



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2010, Vol. 2, Part 2**

**2010, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2010] 2 F.C.R., 189–388**

**Renvoi [2010] 2 R.C.F., 189–388**

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

### ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L., s.r.l.

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

#### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

#### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2010.

*The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.*

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

#### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

#### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte en chef et le comité consultatif ſont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est CLAUDE PROVENCHER, LL.B., MBA.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2010.

*Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales ſont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.*

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

*Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.*

*Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrê-tiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gou-vernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.*

---

*All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja-cmf.gc.ca>*

---

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf-fja.gc.ca>*

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	189–388
Digests .....	D-7

### **Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) ..... 311**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of enforcement officer's refusal to defer appellants' removal from Canada on ground application moot—Appellants sought deferral until decision rendered on humanitarian and compassionate application (H&C application)—Federal Court certifying question regarding mootness of deferral request—*Per* Nadon J.A. (Desjardins J.A. concurring): Since live controversy still existing between parties, judicial review herein not moot—Determination of mootness issue depending on proper characterization of controversy between parties—Proper characterization in this case whether appellants should be removed before determination of H&C application—Since H&C application still pending, practical effect could result from decision on judicial review—Matter not rendered

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	189–388
Fiches analytiques .....	F-7

### **Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) (C.A.F.) ..... 311**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus d'une agente d'exécution de reporter le renvoi des appelants du Canada au motif qu'elle était théorique—Les appelants sollicitaient un report jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire (la demande CH)—La Cour fédérale a certifié une question relative au caractère théorique de la demande de report—Le juge Nadon, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Comme il existait toujours un litige actuel entre les parties, la demande de contrôle judiciaire en l'espèce n'était pas théorique—La réponse à la question du caractère théorique dépendait de la qualification donnée au litige entre les parties—Le litige en l'espèce visait la question de savoir si les appelants devaient

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

moot by passing of appellants' scheduled removal date—As to enforcement officer's decision not to defer removal, mere existence of H&C application not obstacle to execution of valid removal order—Enforcement officer considering all relevant facts, including best interests of children—Not making reviewable error when considering evidence—Appeal dismissed—*Per* Blais J.A. (concurring in the result): Enforcement officer's determination on deferral request within narrow discretion, well reasoned—Decision for review in present case whether enforcement officer properly refusing to defer appellants' removal in January 2007, not whether enforcement officer properly determined that removal not taking place before determination of H&C application—Federal Court correct in characterizing dispute as whether appellants should have been required to leave on scheduled removal date—Enforcement officer solely intended to enforce removal order, not to defer removal to indeterminate date—H&C applications not intended to obstruct valid removal order—Since removal date having passed, determination of reasonableness of enforcement officer's refusal to defer without consequence.

### **Canada (Attorney General) v. Canadian Merchant Service Guild (F.C.) . . . . . 282**

Public Service—Labour Relations—Judicial review of adjudicator's decision, order dealing with policy grievance raised by respondent as bargaining agent against Treasury Board (Department of Fisheries and Oceans)—Respondent representing ship officers employed by federal government—Parties subject to collective agreement—Employer unilaterally issuing "Fleet Circular" altering manner in which officers to be compensated for "familiarization"—Respondent filing grievance on own behalf, on behalf of members—Requesting in particular retroactive compensation for employees negatively affected by Circular—Grievance denied—Adjudicator allowing grievance, ordering retroactive compensation—Whether *Public Service Labour Relations Act* (PSLRA), s. 232 restricting adjudicator's power

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

être renvoyés avant que ne soit tranchée leur demande CH— Comme la demande CH était encore en instance, une décision sur la demande de contrôle judiciaire pouvait avoir un effet pratique—L'affaire n'était pas devenue théorique du seul fait que la date prévue pour le renvoi des appelants était passée— S'agissant de la décision de l'agente d'exécution de ne pas reporter le renvoi, la simple existence d'une demande CH n'empêchait pas l'exécution d'une mesure de renvoi valide— L'agente d'exécution a tenu compte de tous les faits pertinents, notamment l'intérêt supérieur des enfants—Elle n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle dans son examen de la preuve— Appel rejeté—Le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La décision prise par l'agente d'exécution entrait parfaitement dans le cadre restreint de son pouvoir discrétionnaire et était bien motivée—La question en l'espèce était de savoir si c'était à bon droit que l'agente d'exécution avait refusé de reporter le renvoi des appelants en janvier 2007, et non de savoir si c'était à bon droit qu'elle avait estimé que le renvoi n'aurait jamais lieu avant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande CH—La Cour fédérale avait raison de décrire le différend comme portant sur la question de savoir si les appelants auraient dû être contraints à quitter le pays à la date prévue de leur renvoi—L'agent d'exécution n'est censé faire rien d'autre que d'exécuter la mesure de renvoi; il n'est pas censé reporter le renvoi à une date indéterminée—Les demandes CH ne sont pas censées faire obstacle aux mesures de renvoi valides— Comme la date du renvoi était passée, il était sans intérêt de savoir si le refus de l'agente d'exécution de reporter la date du renvoi était raisonnable.

### **Canada (Procureur général) c. Guilde de la Marine Marchande du Canada (C.F.) . . . . . 282**

Fonction publique—Relations du travail—Contrôle judiciaire de la décision et de l'ordonnance d'un arbitre portant sur un grief de principe présenté par la défenderesse à titre d'agente négociatrice contre le Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans)—La défenderesse représentait les officiers de navire qui travaillaient pour le gouvernement fédéral—Les intéressés étaient assujettis à une convention collective— L'employeur avait publié unilatéralement une « circulaire de la flotte » qui modifiait la façon dont les officiers étaient rémunérés pour la « familiarisation »—La défenderesse a déposé un grief en son propre nom et au nom de ses membres—Elle a demandé un dédommagement rétroactif pour les employés ayant subi des répercussions par suite de l'application de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

in policy grievance to grant retroactive compensation—While s. 232 limiting broader powers of adjudicator in considering policy grievance, provision coming into play only if individual or group grievance pre-existed or could have existed—In present case, grievance filed shortly after release of Circular, when no individual or group who could start grievance on own behalf could be identified—Therefore, no individual or group grievance herein “could have been brought” when policy grievance instituted, PSLRA, s. 232 inapplicable on facts of case—Even if s. 232 applicable, adjudicator having jurisdiction to award retroactive compensation based on s. 232(a), (b), which state that adjudicator may give decision “declaring” that collective agreement be given certain interpretation or that award has been contravened—Use of word “requiring” in PSLRA, s. 232(c) contemplating something more than simple declaration—Words “requiring the employer to ... apply ... administer ... collective agreement” in s. 232(c) sufficiently broad to contemplate order for retroactive payment—Therefore adjudicator properly exercising powers conferred by PSLRA, s. 232 in granting order—Application dismissed.

Construction of Statutes—*Public Service Labour Relations Act*, s. 232 limiting broader powers of adjudicator in considering policy grievance—Adjudicator nevertheless having jurisdiction to award retroactive compensation based on s. 232(a), (b), which state that adjudicator may give decision “declaring” that collective agreement be given certain interpretation or that award has been contravened—Use of word “requiring” in PSLRA, s. 232(c) contemplating something more than simple declaration—Words “requiring the employer to ... apply ... administer ... collective agreement” in s. 232(c) sufficiently broad to contemplate order for retroactive payment—Individual or persons whose agreement interpreted as affording retroactive payments should not be required to engage in second grievance to obtain payments—Holding that PSLRA, s. 232(c) precluding adjudicator’s power to grant retroactive award of compensation would lead to absurd result.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

circulaire—Le grief a été rejeté—L’arbitre a accueilli le grief et a ordonné une rémunération rétroactive—Il s’agissait de savoir si l’art. 232 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (la Loi) restreint les pouvoirs dont dispose un arbitre dans le cadre d’un grief de principe d’accorder une rémunération rétroactive—Bien que l’art. 232 restreint les pouvoirs généraux de l’arbitre qui a à connaître d’un grief de principe, cette disposition n’entre en jeu que si un grief individuel ou collectif existait déjà ou aurait pu exister—En l’espèce, le grief a été déposé très peu de temps après la publication de la circulaire, à un moment où on n’a pu mentionner un particulier ou un groupe qui aurait pu présenter un grief en son propre nom—Par conséquent, aucun grief individuel ou collectif n’« aurait pu » avoir été présenté au moment où le grief de principe a été formulé; l’art. 232 de la Loi ne s’appliquait pas compte tenu des faits—Même si l’art. 232 devait s’appliquer, l’arbitre avait le pouvoir d’attribuer une rémunération rétroactive en application des art. 232(a) et b), qui disposent que l’arbitre peut, dans sa décision, donner une certaine interprétation à la convention collective ou conclure qu’il a été contrevenu à la décision arbitrale—L’emploi du mot « enjoindre » à l’art. 232(c) de la Loi vise davantage que le simple pouvoir de donner une interprétation—L’expression « enjoindre à l’employeur [...] d’appliquer la convention collective » à l’art. 232(c) est d’assez large portée pour que soit visée une ordonnance de paiement rétroactif—En conséquence, l’arbitre a correctement exercé les pouvoirs que lui confère l’art. 232 de la Loi en rendant l’ordonnance—Demande rejetée.

Interprétation des lois—L’art. 232 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* restreint les pouvoirs dont dispose un arbitre dans le cadre d’un grief de principe—L’arbitre avait néanmoins le pouvoir d’attribuer une rémunération rétroactive en application des art. 232(a) et b), qui disposent que l’arbitre peut, dans sa décision, donner une certaine interprétation à la convention collective ou conclure qu’il a été contrevenu à la décision arbitrale—L’emploi du mot « enjoindre » à l’art. 232(c) de la Loi vise davantage que le simple pouvoir de donner une interprétation—L’expression « enjoindre à l’employeur [...] d’appliquer la convention collective » à l’art. 232(c) est d’assez large portée pour que soit visée une ordonnance de paiement rétroactif—Une personne ou un groupe de personnes dont la convention est interprétée de telle manière que des paiements rétroactifs lui sont accordés ne devrait pas avoir à présenter un deuxième grief pour obtenir ces paiements—Statuer que

*Suite à la page suivante*

**Canadian Medical Protective Assn. v. Canada  
(F.C.A.) ..... 368**

Customs and Excise—Excise Tax Act—Appeal from Tax Court of Canada decision investment management fees paid by respondent exempt from GST, services falling under definition of “financial service”, *Excise Tax Act*, s. 123(1)—Respondent retaining services of investment managers—Investment managers purchasing, selling securities through trading desks, brokers—Canada Revenue Agency holding services provided by investment managers not falling within definition of “financial service”, fees thus not exempt from taxation—Tax Court of Canada reversing that decision, finding services exempt, constituting the “arranging for ... the transfer of ownership ... of a financial instrument”, according to “financial service” definition, paras. (d), (l)—Investment managers analytical stock pickers, paid for know-how, ability to read market—“Arranging for” transfer of ownership of financial instrument not dominant activity—“Cause to occur”, “give instructions”, “make preparations for” equivalent terms—Research, analysis dominant character of investment managers’ services, but purposeless if investment managers cannot give order to buy, sell, hold—Services provided by investment managers cannot be divided, end result thereof to “cause to occur a transfer of ownership ... of a financial instrument”—Consequently, investment managers’ services exempt financial services—Appeal dismissed.

l’art. 232e) de la Loi interdit à l’arbitre d’attribuer une rémunération rétroactive entraînerait un résultat absurde.

**Assoc. canadienne de protection médicale c. Canada  
(C.A.F.) ..... 368**

Douanes et Accise—Loi sur la taxe d’accise—Appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt portant que les honoraires versés par l’intimée en contrepartie de services de gestion de placements étaient exonérés de TPS parce qu’ils étaient visés par la définition de « service financier » énoncée à l’art. 123(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*—L’intimée a retenu les services de gestionnaires de placements—Les gestionnaires de placements achetaient et vendaient des titres par l’entremise de leurs pupitres de négociation ou de courtiers—L’Agence du revenu du Canada a conclu que les services rendus par les gestionnaires de placements n’étaient pas visés par la définition de « service financier » et n’étaient donc pas des services exonérés—La Cour canadienne de l’impôt a infirmé cette décision, statuant qu’il s’agissait de services exonérés et qu’ils constituaient « [la prise de] mesures en vue [...] [du] transfert de propriété [...] d’un effet financier » au sens des alinéas d) et l) de la définition de « service financier »—Les gestionnaires de placements sélectionnent les meilleurs titres et sont rémunérés en raison de leur savoir-faire et de leur capacité à comprendre le marché—Le fait de « prendre les mesures [...] en vue d’effectuer » le transfert de propriété d’un effet financier ne prédomine pas—Les expressions « *cause to occur* » (« faire en sorte qu’une chose se produise »), « *give instructions* » (« donner des directives ») et « *make preparations for* » (« prendre les dispositions en vue de ») sont équivalentes—Le caractère dominant des services rendus par les gestionnaires de placements est la recherche et l’aspect analytique de la profession, mais ceux-ci s’avéreraient inutiles s’ils ne se traduisent pas ultimement par un ordre d’acquisition ou de disposition, ou encore de « statu quo »—Les services rendus par les gestionnaires de placements ne peuvent être divisés et leur conséquence ultime est de « prendre les dispositions en vue d’effectuer la cession de propriété [...] d’un effet financier »—En conséquence, les services des gestionnaires de placements sont des services financiers exonérés—Appel rejeté.

