justifier l'annulation de la décision du tribunal d'appel. Ce dernier n'a pas manqué d'observer les règles de la justice naturelle ni excédé sa compétence; il n'a pas commis une erreur de droit et n'est pas arrivé à une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance. Les erreurs qu'il a pu commettre étaient isolées ou insignifiantes ou encore, résultaient de l'emploi d'expressions mal choisies pour exprimer sa décision. C'est sur cette base que j'expliquerais, comme l'a souligné mon collègue le juge Mahoney, l'interprétation que le tribunal d'appel a fait de la preuve relative au renversement des âges ou de la preuve médicale présentée par Air Canada. Si je comprends l'intention du tribunal d'appel, il ne voulait pas tant interpréter la preuve en tenant compte de ses préférences quant à la politique à suivre qu'insister sur une application restrictive de l'exception créée par l'exigence professionnelle normale comme l'avait recommandé le tribunal dans l'affaire *Smallwood v. United Air Lines, Inc.*, précitée.

Comme le prouve l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le Parlement a pris une décision fondamentale en donnant préférence aux droits des individus sur les valeurs sociales concurrentes. Cette préférence n'est pas absolue. En fait, elle est restreinte dans le présent contexte par le droit d'un employeur d'établir l'existence d'une exigence professionnelle normale. Cependant, les tribunaux doivent absolument faire en sorte que l'existence d'exceptions beaucoup trop larges ne vienne porter atteinte à l'intention première du Parlement de permettre que les personnes soient jugées principalement au mérite plutôt qu'en tant que membres d'un groupe. Cela exige une interprétation restrictive desdites exceptions.

Je rejeterais la demande.