## CONTENTS (Continued)

### **General Motors of Canada Ltd. v. Canada (F.C.A.) . . . 344**

Customs and Excise—Excise Tax Act—Appeal from Tax Court of Canada decision finding respondent eligible for input tax credits (ITCs) under *Excise Tax Act*, s. 169(1) in respect of GST paid to investment managers—Respondent administrator of employee pension plans, retaining investment managers—Agreements providing respondent liable for investment services, GST—Canada Revenue Agency rejecting respondent’s ITC claim on basis services not acquired in course of commercial activities—Three conditions set out at Act, s. 169(1) for claiming ITC met—Respondent acquiring investment management services, not acting as trustee—Respondent liable for payment of those services—Pension plans integral component of respondent’s commercial activities—Appeal dismissed.

### **King v. Canada (Minister of Human Resources and Social Development) (F.C.A.) . . . . . 294**

Pensions—Appeal from Federal Court decision holding “erroneous advice” within meaning of *Canada Pension Plan* (CPP), s. 66(4) given to Minister of Human Resources and Skills Development (Minister)—Federal Court erring in interpretation of word “advice” in concluding decision to award, deny disability pension made by Minister on advice provided by civil servants—While CPP stating “the Minister” considers, decides pension applications, decision whether disability severe, prolonged in fact exercised by medical adjudicators—This practice in accordance with *Interpretation Act*, s. 24(2)(d) that where statute granting minister power to make decision, power may be exercised by department officials appointed to do so—Here, letters conveying, confirming decision denying pension not constituting advice within plain, ordinary meaning of word as no evidence of any communication to Minister regarding respondent’s case—S. 66(4) not purporting to deal with situations where Minister’s decision reversed—Erroneous advice referring to advice given by Department to member of public—Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **General Motors du Canada Ltée c. Canada (C.A.F.) . . . 344**

Douanes et Accise—Loi sur la taxe d’accise—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour canadienne de l’impôt a conclu que l’intimée avait le droit de demander des crédits de taxe sur les intrants (CTI) en vertu de l’art. 169(1) de la *Loi sur la taxe d’accise* à l’égard de la TPS payée à des gestionnaires de placements—L’intimée, l’administrateur des régimes de pension de ses employés, a retenu les services de gestionnaires de placements—Les conventions précisent que l’intimée est tenue de régler les services de gestion de placements ainsi que la TPS—L’Agence du revenu du Canada a rejeté la demande de CTI de l’intimée parce que les services n’ont pas été acquis dans le cadre de ses activités commerciales—Les trois conditions énoncées à l’art. 169(1) de la Loi pour demander des CTI ont été remplies—L’intimée a acquis des services de gestion de placements; elle n’agissait pas à titre de fiduciaire—L’intimée était chargée de régler ces services—Les régimes de pension faisaient partie intégrante des activités commerciales de l’intimée—Appel rejeté.

### **King c. Canada (Ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences) (C.A.F.) . . . 294**

Pensions—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a statué qu’un « avis erroné » au sens de l’art. 66(4) du *Régime des pensions du Canada* (RPC) avait été donné à la ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences (la ministre)—La Cour fédérale a erré dans son interprétation du mot « avis », concluant que lorsqu’une décision est prise d’octroyer ou de refuser une pension d’invalidité, la décision est prise par la ministre, sur la foi d’avis que lui donnent ses fonctionnaires—Même si le RPC énonce que « le ministre » examine les demandes de pension et statue sur celles-ci, ce sont des évaluateurs médicaux qui exercent le pouvoir de décider si l’invalidité d’un requérant est grave et prolongée—Cette pratique est conforme à l’art. 24(2)d) de la *Loi d’interprétation*, qui dispose que lorsqu’une loi confère à un ministre le pouvoir de prendre une décision, ce pouvoir peut être exercé par des fonctionnaires du ministère nommés à cette fin—En l’espèce, les lettres communiquant et confirmant la décision de refuser une pension ne constituaient pas un avis selon le sens ordinaire de ce mot puisqu’il n’y avait aucune preuve d’une communication adressée à la ministre concernant le cas de l’intimé—L’art. 66(4) ne vise pas les situations où une décision de la ministre a été

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Construction of Statutes—*Canada Pension Plan (CPP)*, s. 66(4) allowing Minister to provide remedy to person having been denied pension as result of erroneous advice, administrative error in administration of CPP—Plain, ordinary meaning of word “advice” contemplating communication of some sort—No advice provided to Minister herein as no evidence of any communication to Minister regarding respondent’s case—Meaning of “advice” not ambiguous, unsettled; no doubt arising from CPP, s. 66(4)—Not Parliament’s intention that phrase “erroneous advice or administrative error” be equated with “decision”—Erroneous advice referring to advice given by Department to member of public.

### **Vilven v. Air Canada (F.C.) . . . . . 189**

Human Rights—Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal’s dismissal of age-based discrimination complaints—Pilots with Air Canada forced to retire from positions at 60 years of age—Tribunal finding 60 “normal age of retirement” for positions similar to those occupied by applicants at time of retirement, as contemplated by *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c), termination of employment thus not amounting to discriminatory practice within meaning of Act—Tribunal also finding Act, s. 15(1)(c) not violating equality rights provision under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15(1)—Onus on Air Canada, Air Canada Pilots Association to establish applicants Vilven, Kelly (applicants) retired in accordance with normal age of retirement for similar positions—Tribunal mischaracterizing essential features of applicants’ positions, choosing wrong comparator group—To establish s. 15(1)(c) defence, shared meaning of English, French versions thereof requiring age of retirement in issue be normal, customary, standard within relevant industry sector—Existence of binding rule mandating retirement at particular age not required—Determination of normal age of retirement requiring statistical analysis—Tribunal’s conclusion 60 normal age of retirement for employees in positions similar to those occupied by applicants reasonable—Applicants’ forced retirement not amounting to discriminatory practice within meaning of Act, s. 15(1)(c)—Fundamental problem with

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

infirmée—Les mots « avis erroné » s’entendent d’avis que le Ministère donne à un membre du public—Appel accueilli.

Interprétation des lois—L’art. 66(4) du *Régime des pensions du Canada (RPC)* permet à la ministre de prendre des mesures correctives au profit d’une personne qui s’est vu refuser une pension en raison d’un avis erroné ou d’une erreur administrative survenus dans le cadre de l’application du RPC—Le mot « avis », selon son sens ordinaire, évoque une certaine forme de communication—Aucun avis n’a été communiqué à la ministre en l’espèce puisqu’il n’y avait aucune preuve d’une communication de quelque nature adressée à la ministre concernant le cas de l’intimé—Le sens du mot « avis » n’est ni ambigu ni controversé; le libellé de l’art. 66(4) du RPC ne soulève aucun doute—Le législateur n’entendait pas que les mots « un avis erroné ou une erreur administrative » équivalent au mot « décision »—Les mots « avis erroné » s’entendent d’avis que le Ministère donne à un membre du public.

### **Vilven c. Air Canada (C.F.) . . . . . 189**

Droits de la personne—Contrôle judiciaire du rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes de discrimination fondée sur l’âge—Des pilotes auprès d’Air Canada ont été contraints de quitter leur poste quand ils ont atteint l’âge de 60 ans—Le Tribunal a conclu que 60 ans était l’« âge de la retraite en vigueur » pour le genre d’emploi qu’occupaient les demandeurs au moment de prendre leur retraite aux termes de l’art. 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que la cessation de leur emploi n’équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de la Loi—En outre, le Tribunal a conclu que l’art. 15(1)c) de la Loi ne viole pas les droits à l’égalité garantis par l’art. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Il incombait à Air Canada et à l’Association des pilotes d’Air Canada d’établir que MM. Vilven et Kelly (les demandeurs) avaient été mis à la retraite en accord avec l’âge de la retraite en vigueur pour un emploi semblable au leur—Le Tribunal a commis une erreur dans la façon dont il a relevé les caractéristiques essentielles des emplois des demandeurs et s’est trompé dans son choix d’un groupe de comparaison—Pour établir la défense que prévoit l’art. 15(1)c), le sens commun des versions anglaise et française de la disposition exige que l’âge de la retraite qui est en litige soit l’âge normal ou habituel au sein du secteur industriel applicable—L’existence d’une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

paragraph 15(1)(c): provision allowing for discrimination, as long as pervasive within industry—Remedy available under Charter, s. 15(1)—Act, s. 15(1)(c) denying older workers equal protection of law, perpetuating group disadvantage, prejudice—Only serving to perpetuate stereotypical view older workers less capable, deserving of recognition, value as human beings, members of Canadian society—Act, s. 15(1)(c) violating Charter, s. 15(1)—Applications in T-1674-07, T-1678-07 allowed; application in T-1680-07 dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Constitutionality of limiting provision in human rights legislation—*Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c) providing termination of employment not discriminatory where person having reached normal age of retirement for employees working in similar positions—Whether Act, s. 15(1)(c) violating Charter, s. 15(1)—S. 15(1)(c) denying workers over “normal age of retirement” equal protection, benefit of Act—Applicants disadvantaged by being forced to leave positions merely because having reached age 60, without regard to individual abilities, skills, capacities—Act, s. 15(1)(c) thus violating Charter, s. 15(1).

Construction of Statutes—Whether binding rule required for there to be “normal age of retirement” for purposes of *Canadian Human Rights Act*, s. 15(1)(c)—Difference between wording of English, French versions of s. 15(1)(c)—Shared meaning of two versions requiring that age of retirement in issue be normal, customary, standard within relevant industry sector—Existence of binding rule mandating retirement at particular age not required.

## SOMMAIRE (Fin)

n'est pas requise—La détermination de l'âge normal de la retraite nécessite une analyse statistique—La conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans est l'âge de la retraite en vigueur pour les pilotes exerçant un emploi semblable à celui qu'occupaient les demandeurs était raisonnable—La retraite forcée des demandeurs n'équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de l'art. 15(1)(c) de la Loi—Le problème fondamental que pose l'art. 15(1)(c) est qu'il permet de commettre des actes discriminatoires, dans la mesure où ils sont répandus au sein d'une industrie—La réparation figure à l'art. 15(1) de la Charte—L'art. 15(1)(c) de la Loi prive les travailleurs plus âgés de la même protection de la loi et perpétue un désavantage ou un préjugé collectif—Il ne sert qu'à perpétuer l'opinion stéréotypée selon laquelle les travailleurs plus âgés sont moins aptes, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne—L'art. 15(1)(c) de la Loi viole l'art. 15(1) de la Charte—Demandes accueillies dans les affaires T-1674-07, T-1678-07; demande rejetée dans l'affaire T-1680-07.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—Constitutionnalité des dispositions restrictives contenues dans la législation sur les droits de la personne—L'art. 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dispose que la cessation d'emploi n'équivaut pas à un acte discriminatoire lorsque la personne atteint l'âge normal de la retraite en vigueur pour le genre de poste occupé par le demandeur—Il s'agissait de savoir si l'art. 15(1)(c) de la Loi viole l'art. 15(1) de la Charte—L'art. 15(1)(c) prive les travailleurs dont l'âge est supérieur à l'« âge de la retraite en vigueur » de la même protection et du même bénéfice de la Loi—Les demandeurs ont été désavantagés parce qu'ils ont été contraints de quitter un poste juste parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans sans égard pour leurs capacités, compétences ou leurs aptitudes—L'art. 15(1)(c) viole donc l'art. 15(1) de la Charte.

Interprétation des lois—Il s'agissait de savoir s'il devait y avoir une règle impérative pour qu'il existe un « âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'art. 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*—Il y a une différence entre les versions anglaise et française de l'art. 15(1)(c)—Le sens commun des deux versions exige que l'âge de la retraite qui est en litige soit l'âge normal ou habituel au sein du secteur industriel applicable—L'existence d'une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier n'est pas requise.

**APPEALS NOTED**

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Samson Cree Nation v. Samson Cree Nation (Chief and Council)*, 2008 FC 1308, [2009] 4 F.C.R. 3, has been affirmed on appeal (A-637-08, 2010 FCA 165), reasons for judgment handed down June 17, 2010.

**APPELS NOTÉS**

**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

La décision *Nation crie de Samson c. Nation crie de Samson (Chef et conseil)*, 2008 CF 1308, [2009] 4 R.C.F. 3, a été confirmée en appel (A-637-08, 2010 CAF 165), les motifs du jugement ayant été prononcés le 17 juin 2010.



**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2010, Vol. 2, Part 2**

**2010, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**



	2009 FC 367	2009 CF 367
	T-1674-07	T-1674-07
<b>George Vilven</b> ( <i>Applicant</i> )		<b>George Vilven</b> ( <i>demandeur</i> )
v.		c.
<b>Air Canada, Air Canada Pilots Association and Canadian Human Rights Commission</b> ( <i>Respondents</i> )		<b>Air Canada, l'Association des pilotes d'Air Canada et la Commission canadienne des droits de la personne</b> ( <i>défendeurs</i> )
	T-1678-07	T-1678-07
<b>Robert Neil Kelly</b> ( <i>Applicant</i> )		<b>Robert Neil Kelly</b> ( <i>demandeur</i> )
v.		c.
<b>Air Canada, Air Canada Pilots Association and Canadian Human Rights Commission</b> ( <i>Respondents</i> )		<b>Air Canada, l'Association des pilotes d'Air Canada et la Commission canadienne des droits de la personne</b> ( <i>défendeurs</i> )
	T-1680-07	T-1680-07
<b>Canadian Human Rights Commission</b> ( <i>Applicant</i> )		<b>La Commission canadienne des droits de la personne</b> ( <i>demanderesse</i> )
v.		c.
<b>George Vilven, Robert Neil Kelly and Air Canada Pilots Association</b> ( <i>Respondents</i> )		<b>George Vilven, Robert Neil Kelly et l'Association des pilotes d'Air Canada</b> ( <i>défendeurs</i> )
<i>INDEXED AS: VILVEN v. AIR CANADA (F.C.)</i>		<i>RÉPERTORIÉ : VILVEN c. AIR CANADA (C.F.)</i>

Federal Court, Mactavish J.—Ottawa, November 24, 25, 26, 27, 2008; April 9, 2009.

*Human Rights — Judicial review of Canadian Human Rights Tribunal's dismissal of age-based discrimination complaints — Pilots with Air Canada forced to retire from positions at 60 years of age — Tribunal finding 60 "normal age of retirement" for positions similar to those occupied by applicants at time of retirement, as contemplated by Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c), termination of employment thus not amounting to discriminatory practice within meaning of Act — Tribunal also finding Act, s. 15(1)(c) not violating equality rights provision under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Onus on Air Canada, Air Canada Pilots Association to establish applicants Vilven, Kelly (applicants) retired in accordance with*

Cour fédérale, juge Mactavish—Ottawa, 24, 25, 26, 27 novembre 2008; 9 avril 2009.

*Droits de la personne — Contrôle judiciaire du rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes de discrimination fondée sur l'âge — Des pilotes auprès d'Air Canada ont été contraints de quitter leur poste quand ils ont atteint l'âge de 60 ans — Le Tribunal a conclu que 60 ans était l'« âge de la retraite en vigueur » pour le genre d'emploi qu'occupaient les demandeurs au moment de prendre leur retraite aux termes de l'art. 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne et que la cessation de leur emploi n'équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de la Loi — En outre, le Tribunal a conclu que l'art. 15(1)c) de la Loi ne viole pas les droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) de la*

*normal age of retirement for similar positions — Tribunal mischaracterizing essential features of applicants' positions, choosing wrong comparator group — To establish s. 15(1)(c) defence, shared meaning of English, French versions thereof requiring age of retirement in issue be normal, customary, standard within relevant industry sector — Existence of binding rule mandating retirement at particular age not required — Determination of normal age of retirement requiring statistical analysis — Tribunal's conclusion 60 normal age of retirement for employees in positions similar to those occupied by applicants reasonable — Applicants' forced retirement not amounting to discriminatory practice within meaning of Act, s. 15(1)(c) — Fundamental problem with paragraph 15(1)(c): provision allowing for discrimination, as long as pervasive within industry — Remedy available under Charter, s. 15(1) — Act, s. 15(1)(c) denying older workers equal protection of law, perpetuating group disadvantage, prejudice — Only serving to perpetuate stereotypical view older workers less capable, deserving of recognition, value as human beings, members of Canadian society — Act, s. 15(1)(c) violating Charter, s. 15(1) — Applications in T-1674-07, T-1678-07 allowed; application in T-1680-07 dismissed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Constitutionality of limiting provision in human rights legislation — Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) providing termination of employment not discriminatory where person having reached normal age of retirement for employees working in similar positions — Whether Act, s. 15(1)(c) violating Charter, s. 15(1) — S. 15(1)(c) denying workers over “normal age of retirement” equal protection, benefit of Act — Applicants disadvantaged by being forced to leave positions merely because having reached age 60, without regard to individual abilities, skills, capacities — Act, s. 15(1)(c) thus violating Charter, s. 15(1).*

*Construction of Statutes — Whether binding rule required for there to be “normal age of retirement” for purposes of Canadian Human Rights Act, s. 15(1)(c) — Difference between wording of English, French versions of s. 15(1)(c) — Shared*

*Charte canadienne des droits et libertés — Il incombait à Air Canada et à l'Association des pilotes d'Air Canada d'établir que MM. Vilven et Kelly (les demandeurs) avaient été mis à la retraite en accord avec l'âge de la retraite en vigueur pour un emploi semblable au leur — Le Tribunal a commis une erreur dans la façon dont il a relevé les caractéristiques essentielles des emplois des demandeurs et s'est trompé dans son choix d'un groupe de comparaison — Pour établir la défense que prévoit l'art. 15(1)c, le sens commun des versions anglaise et française de la disposition exige que l'âge de la retraite qui est en litige soit l'âge normal ou habituel au sein du secteur industriel applicable — L'existence d'une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier n'est pas requise — La détermination de l'âge normal de la retraite nécessite une analyse statistique — La conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans est l'âge de la retraite en vigueur pour les pilotes exerçant un emploi semblable à celui qu'occupaient les demandeurs était raisonnable — La retraite forcée des demandeurs n'équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de l'art. 15(1)c de la Loi — Le problème fondamental que pose l'art. 15(1)c est qu'il permet de commettre des actes discriminatoires, dans la mesure où ils sont répandus au sein d'une industrie — La réparation figure à l'art. 15(1) de la Charte — L'art. 15(1)c de la Loi prive les travailleurs plus âgés de la même protection de la loi et perpétue un désavantage ou un préjugé collectif — Il ne sert qu'à perpétuer l'opinion stéréotypée selon laquelle les travailleurs plus âgés sont moins aptes, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne — L'art. 15(1)c de la Loi viole l'art. 15(1) de la Charte — Demandes accueillies dans les affaires T-1674-07, T-1678-07; demande rejetée dans l'affaire T-1680-07.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Constitutionnalité des dispositions restrictives contenues dans la législation sur les droits de la personne — L'art. 15(1)c de la Loi canadienne sur les droits de la personne dispose que la cessation d'emploi n'équivaut pas à un acte discriminatoire lorsque la personne atteint l'âge normal de la retraite en vigueur pour le genre de poste occupé par le demandeur — Il s'agissait de savoir si l'art. 15(1)c de la Loi viole l'art. 15(1) de la Charte — L'art. 15(1)c prive les travailleurs dont l'âge est supérieur à l'« âge de la retraite en vigueur » de la même protection et du même bénéfice de la Loi — Les demandeurs ont été désavantagés parce qu'ils ont été contraints de quitter un poste juste parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans sans égard pour leurs capacités, compétences ou leurs aptitudes — L'art. 15(1)c viole donc l'art. 15(1) de la Charte.*

*Interprétation des lois — Il s'agissait de savoir s'il devait y avoir une règle impérative pour qu'il existe un « âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'art. 15(1)c de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Il y a une*

*meaning of two versions requiring that age of retirement in issue be normal, customary, standard within relevant industry sector — Existence of binding rule mandating retirement at particular age not required.*

These were applications for judicial review of the Canadian Human Rights Tribunal's dismissal of age-based discrimination complaints filed by the applicants Vilven and Kelly (applicants). Both pilots with Air Canada, they were forced to retire from their positions when they turned 60 years of age, in accordance with the mandatory retirement provisions of the collective agreement in force between their union and the airline. There was no issue as to the applicants' capacity to fly safely; the only reason for the termination of their employment was the application of the mandatory retirement provisions. Paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* provides that it is not a discriminatory practice if an individual's employment is terminated "because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual". The Tribunal found that 60 was the "normal age of retirement" for positions similar to those occupied by the applicants at the time of their retirement, as contemplated by paragraph 15(1)(c), and consequently, that the termination of their employment did not amount to a discriminatory practice within the meaning of the Act.

The Tribunal also concluded that, although paragraph 15(1)(c) of the Act deprived the applicants of the opportunity to challenge the mandatory retirement policy, the loss of this opportunity did not violate their dignity or fail to recognize them as full and equal members of society, and therefore did not violate subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

The applicants and the Canadian Human Rights Commission each brought applications for judicial review challenging the Tribunal's finding that 60 was the normal age of retirement for positions similar to those occupied by the applicants. The applicants also challenged the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the Act.

The issues raised by the applications were: (1) whether the Tribunal erred in defining the "normal age of retirement" by mischaracterizing the essential features of the applicants' positions or by choosing an inappropriate comparator group; (2) whether a binding rule is required for there to be a "normal age of retirement" for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the Act; (3) whether there was a "normal age of retirement" for pilots occupying positions similar to those occupied by the

*différence entre les versions anglaise et française de l'art. 15(1)c) — Le sens commun des deux versions exige que l'âge de la retraite qui est en litige soit l'âge normal ou habituel au sein du secteur industriel applicable — L'existence d'une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier n'est pas requise.*

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de discrimination fondée sur l'âge déposées par les demandeurs Vilven et Kelly (les demandeurs). Tous deux pilotes auprès d'Air Canada, les demandeurs ont été contraints de quitter leur poste quand ils ont atteint l'âge de 60 ans, conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective conclue entre leur syndicat et le transporteur aérien. Leur capacité à exercer en toute sécurité leur métier de pilote ne posait aucun problème; la seule raison pour laquelle les demandeurs ont cessé de travailler était l'application des dispositions en matière de retraite obligatoire. L'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dispose que ne constitue pas un acte discriminatoire le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne « en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi ». Le Tribunal a conclu que 60 ans était l'« âge de la retraite en vigueur » pour le genre d'emploi que les demandeurs occupaient au moment de prendre leur retraite, aux termes de l'alinéa 15(1)c) et, par conséquent, que la cessation de leur emploi n'équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de la Loi.

De plus, le Tribunal a conclu que, même si l'alinéa 15(1)c) de la Loi privait les demandeurs de la chance de contester la politique de retraite obligatoire, la perte de cette chance ne portait pas atteinte à leur dignité et ne faisait pas en sorte qu'ils n'étaient pas reconnus en tant que membres à part entière de la société et, par conséquent, il ne violait pas le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

Les demandeurs et la Commission canadienne des droits de la personne ont tous trois présenté une demande de contrôle judiciaire contestant la conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'occupaient les demandeurs. Ceux-ci contestaient également la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

Les demandes ont soulevé les questions litigieuses suivantes, soit celles de savoir : 1) si le Tribunal avait commis une erreur en définissant l'« âge de la retraite en vigueur » en se méprenant sur les caractéristiques essentielles du poste des demandeurs ou en choisissant un groupe de comparaison non approprié; 2) s'il doit y avoir une règle impérative pour qu'il existe un « âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la Loi; 3) s'il y avait un « âge de la retraite



applicants at the time of their forced retirement; and (4) whether paragraph 15(1)(c) violates subsection 15(1) of the Charter.

*Held*, the applications in T-1674-07 and T-1678-07 should be allowed; the application in T-1680-07 should be dismissed.

(1) The onus was on Air Canada and Air Canada Pilots Association (ACPA) to establish that the applicants were retired in accordance with the normal age of retirement for similar positions. In assessing whether a position is “similar” to that occupied by a complainant in order to identify the “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c), the focus should be on the objective duties and functional responsibilities of the position in question rather than on the subjective perceptions of the position such as status or prestige. The Tribunal erred in its identification of the essential features of the complainants’ positions, which led it to err in its choice of comparator group, i.e. “pilots who fly with regularly scheduled, international flights ... with major international airlines.” As well, by ignoring the situation of other Canadian pilots and comparing Air Canada pilots to pilots flying for legacy carriers in other countries, the Tribunal compared the situation of individuals who enjoy the protection of the Act to those who do not. This was unreasonable. In light of the essential features of the applicants’ positions, the appropriate comparator group should have been “pilots working for Canadian airlines who fly aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace”.

(2) There is a difference between the wording of the English and French versions of paragraph 15(1)(c). While the English version speaks of a “normal” age of retirement in force for a certain type of position, the French version refers to “*la règle de l’âge de la retraite en vigueur*”. It appears that the use of the French word “*règle*” does not necessarily refer to a formal, rigid, binding rule. The English word “normal” does not, in its ordinary sense, contemplate a binding rule. In order to establish the defence provided by paragraph 15(1)(c) of the Act, the shared meaning of the English and French versions requires that the age of retirement in issue be normal, customary or standard within the relevant industry sector. The existence of a binding rule mandating retirement at a particular age is not required. Requiring so would be contrary to the intent of Parliament in enacting this provision.

en vigueur » pour les pilotes occupant un emploi semblable à celui qu’exerçaient les demandeurs à l’époque où ces derniers ont été obligés de prendre leur retraite; et 4) si l’alinéa 15(1)(c) viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

*Jugement* : les demandes dans les affaires T-1674-07 et T-1678-07 doivent être accueillies; la demande dans l’affaire T-1680-07 doit être rejetée.

1) Il incombait à Air Canada et à l’Association des pilotes d’Air Canada (APAC) d’établir que les demandeurs avaient été mis à la retraite en accord avec l’âge de la retraite en vigueur pour un emploi semblable au leur. Pour évaluer si un emploi est le « genre » occupé par un plaignant afin de déterminer l’« âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)(c), il faudrait mettre l’accent sur les tâches et les responsabilités fonctionnelles objectives de l’emploi en question plutôt que sur des perceptions subjectives au sujet de l’emploi, comme son statut ou son prestige. Le Tribunal a commis une erreur dans la façon dont il a relevé les caractéristiques essentielles des emplois qu’occupaient les plaignants, ce qui l’a ensuite amené à se tromper dans son choix d’un groupe de comparaison, c.-à-d. les « pilotes qui effectuent des vols internationaux réguliers pour une importante entreprise de transport aérien international ». De même, en faisant abstraction de la situation d’autres pilotes canadiens et en comparant les pilotes d’Air Canada à des pilotes au service de transporteurs traditionnels d’autres pays, le Tribunal a comparé la situation des personnes qui jouissent de la protection de la Loi à des personnes qui n’en jouissent pas. Ce fait était déraisonnable. Compte tenu des caractéristiques essentielles des emplois qu’occupaient les demandeurs, le bon groupe de comparaison aurait dû être celui des « pilotes au service de sociétés aériennes canadiennes et aux commandes d’aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l’espace aérien canadien et étranger ».

2) Il y a une différence entre la version anglaise et la version française de l’alinéa 15(1)(c). Alors que la version anglaise traite de l’âge « normal » de la retraite en vigueur pour un certain type de poste, la version française de la disposition fait référence à « la règle de l’âge de la retraite en vigueur ». Il semble donc que l’emploi du mot « règle » dans la version française ne fait pas nécessairement référence à une règle impérative, stricte et formelle. Le mot anglais « *normal* » n’envisage pas, dans son sens ordinaire, une règle impérative. Pour pouvoir établir la défense que prévoit l’alinéa 15(1)(c) de la Loi, le sens commun de la version anglaise et de la version française de la disposition exige que l’âge de la retraite qui est en litige soit l’âge normal ou habituel au sein du secteur industriel applicable. L’existence d’une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier n’est pas requise. Cela serait contraire à l’intention qu’avait le législateur au moment où il a adopté cette disposition.

(3) Given that paragraph 15(1)(c) refers to the normal age of retirement for “employees working in positions similar” to that occupied by a complainant, the determination of this age requires a statistical analysis of the total number count of relevant positions. At the time the applicants were forced to leave their positions at Air Canada, several Canadian airlines allowed their pilots to fly until they were 65. Nevertheless, 56.13% of Canadian airline pilots retired by the time they reached the age of 60. Despite errors in the Tribunal’s analysis, its conclusion that 60 was the normal age of retirement for employees in positions similar to those occupied by the applicants prior to their forced retirement fell within the range of possible acceptable outcomes. As the complainants were forced to retire at this age, in accordance with the mandatory retirement provisions of the collective agreement, this did not amount to a discriminatory practice within the meaning of paragraph 15(1)(c) of the Act.

That being said, the fact that almost all of the 56.13% of the Canadian airline pilots who are required to retire by age 60 fly for Air Canada did raise a concern with the airline’s ability, as the dominant industry player, to skew the analysis with its own mandatory retirement policy. While this was indeed a troubling question, it was indicative of a more fundamental problem with paragraph 15(1)(c) of the Act, which allows for discrimination to occur, as long as it is pervasive within an industry. The remedy to this problem was under section 15 of the Charter.

(4) The legislative objective underlying paragraph 15(1)(c) of the Act is to protect a long-standing employment regime, which includes pensions, job security, wages and benefits. It is clear that, at the time of its enactment, the provision was intended to create an exception to the quasi-constitutional rights otherwise provided by the Act, so as to allow for the negotiation of mandatory retirement arrangements between employers and employees, particularly through the bargaining process.

In this case, the relevant comparison to be made for the purpose of the Charter, s. 15 analysis was between older workers who exceed the normal age of retirement for their type of position, and younger workers occupying similar positions who have not reached this age. The effect of paragraph 15(1)(c) of the Act is to deny workers over the “normal age of retirement” the equal protection and benefit of the Act. This is clearly a distinction based upon an enumerated ground.

3) Étant donné que l’alinéa 15(1)c) traite de l’âge de la retraite en vigueur pour le genre d’emploi qu’occupe un plaignant, la détermination de l’âge oblige à soumettre à une analyse statistique le dénombrement total des emplois applicables. À l’époque où les demandeurs ont été forcés de quitter leur emploi chez Air Canada, plusieurs sociétés aériennes canadiennes permettaient à leurs pilotes de voler jusqu’à l’âge de 65 ans. Néanmoins, 56,13 p. 100 des pilotes de ligne canadiens prenaient leur retraite à l’âge de 60 ans. Malgré les erreurs dans l’analyse du Tribunal, sa conclusion selon laquelle 60 ans était l’âge de la retraite en vigueur pour le genre d’emploi qu’exerçaient les demandeurs avant qu’ils prennent leur retraite forcée appartenait aux issues possibles acceptables. Étant donné que les plaignants ont été obligés de prendre leur retraite à cet âge, conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective, cela ne constituait pas un acte discriminatoire au sens de l’alinéa 15(1)c) de la Loi.

Cela dit, le fait que la quasi-totalité des 56,13 p. 100 de pilotes de ligne canadiens qui sont tenus de prendre leur retraite avant l’âge de 60 ans travaillent pour Air Canada a soulevé une préoccupation relativement au fait que la ligne aérienne, en tant qu’acteur dominant de l’industrie, peut fausser l’analyse par sa propre politique en matière de retraite obligatoire. Bien qu’il s’agisse effectivement là d’une question troublante, cela dénote l’existence d’un problème plus fondamental posé par l’alinéa 15(1)c) de la Loi, qui permet de commettre des actes discriminatoires, dans la mesure où ils sont répandus au sein d’une industrie. La réparation figure à l’article 15 de la Charte.

4) L’objectif législatif qui sous-tend l’alinéa 15(1)c) de la Loi est de protéger un régime d’emploi de longue date, qui comporte des pensions, une sécurité d’emploi, des salaires et des avantages sociaux. Il ressort clairement que, à l’époque où elle a été adoptée, la disposition avait pour but de créer une exception aux droits quasi constitutionnels que prévoyait par ailleurs la Loi, de façon à ce qu’il soit possible de négocier des ententes en matière de retraite obligatoire entre les employeurs et les employés, particulièrement dans le cadre du processus de négociation collective.

En l’espèce, la comparaison appropriée pour l’application de l’article 15 de la Charte devait être faite entre les travailleurs plus âgés qui ont dépassé l’âge de la retraite en vigueur pour leur genre d’emploi et les travailleurs plus jeunes occupant un emploi semblable qui n’ont pas encore atteint l’âge de la retraite. L’alinéa 15(1)c) de la Loi a pour effet de priver les travailleurs dont l’âge est supérieur à l’« âge de la retraite en vigueur » de la même protection et du même bénéfice de la Loi. Il s’agit clairement d’une distinction fondée sur un motif énuméré.

The claimants were disadvantaged by this distinction as they were forced to leave positions they loved merely because they had reached the age of 60, without regard to their individual abilities, skills or capacities. This weighed in favour of a finding that paragraph 15(1)(c) of the Act has the effect of perpetuating a group disadvantage, suggesting a violation of subsection 15(1) of the Charter.

Paragraph 15(1)(c) draws a distinction between those who may claim the protection of the Act and those who may not, based upon the normal age of retirement for similar positions. Individuals who are involuntarily retired after reaching that age are thus deprived of protection from age discrimination, regardless of their own individual needs, circumstances or capacities. Moreover, paragraph 15(1)(c) takes no account of the needs, circumstances or capacities of older workers as a group. As there is no correspondence between the impugned law and the actual needs, circumstances and capacities of the disadvantaged group, this further favoured a finding that the provision violates the Charter.

Paragraph 15(1)(c) of the Act has no ameliorative purpose or effects that accord with subsection 15(1) of the Charter's purpose to not only prevent discrimination, but to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society. As observed by the Supreme Court in *McKinney*, legislation that has as its objective the forcible retirement of older workers in order to make way for younger workers would be in itself discriminatory. Furthermore, there is evidence suggesting that the practice of mandatory retirement has an adverse differential effect on individuals who enter the workforce later in life, namely women and immigrants. Legislation that would permit the continuation of an employment practice that can have such an adverse differential effect cannot be said to have an ameliorative purpose.

Finally, the interest at stake herein was the claimants' ability to continue to work in the career of their choice. This interest could not be overstated as employment plays a crucial role in the dignity and self-worth of an individual.

For these reasons, paragraph 15(1)(c) of the Act was found to deny older workers such as the applicants the equal protection of the law and, as such, perpetuate the group disadvantage and prejudice faced by older workers in this country. It promotes the perception that older workers such as the applicants are less worthy and less deserving of the equal protection of the law

Les demandeurs ont été désavantagés par cette distinction parce qu'ils ont été contraints de quitter un poste qu'ils appréciaient beaucoup, juste parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans, sans égard pour leurs capacités, compétences ou leurs aptitudes. Cela militait en faveur d'une conclusion selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la Loi avait pour effet de perpétuer un désavantage collectif, donnant à penser qu'il violait le paragraphe 15(1) de la Charte.

L'alinéa 15(1)c) fait une distinction entre les personnes qui peuvent se prévaloir de la protection de la Loi et celles qui ne le peuvent pas, en prenant pour base l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi occupé. Les personnes que l'on met involontairement à la retraite sont donc privées de protection contre la discrimination fondée sur l'âge, indépendamment des besoins, des circonstances ou des capacités qui leur sont propres. De plus, l'alinéa 15(1)c) ne tient aucun compte des besoins, des circonstances ou des capacités des travailleurs plus âgés en tant que groupe. Comme il n'existe aucune correspondance entre la disposition législative contestée et les besoins, les circonstances et les capacités réels du groupe désavantagé, ce facteur contextuel militait lui aussi en faveur d'une conclusion selon laquelle la disposition viole la Charte.

L'alinéa 15(1)c) de la Loi n'a pas d'objet ou d'effet apportant une amélioration qui cadre avec l'objet du paragraphe 15(1) de la Charte, qui est non seulement d'empêcher la discrimination, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême dans l'arrêt *McKinney*, une disposition législative qui a pour objectif de mettre à la retraite de force des travailleurs plus âgés afin de laisser la place à de plus jeunes travailleurs serait en soi discriminatoire. De plus, il existe une preuve dénotant que la pratique de la mise à la retraite obligatoire a un effet différent et négatif sur les personnes qui entrent sur le marché du travail plus tard dans la vie, notamment les femmes et les immigrants. On peut difficilement dire qu'une disposition législative qui autoriserait la poursuite d'une pratique d'emploi qui est susceptible d'avoir un effet différentiel défavorable a un objet d'amélioration.

Enfin, le droit en jeu était la capacité des demandeurs de continuer à travailler dans la carrière de leur choix. On ne saurait trop insister sur l'importance de ce droit parce que l'emploi joue un rôle crucial dans la dignité et l'estime de soi de la personne.

Pour ces motifs, la Cour a statué que l'alinéa 15(1)c) de la Loi prive les travailleurs plus âgés, tels que les demandeurs, de la même protection de la loi et, à ce titre, perpétue les désavantages et les préjugés dont sont collectivement victimes les travailleurs plus âgés au Canada. Cette disposition renforce la perception selon laquelle les travailleurs plus âgés comme

than are younger workers who lose their jobs for age-related reasons at an age below the normal age of retirement for a particular type of position. Moreover, the provision can only serve to perpetuate the stereotypical view that older workers are less capable or deserving of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. As a consequence, paragraph 15(1)(c) of the Act violates subsection 15(1) of the Charter.

Because of its conclusion in relation to subsection 15(1), the Tribunal did not turn its mind to whether paragraph 15(1)(c) could be justified under section 1 of the Charter. The matter was thus remitted to the Tribunal to determine whether paragraph 15(1)(c) of the Act could be so justified.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2 (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9), 3(1), 7, 9 (as am. *idem*, s. 12), 10 (as am. *idem*, s. 13(E)), 14(c), 15, 48.1(2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27), 50(2) (as am. *idem*).  
*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 14(c) (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 7).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 57 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, Column III.  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22.  
*Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).  
*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 13.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- International Civil Aviation Organization. *Annex 1 to the Convention on International Civil Aviation: Personnel Licensing*, 10th ed. Montréal: ICAO, 2006, online: <[http://www.icao.int/icaoet/anx/info/annexes\\_booklet\\_en.pdf](http://www.icao.int/icaoet/anx/info/annexes_booklet_en.pdf)>.

les demandeurs ont moins de valeur et méritent moins la même protection de la loi que les travailleurs plus jeunes qui perdent leur emploi pour des motifs liés à leur âge, à un âge inférieur à l'âge de la retraite en vigueur pour un genre d'emploi en particulier. En outre, la disposition ne peut que servir à perpétuer l'opinion stéréotypée selon laquelle les travailleurs plus âgés sont moins aptes, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne. En conséquence, l'alinéa 15(1)(c) de la Loi viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

À cause de sa conclusion concernant la question relative au paragraphe 15(1), le Tribunal ne s'est pas penché sur la question de savoir si l'alinéa 15(1)(c) pouvait se justifier au regard de l'article premier de la Charte. L'affaire a donc été renvoyée au Tribunal pour qu'il décide si l'alinéa 15(1)(c) de la Loi pouvait ainsi se justifier.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15.  
*Code des droits de la personne (1981)*, S.O. 1981, ch. 53, art. 9a).  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.  
*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2 (mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9), 3(1), 7, 9 (mod., *idem*, art. 12), 10 (mod., *idem*, art. 13(A)), 14c), 15, 48.1(2) (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27), 50(2) (mod., *idem*).  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 14c) (mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 7).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 57 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54).  
*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, art. 13.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne III.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Organisation de l'aviation civile internationale. *Annexe 1 à la Convention relative à l'aviation civile internationale : Licences du personnel*, 10<sup>e</sup> éd. Montréal : OACI, 2006, en ligne : <[http://www.icao.int/icaoet/anx/french/info/annexes\\_booklet\\_fr.pdf](http://www.icao.int/icaoet/anx/french/info/annexes_booklet_fr.pdf)>.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1, 43 C.C.E.L. (2d) 49; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1, [1989] 2 W.W.R. 289; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, 294 D.L.R. (4th) 1, [2008] 8 W.W.R. 1; *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)* (2008), 92 O.R. (3d) 16, 292 D.L.R. (4th) 623, 67 C.C.E.L. (3d) 56 (Ont. S.C.J.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, (1989), 48 C.C.C. (3d) 8, 69 C.R. (3d) 97.

## CONSIDERED:

*Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 52 O.R. (2d) 799, 23 D.L.R. (4th) 321; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, (1990), 76 D.L.R. (4th) 545, 91 CLLC 17,004; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 105, 77 D.L.R. (4th) 55; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, 221 D.L.R. (4th) 257, 100 C.R.R. (2d) 1; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, 332 N.B.R. (2d) 341, 295 D.L.R. (4th) 1; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665, 185 D.L.R. (4th) 385, 50 C.C.E.L. (2d) 247; *Campbell v. Air Canada* (1981), 2 C.H.R.R. D/602 (C.H.R.T.); *Stevenson v. Canadian Human Rights Comm.*, [1984] 2 F.C. 691, (1983), 150 D.L.R. (3d) 385, 2 C.C.E.L. 177 (C.A.); *McAllister v. Maritime Employers Association*, (1999), 172 F.T.R. 161, 99 CLLC 230-027 (F.C.T.D.); *Prior v. Canadian National Railway Company* (1983), 4 C.H.R.R. D/268 (C.H.R.T.); *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29; *Référence re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 78 A.R. 1, 38 D.L.R. (4th) 161; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, (1992), 127 A.R. 241, 95 D.L.R. (4th) 439; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, 245 D.L.R. (4th) 1, [2005] 2 W.W.R. 189; *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, 244 D.L.R. (4th) 257, 125 C.R.R. (2d) 48; *Egan v.*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)* (2008), 92 O.R. (3d) 16; 292 D.L.R. (4th) 623, 67 C.C.E.L. (3d) 56 (C.S.J. Ont.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, 332 R.N.-B (2<sup>e</sup>) 341; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Campbell c. Air Canada* (1981), DT-10-81 (T.C.D.P.); *Stevenson c. Comm. can. des droits de la personne*, [1984] 2 C.F. 691 (C.A.); *McAllister c. Association des employeurs maritimes*, [1999] A.C.F. n° 1175 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Prior c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1983), T.D. 2/83 (T.C.D.P.); *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657; *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

*Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, (1995), 124 D.L.R. (4th) 609, 95 CLLC 210-025; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769, 210 D.L.R. (4th) 193, 15 C.C.E.L. (3d) 159; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, (1997), 152 D.L.R. (4th) 1, 123 Man. R. (2d) 1; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200, 24 C.C.C. (3d) 321; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, (1997), 151 D.L.R. (4th) 577, [1998] 1 W.W.R. 50.

## REFERRED TO:

*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, (1995), 121 D.L.R. (4th) 385, 27 Admin. L.R. (2d) 1; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, (1997), 144 D.L.R. (4th) 385, 44 Admin. L.R. (2d) 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, (1992), 100 D.L.R. (4th) 658, 13 Admin. L.R. (2d) 1; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, (1992), 93 D.L.R. (4th) 346, 12 C.C.L.I. (2d) 206; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219, [1983] 1 W.W.R. 137; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, (1987), 40 D.L.R. (4th) 193, 27 Admin. L.R. 172; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, (1996), 133 D.L.R. (4th) 449, 18 B.C.L.R. (3d) 1; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, (1988), 53 D.L.R. (4th) 609, 88 CLLC 17,031; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228, 233 D.L.R. (4th) 385, [2003] CLLC 230-030; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1, 35 Man. R. (2d) 83; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, (1990), 76 D.L.R. (4th) 700, [1991] 1 W.W.R. 577; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, 302 D.L.R. (4th) 577, [2009] 2 C.N.L.R. 102; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, (1996), 31 O.R. (3d) 574, 142 D.L.R. (4th) 385; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661, 292 D.L.R. (4th) 577, 65 C.C.E.L. (3d) 1; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, 242 Nfld. & P.E.I.R. 113, 244 D.L.R. (4th) 294; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, 217

## DÉCISIONS CITÉES :

*Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des Relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A.C.-B.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002.

N.S.R. (2d) 301, 231 D.L.R. (4th) 385; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, 207 D.L.R. (4th) 193, 13 C.C.E.L. (3d) 1; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, (1992), 91 D.L.R. (4th) 491, 40 C.C.E.L. 1; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416, 26 C.C.E.L. 85; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171, [1989] 2 W.W.R. 1, 30 B.C.L.R. (2d) 1 (B.C.C.A.); *Greater Vancouver Regional District Employees' Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, 43 Admin. L.R. (3d) 12, [2002] CLLC 230-002.

## AUTHORS CITED

Black, William and Lynn Smith. "The Equality Rights", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005.

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "normal".

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Fyfe, James R. "Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada" (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.

Greschner, Donna. "Does Law Advance the Cause of Equality?" (2001), 27 *Queen's L.J.* 299.

*Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, "règle".

*Random House Webster's Unabridged Dictionary*, 2nd ed. New York: Random House, 2001, "normal".

Smith, Lynn. "Development of Equality Rights: Contribution of the Right Honourable Antonio Lamer". Paper presented at the CIAJ Annual Conference, Reasonable Accommodation and the Role of the State: A Democratic Challenge, 25–26 September 2008, unpublished.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPLICATIONS for judicial review of the Canadian Human Rights Tribunal's dismissal (2007 CHRT 36) of age-based discrimination complaints filed by applicants Vilven and Kelly on the basis that 60 was the normal age of retirement for the purpose of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, and that this provision did not violate subsection 15(1) of the Charter. Applications allowed in T-1674-07 and T-1678-07; application dismissed in T-1680-07.

## DOCTRINE CITÉE

Black, William et Lynn Smith. « The Equality Rights », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir. *Charte canadienne des droits et libertés*, 4<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005.

*Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1995, « normal ».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.

Fyfe, James R. « Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.

Greschner, Donna. « Does Law Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen's L.J.* 299.

*Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 1993, « règle ».

*Random House Webster's Unabridged Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. New York : Random House, 2001, « normal ».

Smith, Lynn. « La construction du droit à l'égalité : la contribution du Très honorable Antonio Lamer ». Communication au Congrès annuel de l'ICAJ : Accommodements raisonnables et rôle de l'État : un défi démocratique, 25 et 26 septembre 2008, non publiée.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision (2007 TCDP 36) par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de discrimination fondée sur l'âge déposées par les demandeurs Vilven et Kelly au motif que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et a conclu que cette disposition ne violait pas le paragraphe 15(1) de la Charte. Demandes accueillies dans T-1674-07 et T-1678-07; demande rejetée dans T-1680-07.

## APPEARANCES

*Raymond D. Hall and David Baker* for applicants (respondents in T-1680-07) George Vilven and Robert Neil Kelly.

*Daniel Poulin and Sulini Sarugaser* for respondent (applicant in T-1680-07) Canadian Human Rights Commission.

*Maryse Tremblay and Jennifer Black* for respondent Air Canada.

*Bruce Laughton, Q.C.* for respondent Air Canada Pilots Association.

## SOLICITORS OF RECORD

*Bakerlaw*, Toronto, for applicants (respondents in T-1680-07) George Vilven and Robert Neil Kelly.

*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, for respondent (applicant in T-1680-07) Canadian Human Rights Commission.

*Heenan Blaikie LLP*, Montréal, for respondent Air Canada.

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

## ONT COMPARU

*Raymond D. Hall et David Baker* pour les demandeurs (défendeurs dans T-1680-07) George Vilven et Robert Neil Kelly.

*Daniel Poulin et Sulini Sarugaser* pour la défenderesse (demanderesse dans T-1680-07) Commission canadienne des droits de la personne.

*Maryse Tremblay et Jennifer Black* pour la défenderesse Air Canada.

*Bruce Laughton, c.r.* pour la défenderesse Association des pilotes d'Air Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Bakerlaw*, Toronto, pour les demandeurs (défendeurs dans T-1680-07) George Vilven et Robert Neil Kelly.

*La Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la défenderesse (demanderesse dans T-1680-07) Commission canadienne des droits de la personne.

*Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL*, Montréal, pour la défenderesse Air Canada.

*Laughton & Company*, Vancouver, pour la défenderesse Association des pilotes d'Air Canada.

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Background to the complaints</u>	11
(i) Mandatory retirement at Air Canada	11
(ii) George Vilven's complaint	13
(iii) Robert Neil Kelly's complaint	19
III. <u>The human rights complaints</u>	24
IV. <u>The proceedings before the Canadian Human Rights Tribunal</u>	28
V. <u>Issues</u>	58

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Le contexte des plaintes</u>	11
i) La retraite obligatoire à Air Canada	11
ii) La plainte de George Vilven	13
iii) La plainte de Robert Neil Kelly	19
III. <u>Les plaintes relatives aux droits de la personne</u>	24
IV. <u>La procédure engagée devant le Tribunal canadien des droits de la personne</u>	28
V. <u>Les questions en litige</u>	58



VI. <u>Standard of review</u>	60	VI. <u>La norme de contrôle applicable</u>	60
VII. <u>Did the Tribunal err in defining the “normal age of retirement” for employees working in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly?</u>	75	VII. <u>Le Tribunal a-t-il commis une erreur en définissant l’« âge de la retraite en vigueur » pour les employés occupant un emploi semblable à ceux qu’exerçaient MM. Vilven et Kelly?</u>	75
(i) The <i>Canadian Human Rights Act</i>	76	i) <i>La Loi canadienne sur les droits de la personne</i>	76
(ii) Where the onus lies in relation to paragraph 15(1)(c) of the CHRA	84	ii) La partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve en rapport avec l’alinéa 15(1)c) de la LCDP	84
(iii) The characterization of Messrs. Vilven and Kelly’s positions and the choice of comparator group	87	iii) La description des emplois qu’occupaient MM. Vilven et Kelly ainsi que le choix du groupe de comparaison	87
(iv) Is a binding rule required for there to be a “normal age of retirement”?	127	iv) Doit-il y avoir une règle impérative pour qu’il existe un « âge normal de la retraite »?	127
(v) Was there a “normal age of retirement” for Canadian airline pilots?	164	v) Existait-il un « âge de la retraite en vigueur » pour les pilotes de ligne canadiens?	164
(vi) Conclusion with respect to the availability of the “normal age of retirement” defence	175	vi) La conclusion concernant la disponibilité du moyen de défense de « l’âge de la retraite en vigueur »	175
VIII. <u>Does paragraph 15(1)(c) of the CHRA violate subsection 15(1) of the Charter?</u>	184	VIII. <u>L’alinéa 15(1)c) de la LCDP viole-t-il le paragraphe 15(1) de la Charte?</u>	184
(i) Early Supreme Court of Canada jurisprudence regarding mandatory retirement	190	i) La jurisprudence de la Cour suprême du Canada au sujet de la retraite obligatoire	190
(ii) The decision in <i>Law v. Canada</i>	200	ii) L’arrêt rendu dans l’affaire <i>Law c. Canada</i>	200
(iii) The Tribunal’s decision on the Charter issue	204	iii) La décision du Tribunal sur la question de la Charte	204
(iv) The Supreme Court’s decision in <i>Kapp</i>	228	iv) L’arrêt <i>Kapp</i> de la Cour suprême	228
(v) Analysis	242	v) Analyse	242
(a) The purpose of paragraph 15(1)(c) of the CHRA	243	a) L’objet de l’alinéa 15(1)c) de la LCDP	243

(b) Does paragraph 15(1)(c) of the CHRA create a distinction based on an enumerated ground?	249	b) L'alinéa 15(1)c) de la LCDP crée-t-il une distinction fondée sur un motif énuméré?	249
(c) Does the age-related distinction contained in paragraph 15(1)(c) of the CHRA create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?	262	c) La distinction fondée sur l'âge qui figure à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP crée-t-elle un désavantage en perpétuant un préjugé ou l'application de stéréotypes?	262
(i) Pre-existing disadvantage suffered by the individual or group	265	i) Un désavantage préexistant dont l'individu ou le groupe a été victime	265
(ii) The degree of correspondence between the impugned law and the actual needs, circumstances, and capacities of the individual or group	279	ii) Le degré de correspondance entre la disposition législative contestée et les besoins, les circonstances et les capacités réels de l'individu ou du groupe	279
(iii) Does the law have an ameliorative purpose or effect?	283	iii) La disposition législative comporte-t-elle un objet ou un effet d'amélioration?	283
(iv) The nature and scope of the interest affected	291	iv) La nature et l'étendue du droit touché	291
(v) Other observations	303	v) Autres observations	303
(d) Conclusion with respect to the subsection 15(1) Charter issue	334	d) La conclusion concernant la question relative au paragraphe 15(1) de la Charte	334
IX. <u>Disposition</u>	340	IX. <u>La décision</u>	340
X. <u>Costs</u>	342	X. <u>Les dépens</u>	342

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

MACTAVISH J.:

### I. Introduction

[1] Paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* (the Act or CHRA) is an unusual provision to find in human rights legislation, in that it allows for employers to discriminate against their employees on the basis of age, as long as that discrimination is pervasive within a particular industry.

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

LA JUGE MACTAVISH :

### I. Introduction

[1] L'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (la Loi ou la LCDP) est une disposition qu'il est inusité de trouver dans une loi relative aux droits de la personne, en ce sens qu'il permet aux employeurs d'agir de façon discriminatoire contre leurs employés du fait de leur âge, tant que cette discrimination est répandue

[2] George Vilven and Robert Kelly were each forced to retire from their positions as pilots with Air Canada when they turned 60 years of age, in accordance with the mandatory retirement provisions of the collective agreement in force between their union and the airline.

[3] Human rights complaints filed by Messrs. Vilven and Kelly were dismissed by the Canadian Human Rights Tribunal [2007 CHRT 36], which found that [at paragraph 7] 60 was the “normal age of retirement” for positions similar to those that they occupied at the time of their retirement, as contemplated by paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6. As a result, the termination of their employment did not amount to a discriminatory practice within the meaning of the Act.

[4] The Tribunal also found that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* did not violate subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

[5] Mr. Vilven, Mr. Kelly, and the Canadian Human Rights Commission have each brought applications for judicial review with respect to the Tribunal’s decision. All three applications challenge the Tribunal’s finding that 60 was the normal age of retirement for positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly at the time of their retirement from Air Canada. Messrs. Vilven and Kelly have each also challenged the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* in their applications, while the Commission has not.

[6] The three applications for judicial review were heard together, and these reasons pertain to all three cases, with the proviso that the Court’s Charter analysis does not apply in relation to the Commission’s application for judicial review (file T-1680-07).

au sein d’une industrie particulière.

[2] George Vilven et Robert Kelly ont tous deux été contraints de quitter leur poste de pilote auprès d’Air Canada quand ils ont atteint l’âge de 60 ans, conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire que renferme la convention collective conclue entre leur syndicat et le transporteur aérien.

[3] Les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly ont été rejetées par le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) [2007 TCDP 36], qui a conclu [au paragraphe 7] que 60 ans était l’« âge de la retraite en vigueur » pour le genre d’emploi qu’ils occupaient au moment de prendre leur retraite, aux termes de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6. De ce fait, la cessation de leur emploi n’équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de la Loi.

[4] Le Tribunal a également conclu que l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne violait pas le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

[5] M. Vilven, M. Kelly et la Commission canadienne des droits de la personne ont tous trois présenté une demande de contrôle judiciaire concernant la décision du Tribunal. Les trois contestent la conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans est l’âge de la retraite en vigueur pour le genre d’emploi qu’occupaient MM. Vilven et Kelly au moment de prendre leur retraite d’Air Canada. MM. Vilven et Kelly contestent également la constitutionnalité de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dans leurs demandes, ce que la Commission n’a pas fait.

[6] Les trois demandes de contrôle judiciaire ont été entendues ensemble, et les présents motifs se rapportent aux trois affaires, sous réserve que l’analyse que fait la Cour de la Charte ne s’applique pas à la demande de contrôle judiciaire de la Commission (dossier T-1680-07).

[7] It should also be noted at the outset that while the applicants have raised a number of issues in their various applications for judicial review, what is *not* in issue in this case is any question relating to pilot safety. The parties agree that the fitness of individual pilots to fly is determined not by Air Canada, but by Transport Canada, as part of its pilot licensing regime. If, after an individualized assessment, Transport Canada determines that an individual is no longer fit to fly, then that individual will not receive a pilot's licence.

[8] For the reasons that follow, I find that while the Tribunal made errors in relation to its "normal age of retirement" analysis, its conclusion that 60 was the normal age of retirement for pilots in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly was reasonable. Consequently, the Canadian Human Rights Commission's application for judicial review will be dismissed.

[9] However, the Tribunal erred in its analysis of the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*. The statutory provision violates subsection 15(1) of the Charter, as it denies the equal protection and equal benefit of the law to workers over the normal age of retirement for similar positions. In so doing, paragraph 15(1)(c) has the effect of perpetuating the group disadvantage and prejudice faced by older workers by promoting the perception that such individuals are less worthy and less deserving of the protection of the law.

[10] As a consequence, Messrs. Vilven and Kelly's applications for judicial review will be allowed, the decision of the Canadian Human Rights Tribunal will be set aside, insofar as it relates to the Charter issue, and the matter will be remitted to the Tribunal for further consideration in accordance with these reasons.

## II. Background to the complaints

### (i) Mandatory retirement at Air Canada

[7] Il convient également de noter au départ que, même si les demandeurs ont soulevé un certain nombre de questions dans leurs diverses demandes de contrôle judiciaire, aucune question relative à la sécurité des pilotes n'est en litige en l'instance. Les parties conviennent que ce n'est pas Air Canada qui détermine l'aptitude de chaque pilote à voler, mais Transports Canada, dans le cadre de son régime d'octroi de licences de pilote. Si, après une évaluation individualisée, Transports Canada estime qu'une personne n'est plus apte à piloter, cette personne-là ne recevra pas de licence.

[8] Pour les motifs qui suivent, je conclus que, même si le Tribunal a commis quelques erreurs par rapport à son analyse de l'« âge de la retraite en vigueur », sa conclusion selon laquelle 60 ans est l'âge de la retraite en vigueur pour les pilotes exerçant un emploi semblable à celui qu'occupaient MM. Vilven et Kelly est raisonnable. La demande de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne sera donc rejetée.

[9] Cependant, le Tribunal a commis une erreur dans son analyse relative à la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette disposition législative viole le paragraphe 15(1) de la Charte, car elle prive les travailleurs de la même protection et du même bénéfice de la loi au-delà de l'âge de la retraite en vigueur pour le même genre d'emploi. Ce faisant, l'alinéa 15(1)c) a pour effet de perpétuer les désavantages et les préjugés auxquels font collectivement face les travailleurs plus âgés en renforçant la perception selon laquelle ces personnes sont moins dignes et méritent moins d'être protégées par la loi.

[10] En conséquence, les demandes de contrôle judiciaire de MM. Vilven et Kelly seront accueillies, la décision du Tribunal canadien des droits de la personne sera infirmée, dans la mesure où cette décision se rapporte à la question relative à la Charte, et l'affaire sera renvoyée au Tribunal pour plus ample examen, conformément aux présents motifs.

## II. Le contexte des plaintes

### i) La retraite obligatoire à Air Canada

[11] Mandatory retirement for pilots at Air Canada began as a company policy. Since 1957, the Air Canada pension plan has stipulated that 60 is the compulsory age of retirement for pilots. As of the early 1980s, provisions mandating retirement at age 60 have been included as part of the collective agreement in force between Air Canada and its pilots' union. Since 1995, Air Canada pilots have been represented by the Air Canada Pilots Association (ACPA).

[12] Shortly before the Tribunal hearing regarding Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints was to begin, ACPA held a referendum on the mandatory retirement issue, with 75% of its members voting in favour of retaining mandatory retirement for Air Canada pilots.

(ii) George Vilven's complaint

[13] George Vilven was hired as a pilot in training by Air Canada in May of 1986. Shortly thereafter, he qualified as a second officer on Boeing 727 aircraft, and began flying from a base in Winnipeg. As a result of his seniority, Mr. Vilven was subsequently able to bid for a position as a first officer on Boeing 727 aircraft. After receiving the necessary training, Mr. Vilven qualified as a first officer in January of 1990.

[14] Over the ensuing years, Mr. Vilven relocated to Toronto, and was later able to use his seniority to transfer his base from Toronto to Vancouver. He was also able to bid on a succession of higher status and higher paying positions as a first officer on larger and larger aircraft. In his last position with Air Canada, Mr. Vilven was flying as a first officer on Airbus 340 aircraft.

[15] Mr. Vilven turned 60 on August 30, 2003. In accordance with the mandatory retirement provisions of the collective agreement, Mr. Vilven was required to retire on the first day of the month following his 60th birthday—namely September 1, 2003.

[11] Chez Air Canada, la mise à la retraite obligatoire des pilotes a vu le jour sous la forme d'une politique de la société. Depuis 1957, le régime de retraite de ce transporteur aérien prescrit que, pour les pilotes, 60 ans est l'âge obligatoire de la retraite. Depuis le début des années 1980, des dispositions prévoyant la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans sont incluses dans la convention collective conclue entre Air Canada et le syndicat représentant ses pilotes. Depuis 1995, ces derniers sont représentés par l'Association des pilotes d'Air Canada (APAC).

[12] Peu avant que le Tribunal entende les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly, l'APAC a tenu un référendum sur la question de la retraite obligatoire : 75 p. 100 de ses membres se sont prononcés en faveur du maintien de la retraite obligatoire pour les pilotes d'Air Canada.

ii) La plainte de George Vilven

[13] George Vilven a été embauché par Air Canada à titre de pilote stagiaire en mai 1986. Peu de temps après, il a rempli les conditions requises pour occuper un poste de second officier à bord du Boeing 727, et il a commencé à faire des vols à partir d'une base située à Winnipeg. Grâce à son ancienneté, M. Vilven a par la suite pu solliciter un poste de premier officier à bord du Boeing 727. Après avoir suivi la formation nécessaire, M. Vilven a accédé au poste de premier officier en janvier 1990.

[14] Au cours des années qui ont suivi, M. Vilven a déménagé à Toronto et il a plus tard pu se prévaloir de son ancienneté pour déplacer son lieu de base de Toronto à Vancouver. Il a pu aussi solliciter une succession de postes de statut supérieur et mieux rémunérés à titre de premier officier à bord d'aéronefs de plus en plus gros. Dans le cadre du dernier poste qu'il a occupé chez Air Canada, M. Vilven pilotait, à titre de premier officier, un Airbus 340.

[15] M. Vilven a atteint l'âge de 60 ans le 30 août 2003. Conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective, il a dû prendre sa retraite le premier jour du mois suivant son 60<sup>e</sup> anniversaire, soit le 1<sup>er</sup> septembre 2003.

[16] There is no suggestion that there were any job performance problems or medical fitness issues with respect to Mr. Vilven. Indeed, it is common ground that the sole reason for the termination of his employment with Air Canada was the application of the mandatory retirement provisions of the collective agreement in effect between Air Canada and ACPA.

[17] Based upon his years of service with Air Canada, together with his pre-employment military service, Mr. Vilven received pension benefits of \$6 094.04 per month until he turned 65, and will receive \$5 534.33 per month from age 65 until his death.

[18] After leaving his employment with Air Canada, Mr. Vilven was able to continue his career in aviation. He flew with Flair Airlines from April of 2005 until May of 2006, when he ceased flying in order to prepare for his hearing before the Canadian Human Rights Tribunal. At the time of the Tribunal hearing, Mr. Vilven continued to hold a valid Canadian Air Transport Pilot's Licence.

(iii) Robert Neil Kelly's complaint

[19] Robert Neil Kelly was hired by Air Canada as a DC-8 second officer in September of 1972. Using his seniority, he was able to qualify as a Captain in 1992, flying as the pilot-in-command of various types of aircraft. At the time of his retirement from Air Canada, Mr. Kelly was flying as the captain and pilot-in-command of an Airbus 340.

[20] The term "pilot-in-command" should not be confused with that of "captain". Pilot positions at Air Canada include captains, first officers and relief pilots. The "International Standards on Personnel Licensing" promulgated by the International Civil Aviation Organization (ICAO), the United Nations organization charged with fostering civil aviation safety, requires that one pilot on each flight be designated as the pilot-in-command of the flight: see the International Civil Aviation Organization, International Standards and Recommended Practices, *Annex 1 to the Convention on International*

[16] Rien ne laisse croire que M. Vilven avait des problèmes de rendement au travail ou de santé. En fait, il n'est pas contesté que le seul motif de la cessation de son emploi auprès d'Air Canada a été l'application des dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC.

[17] Compte tenu de ses années de service auprès d'Air Canada, de pair avec ses années de service militaire antérieures à son embauche, M. Vilven a reçu des prestations de retraite de 6 094,04 \$ par mois jusqu'à l'âge de 65 ans, et il touchera ensuite, jusqu'à son décès, la somme de 5 534,33 \$ par mois.

[18] Après avoir quitté l'emploi qu'il occupait chez Air Canada, M. Vilven a pu poursuivre sa carrière dans le domaine de l'aviation. Il a travaillé comme pilote chez Flair Airlines d'avril 2005 à mai 2006, date à laquelle il a cessé de piloter afin de se préparer à l'audience tenue devant le Tribunal canadien des droits de la personne. À l'époque où cette audience a eu lieu, M. Vilven était toujours détenteur d'une licence canadienne de pilote de ligne.

iii) La plainte de Robert Neil Kelly

[19] Robert Neil Kelly a été embauché par Air Canada à titre de second officier de DC-8 en septembre 1972. En se prévalant de son ancienneté, il a pu accéder au poste de capitaine en 1992, et il a piloté divers types d'appareil à titre de commandant de bord. À l'époque où il a pris sa retraite d'Air Canada, M. Kelly pilotait un Airbus 340 à titre de capitaine et de pilote-commandant de bord.

[20] Il ne faut pas confondre le titre de « pilote-commandant de bord » avec celui de « capitaine ». Chez Air Canada, les postes de pilote comprennent ceux de capitaine, de premier officier et de pilote de relève. Les « normes internationales sur les licences du personnel » qui sont promulguées par l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) — l'organisation des Nations Unies qui est chargée de promouvoir la sécurité dans le domaine de l'aviation civile — exigent qu'à chaque vol un pilote soit désigné comme pilote-commandant de bord : voir Normes et pratiques

*Civil Aviation: Personnel Licensing* (Montréal: ICAO, 2006). Although the captain of an aircraft will ordinarily be the pilot-in-command, this is not necessarily the case.

[21] Mr. Kelly turned 60 on April 30, 2005. In accordance with the mandatory retirement provisions of the collective agreement, Mr. Kelly was forced to retire from Air Canada on May 1, 2005. As was the case with Mr. Vilven, there was no issue as to Mr. Kelly's capacity to fly safely, and the parties agree that the only reason for the termination of Mr. Kelly's employment with Air Canada was the application of the mandatory retirement provisions found in the governing collective agreement.

[22] In accordance with the pension option that he selected, Mr. Kelly will receive \$10 233.96 in pension benefits each month until he turns 65, and \$9 477.56 per month thereafter until his death.

[23] Like Mr. Vilven, Mr. Kelly was able to continue flying after leaving Air Canada. He initially worked on contract as a first officer with Skyservice Airlines, flying Boeing 757s and 767s. At the time of the Tribunal hearing, Mr. Kelly continued to hold a valid Canadian Air Transport Pilot's Licence, and was working on contract with Skyservice as a captain and pilot-in-command, flying routes, including international routes, on Boeing 757s.

### III. The human rights complaints

[24] Mr. Vilven filed his complaint against Air Canada with the Canadian Human Rights Commission in August of 2004. He asserted that in forcing him to retire at age 60, Air Canada violated sections 7 and 10 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 13(E)] of the *Canadian Human Rights Act*. A copy of the relevant statutory provisions is attached as an appendix to these reasons.

[25] In contrast, Mr. Kelly's human rights complaint was brought against both Air Canada and ACPA, and

recommandées internationales, *Annexe 1 à la Convention relative à l'aviation civile internationale : Licences du personnel* (Montréal : OACI, 2006). Le capitaine d'un aéronef est en général le pilote-commandant de bord, mais ce n'est pas nécessairement le cas.

[21] M. Kelly a atteint l'âge de 60 ans le 30 avril 2005. Conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective, il a dû prendre sa retraite d'Air Canada le 1<sup>er</sup> mai 2005. À l'instar de M. Vilven, la capacité de M. Kelly à exercer en toute sécurité son métier de pilote ne posait aucun problème, et les parties s'accordent pour dire que la seule raison pour laquelle M. Kelly a cessé de travailler pour Air Canada est l'application des dispositions en matière de retraite obligatoire figurant dans la convention collective en vigueur.

[22] Conformément à l'option de retraite qu'il a choisie, M. Kelly touchera des prestations de retraite de 10 233,96 \$ par mois jusqu'à l'âge de 65 ans et, par la suite, jusqu'à son décès, la somme de 9 477,56 \$ par mois.

[23] Tout comme M. Vilven, M. Kelly a pu continuer de piloter après son départ d'Air Canada. Il a d'abord travaillé à forfait comme premier officier auprès de Skyservice Airlines, où il a piloté des Boeing 757 et 767. À l'époque de l'audience du Tribunal, M. Kelly détenait toujours une licence canadienne de pilote de ligne valide et il travaillait à forfait pour Skyservice à titre de capitaine et de pilote-commandant de bord de Boeing 757 sur divers itinéraires, dont des itinéraires internationaux.

### III. Les plaintes relatives aux droits de la personne

[24] C'est en août 2004 que M. Vilven a déposé sa plainte contre Air Canada auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Il prétendait qu'en l'obligeant à prendre sa retraite à l'âge de 60 ans, Air Canada violait les articles 7 et 10 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 13(A)] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Une copie des dispositions législatives applicables est annexée aux présents motifs.

[25] Par contraste, la plainte relative aux droits de la personne de M. Kelly visait à la fois Air Canada et

was filed with the Commission on March 31, 2006. His complaint alleged discrimination on the basis of age, contrary to the provisions of sections 7, 9 [as am. *idem*, s. 12] and 10 of the Act.

[26] Both complaints were referred to the Canadian Human Rights Tribunal by the Commission, and the two cases were heard together at a single hearing.

[27] In the course of the parties' oral submissions, I was advised that there are some 58 additional human rights complaints brought by former Air Canada pilots now pending before the Tribunal. The hearings into these complaints are evidently on hold, pending receipt of the Court's decision in this matter.

#### IV. The proceedings before the Canadian Human Rights Tribunal

[28] The hearing into Messrs. Vilven and Kelly's complaints was held over some 11 days, before a three-person panel of the Canadian Human Rights Tribunal. The two complaints were joined, and ACPA was granted "interested party" status before the Tribunal in relation to Mr. Vilven's complaint. The Tribunal also granted interested party status to the "Fly Past 60 Coalition", a group of current and former Air Canada pilots who are united in their goal of eliminating the mandatory retirement age at Air Canada.

[29] In advance of the Tribunal hearing, the Fly Past 60 Coalition filed a notice of constitutional question, challenging the constitutionality of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* on the basis that it violated subsection 15(1) of the Charter. Paragraph 15(1)(c) of the Act provides that it is not a discriminatory practice if an individual's employment is terminated "because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual."

[30] As was noted earlier, the Canadian Human Rights Tribunal dismissed Mr. Vilven's and Mr. Kelly's complaints, finding that age 60 was the normal age of

l'APAC, et elle a été déposée auprès de la Commission le 31 mars 2006. Sa plainte alléguait une discrimination fondée sur l'âge, ce qui est contraire aux dispositions des articles 7, 9 [mod., *idem*, art. 12] et 10 de la Loi.

[26] Les deux plaintes ont été renvoyées par la Commission au Tribunal canadien des droits de la personne, et les deux affaires ont été entendues ensemble dans le cadre d'une même audience.

[27] Lors des observations orales des parties, on m'a informée que le Tribunal est actuellement saisi de quelque 58 autres plaintes relatives aux droits de la personne de la part d'anciens pilotes d'Air Canada. Les audiences relatives à ces plaintes sont de toute évidence en suspens, en attendant que la Cour se prononce sur la présente affaire.

#### IV. La procédure engagée devant le Tribunal canadien des droits de la personne

[28] L'audition des plaintes de MM. Vilven et Kelly a duré environ 11 jours, devant une formation, composée de trois personnes, du Tribunal canadien des droits de la personne. Les deux plaintes ont été regroupées et l'APAC s'est vue accorder le statut de « partie intéressée » devant le Tribunal par rapport à la plainte de M. Vilven. Le Tribunal a également accordé ce statut à la « Fly Past 60 Coalition », un groupe formé de pilotes actuels ou d'anciens pilotes d'Air Canada qui se sont regroupés dans le but de faire abolir l'âge obligatoire de la retraite chez Air Canada.

[29] Avant l'audience du Tribunal, la Fly Past 60 Coalition a déposé un avis de question constitutionnelle contestant la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, au motif que cette disposition violait le paragraphe 15(1) de la Charte. Aux termes de l'alinéa 15(1)c) de la Loi, ne constitue pas un acte discriminatoire le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne « en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi ».

[30] Comme il a été mentionné précédemment, le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de M. Vilven et de M. Kelly, concluant que



retirement for persons working in positions similar to those of the complainants at the operative time. The Tribunal also found that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* did not contravene subsection 15(1) of the Charter.

[31] In concluding that age 60 was the normal age of retirement for persons working in positions similar to those of Messrs. Vilven and Kelly, the Tribunal started by observing that Canada has no maximum licensing age for airline pilots. To be licensed, pilots must successfully pass a medical examination approved by Transport Canada. Pilots under the age of 40 must undergo a medical examination once a year, whereas pilots over 40 must undergo a medical examination twice each year.

[32] The Tribunal then considered where the burden of proof lay in relation to paragraph 15(1)(c) of the Act. That is, the Tribunal asked itself whether it was up to complainants to demonstrate that they had not reached the normal age of retirement for positions of the type that they had occupied, or whether it was up to Air Canada and ACPA to show that 60 was indeed the normal age of retirement for the purposes of the statutory provision. The Tribunal concluded that the onus lay on Air Canada and ACPA to show that 60 was the normal age of retirement for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the Act.

[33] In coming to this conclusion, the Tribunal had regard to the decision in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, where the Supreme Court of Canada held that the burden was on a complainant to establish a *prima facie* case of discrimination.

[34] According to the Supreme Court, a *prima facie* case of discrimination is one that covers the allegations made, and which, if believed, is complete and sufficient for a decision in favour of the complainant, in the absence of a reasonable answer from the respondent. Once a *prima facie* case of discrimination has been established by a complainant, the burden then shifts to the respondent to provide a reasonable explanation for the conduct in issue.

60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les personnes occupant le genre d'emploi qu'exerçaient les plaignants à l'époque en cause. Il a également conclu que l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte.

[31] En concluant que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'occupaient MM. Vilven et Kelly, le Tribunal a tout d'abord fait remarquer que, pour les pilotes de ligne, le Canada n'a pas fixé d'âge maximal pour l'obtention d'une licence. Pour obtenir leur licence, les pilotes doivent réussir un examen médical approuvé par Transports Canada. Les pilotes âgés de moins de 40 ans doivent subir un examen médical une fois par année, tandis que ceux qui ont plus de 40 ans doivent en subir un deux fois par année.

[32] Le Tribunal a ensuite examiné à qui incombait le fardeau de la preuve par rapport à l'alinéa 15(1)c) de la Loi. C'est-à-dire qu'il s'est demandé s'il appartenait aux plaignants de faire la preuve qu'ils n'avaient pas atteint l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'ils occupaient, ou s'il revenait à Air Canada et à l'APAC de prouver que 60 ans était effectivement l'âge de la retraite pour l'application de la disposition législative. Le Tribunal a conclu que c'était à Air Canada et à l'APAC d'établir que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

[33] Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal a pris en considération l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, où la Cour suprême du Canada a décrété qu'il incombait au plaignant d'établir une preuve *prima facie* de discrimination.

[34] Selon la Cour suprême, une preuve *prima facie* de discrimination est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur du plaignant, en l'absence de réplique raisonnable de la part de l'intimé. Une fois que la preuve *prima facie* de discrimination a été établie par un plaignant, c'est alors à l'intimé qu'il incombe de fournir une explication raisonnable.

[35] As the Tribunal noted, it is the respondent that will ordinarily be in possession of the necessary information to respond to the *prima facie* case. Indeed, in this case, Mr. Vilven testified as to the significant difficulties he had encountered in trying to assemble information with respect to retirement ages and mandatory retirement policies at other airlines in Canada and around the world. In contrast, with some effort, Air Canada was able to obtain a considerable amount of data with respect to the retirement policies and retirement ages for airlines around the world.

[36] Having regard to the remedial nature of the legislation, the Tribunal was satisfied that the goals of the *Canadian Human Rights Act* were best attained by placing the onus on employers to demonstrate that their employees were retired in accordance with the normal age of retirement for similar positions.

[37] Given that there was no question but that the employment of Messrs. Vilven and Kelly had been terminated because they had reached 60 years of age, the Tribunal was satisfied that a *prima facie* case of discrimination contrary to the provisions of section 7 of the *Canadian Human Rights Act* had been established against Air Canada in each case.

[38] The Tribunal was also satisfied that a *prima facie* case of discrimination contrary to paragraph 10(b) of the *Canadian Human Rights Act* had been made out as against Air Canada and ACPA. This provision makes it a discriminatory practice for an employer or employee organization to enter into an agreement that deprives an individual of an employment opportunity on a prohibited ground. In light of the mandatory retirement provisions of the Air Canada/ACPA collective agreement, the Tribunal found that there had been a *prima facie* breach of this statutory provision as well.

[39] The Tribunal further found that ACPA had agreed to the inclusion of the mandatory retirement provision in the collective agreement. Given that section 9 of the Act makes it a discriminatory practice for an employee

[35] Comme l'a signalé le Tribunal, c'est habituellement l'intimé qui a en main les informations nécessaires pour répliquer à la preuve *prima facie*. En fait, en l'espèce, M. Vilven a fait état des difficultés considérables auxquelles il s'était heurté en essayant d'obtenir des informations sur les politiques en matière d'âge de la retraite et de retraite obligatoire qu'appliquent d'autres transporteurs aériens au Canada et ailleurs dans le monde. Par contraste, avec un peu d'efforts, Air Canada est parvenue à obtenir une quantité considérable d'informations sur les politiques de retraite et les âges de la retraite qu'appliquent des transporteurs aériens du monde entier.

[36] En ce qui concerne la nature réparatrice de la Loi, le Tribunal s'est dit persuadé que la meilleure façon d'atteindre les objectifs de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était d'imposer aux employeurs le fardeau d'établir que leurs employés avaient été mis à la retraite conformément à l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi que ces derniers occupaient.

[37] Étant donné qu'il n'y avait aucun doute que l'on avait mis fin à l'emploi de MM. Vilven et Kelly parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans, le Tribunal s'est dit convaincu qu'une preuve *prima facie* de discrimination contraire aux dispositions de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avait été établie dans chaque cas contre Air Canada.

[38] Le Tribunal s'est dit également convaincu qu'une preuve *prima facie* de discrimination contraire à l'alinéa 10b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avait été établie contre Air Canada et l'APAC. Selon cette disposition, il est discriminatoire pour une organisation patronale ou syndicale de conclure une entente qui, pour un motif de distinction illicite, est susceptible d'annihiler les chances d'emploi d'un individu. Au vu des dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC, le Tribunal a conclu qu'il y avait eu également violation *prima facie* de cette disposition législative.

[39] Le Tribunal a par ailleurs conclu que l'APAC avait souscrit à l'inclusion de la disposition relative à la retraite obligatoire dans la convention collective. Étant donné que, aux termes de l'article 9 de la Loi, il est

organization to act in a way that would deprive an individual of an employment opportunity, the Tribunal concluded that a *prima facie* case against the union had also been established in relation to the section 9 complaint asserted in Mr. Kelly's case.

[40] As a consequence, the Tribunal held that the burden shifted to Air Canada and ACPA to demonstrate that 60 was indeed the normal age of retirement for pilots in similar positions.

[41] In this regard, the Tribunal observed that the term "normal age of retirement" in paragraph 15(1)(c) is identified in relation to "employees working in positions similar to the position of the individual" who filed the complaint. This led the Tribunal to ask itself two questions: firstly, "What is the proper comparator group to identify the positions that are similar to that occupied by the complainants?" and secondly, "What is the normal age of retirement?"

[42] In relation to the first question, the Tribunal rejected ACPA's submission that it should limit its consideration to individuals occupying positions with airlines within Canadian federal jurisdiction. The Tribunal noted that using Canadian airline pilots as the proper comparator group would result in Air Canada setting the industrial norm, because of its dominance in Canada's airline industry. This in turn would allow Air Canada to effectively determine the application of paragraph 15(1)(c) of the Act as it relates to the airline industry in this country.

[43] In the Tribunal's view, in choosing the appropriate comparator group, the proper approach was to identify the essential features of the positions in question. In this regard, the Tribunal was of the view that no differentiation should be made between pilots working as captains, and those working as first officers. While noting that captains have ultimate control over the aircraft, in the Tribunal's view, the two positions were otherwise very similar.

discriminatoire pour une organisation syndicale d'agir d'une manière qui annihilerait les chances d'emploi d'un individu, le Tribunal a conclu qu'une preuve *prima facie* contre le syndicat avait elle aussi été établie par rapport à la plainte fondée sur l'article 9 que M. Kelly avait déposée.

[40] Le Tribunal a donc conclu qu'il incombait, dans ce cas, à Air Canada et à l'APAC de faire la preuve que 60 ans était bel et bien l'âge de la retraite en vigueur pour des pilotes occupant un emploi semblable.

[41] À cet égard, le Tribunal a fait remarquer que l'expression « âge de la retraite » à l'alinéa 15(1)c) est employée avec l'expression « en vigueur pour ce genre d'emploi », soit le genre d'emploi que détient l'auteur de la plainte. Cela a amené le Tribunal à se poser deux questions : premièrement, « [q]uel est le groupe de comparaison approprié pour ce qui est d'établir le genre d'emploi que détenaient les plaignants? » et, deuxièmement, « [q]uel est l'âge de la retraite? ».

[42] Pour ce qui est de la première question, le Tribunal a rejeté l'argument de l'APAC selon lequel il devrait limiter son examen aux personnes occupant un poste auprès de transporteurs aériens relevant de la compétence fédérale canadienne. Au dire du Tribunal, le fait d'employer les pilotes de ligne canadiens comme groupe de comparaison approprié aurait pour résultat que ce serait Air Canada qui fixerait la norme applicable dans l'industrie en raison de la position dominante qu'elle occupe dans l'industrie du transport aérien au Canada. Par ricochet, cela permettrait à Air Canada de décider en pratique de l'application de l'alinéa 15(1)c) de la Loi par rapport à l'industrie aérienne au Canada.

[43] De l'avis du Tribunal, pour choisir le groupe de comparaison approprié, la bonne solution consistait à déterminer les caractéristiques essentielles des postes en question. À cet égard, il a exprimé l'avis qu'il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre les pilotes occupant un poste de capitaine et ceux qui occupaient un poste de premier officier. Tout en signalant que les capitaines exercent un contrôle ultime sur l'aéronef, ces deux postes, selon le Tribunal, étaient, sans cela, fort semblables.

[44] Based upon the evidence of Messrs. Vilven and Kelly, the Tribunal determined [at paragraph 55] that the appropriate comparator group was “pilots who fly with regularly scheduled, international flights with ... major international airlines.”

[45] Insofar as the determination of the normal age of retirement was concerned, the Tribunal had regard to the wording of both the English and French versions of paragraph 15(1)(c), which provide that:

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

...

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

[46] The Tribunal observed that one could use either a normative or an empirical approach in determining the normal age of retirement for similar positions within a given industry. In this regard, the Tribunal found that the French version of paragraph 15(1)(c) suggested the use of a normative approach, in light of the reference to “the application of a rule in force for this type of job” (the Tribunal’s translation [at paragraph 56]). According to the Tribunal, this normative approach asks one to search for the existence of a rule governing the maximum age of retirement in the airline industry.

[47] The Tribunal found just such a rule in the International Standards on Personnel Licensing prescribed by ICAO. Under the ICAO standards in effect at the time of the retirements of Messrs. Vilven and Kelly, contracting states (including Canada) were not to permit anyone to act as pilots-in-command of aircraft engaged in international air transport operations if the individual had reached his or her 60th birthday. ICAO also recommended, but did not require, that individuals not be permitted to co-pilot aircraft engaged in international air transport operations, if the individual was over the age of 60.

[44] S’appuyant sur la preuve de MM. Vilven et Kelly, le Tribunal a décidé [au paragraphe 55] que le groupe de comparaison approprié était les « pilotes qui effectuent des vols internationaux réguliers pour une importante entreprise de transport aérien international ».

[45] Pour ce qui est de la détermination de l’âge de la retraite en vigueur, le Tribunal a tenu compte du libellé des versions anglaise et française de l’alinéa 15(1)c), dont le texte est le suivant :

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

[...]

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

[46] Le Tribunal a fait remarquer que, pour déterminer l’âge de la retraite en vigueur pour des emplois semblables au sein d’une industrie donnée, il était possible de recourir à une approche soit normative, soit empirique. À cet égard, il a conclu que la version française de l’alinéa 15(1)c) dénotait un recours à une approche normative, compte tenu du passage suivant : « en appliquant la règle de l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi ». Selon le Tribunal, cette approche normative exige que l’on cherche une règle régissant l’âge maximal de la retraite dans l’industrie du transport aérien.

[47] Le Tribunal a trouvé justement une telle règle dans les normes internationales sur les licences du personnel, prescrites par l’OACI. Selon les normes de l’OACI qui étaient en vigueur à l’époque de la mise à la retraite de MM. Vilven et Kelly, il était interdit aux États contractants (dont le Canada faisait partie) de permettre à quiconque d’agir comme pilote-commandant d’un aéronef prenant part à des activités de transport aérien international si cette personne avait atteint son 60<sup>e</sup> anniversaire. L’OACI recommandait aussi, mais sans l’exiger, qu’il soit interdit aux personnes âgées de plus de 60 ans de travailler comme copilote dans le cadre d’activités de transport aérien international.

[48] Although not relevant to these complaints, it bears noting that since the time of Messrs. Vilven and Kelly's retirement, these standards have been amended to allow pilots to continue to fly in international airspace as pilots-in-command until age 65. The ICAO recommendations with respect to co-pilots now also refer to 65 as the relevant age.

[49] In the Tribunal's view, the ICAO standards qualified as a rule or standard within the meaning of paragraph 15(1)(c), as they governed the same community of major international carriers that the Tribunal had chosen as comparators to determine "positions similar" to those of Messrs. Vilven and Kelly. In this regard, the Tribunal did not distinguish between the mandatory rule governing pilots-in-charge, and the recommended practice with respect to co-pilots.

[50] The Tribunal also considered what the result would be if the empirical approach were used to determine the normal age of retirement. In this regard, the Tribunal examined the statistical evidence with respect to retirement ages for commercial airline pilots, both in Canada and around the world. The Tribunal concluded [at paragraph 60] that no Canadian airline other than Air Canada would qualify as a "major international carrier". As a consequence, the statistical evidence with respect to retirement ages at these airlines could not be considered in determining what the normal age of retirement was for positions similar to those of Messrs. Vilven and Kelly.

[51] The Tribunal found that complete data was available for 10 major international airlines, collectively employing some 25 308 pilots. During the 2003–2005 period, 80% of pilots working for these airlines were required to retire at age 60 or younger. This led the Tribunal to conclude that 60 was the retirement age for the majority of positions similar to those of Messrs. Vilven and Kelly, and was thus the "normal age of retirement" for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

[48] Ceci n'est pas pertinent à l'égard des plaintes dont il est question en l'espèce, mais il vaut la peine de signaler que depuis la mise à la retraite de MM. Vilven et Kelly, ces normes ont été modifiées pour permettre aux pilotes de continuer d'exercer leur métier dans l'espace aérien international à titre de pilotes-commandants de bord jusqu'à l'âge de 65 ans. Les recommandations de l'OACI au sujet des copilotes font maintenant aussi état de 65 ans comme étant l'âge applicable.

[49] De l'avis du Tribunal, les normes de l'OACI pouvaient être considérées comme une règle ou une norme au sens de l'alinéa 15(1)c), car elles régissaient le même groupe de grands transporteurs internationaux que le Tribunal avait choisis comme éléments de comparaison pour déterminer les « emplois semblables » à ceux qu'occupaient MM. Vilven et Kelly. À cet égard, le Tribunal n'a pas fait de distinction entre la règle impérative concernant les pilotes-commandants de bord, et la pratique recommandée au sujet des copilotes.

[50] Le Tribunal a également analysé quel serait le résultat si l'on recourait à l'approche empirique pour déterminer l'âge de la retraite. À ce sujet, il a examiné les preuves statistiques concernant l'âge de la retraite pour les pilotes de transporteurs aériens commerciaux, tant au Canada qu'ailleurs dans le monde. Il a conclu [au paragraphe 60] qu'aucun transporteur aérien canadien autre qu'Air Canada ne serait considéré comme une « importante entreprise de transport aérien international ». De ce fait, les preuves statistiques concernant l'âge de la retraite au sein de ces entreprises aériennes ne pouvaient pas être prises en considération pour déterminer quel était l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'occupaient MM. Vilven et Kelly.

[51] Le Tribunal a conclu que l'on disposait de données complètes pour 10 grandes sociétés aériennes internationales, employant collectivement quelque 25 308 pilotes. Au cours de la période de 2003–2005, 80 p. 100 des pilotes travaillant pour ces sociétés ont été obligés de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans ou plus tôt. Ce fait a amené le Tribunal à conclure que 60 ans était l'âge de la retraite pour la majorité des emplois semblables à ceux qu'occupaient MM. Vilven et Kelly, et qu'il s'agissait donc de l'« âge de la retraite en vigueur » pour

l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[52] As a result, the Tribunal found that Air Canada's mandatory retirement policy did not amount to a discriminatory practice within the meaning of the Act.

[52] Le Tribunal a ainsi conclu que la politique de retraite obligatoire d'Air Canada ne constituait pas un acte discriminatoire au sens de la Loi.

[53] The Tribunal then turned to consider whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* violated subsection 15(1) of the Charter, which provides that "[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on ... age".

[53] Le Tribunal a ensuite entrepris d'analyser si l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* violait le paragraphe 15(1) de la Charte, lequel dispose que « [l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur [...] l'âge ».

[54] The Tribunal started its analysis with a consideration of the Supreme Court of Canada's decisions in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 and *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451. The Tribunal noted that in *McKinney*, the Supreme Court had determined that a statutory provision very similar to paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, namely paragraph 9(a) of the *Ontario Human Rights Code, 1981* [S.O. 1981, c. 53], violated subsection 15(1) of the Charter, as it deprived individuals of a benefit under the Code on the basis of an enumerated ground.

[54] Le Tribunal a débuté son analyse par un examen de deux arrêts de la Cour suprême du Canada : *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451. Il a signalé que, dans *McKinney*, la Cour suprême avait décidé qu'une disposition législative fort semblable à l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, soit l'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne (1981)* [S.O. 1981, ch. 53] de l'Ontario, violait le paragraphe 15(1) de la Charte, car elle privait les individus d'un bénéfice en vertu du Code pour un motif énuméré.

[55] The Tribunal went on to observe that at the time that *McKinney* was decided, considerations regarding the nature and scope of rights under subsection 15(1) were dealt with under section 1 of the Charter. Citing the Supreme Court's intervening decisions in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 and *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, the Tribunal found that the law regarding the analysis of discrimination claims under subsection 15(1) of the Charter had evolved since *McKinney* was decided.

[55] Le Tribunal a ensuite fait remarquer qu'à l'époque où l'arrêt *McKinney* avait été rendu, les questions relatives à la nature et à l'étendue des droits prévus au paragraphe 15(1) étaient examinées en fonction de l'article premier de la Charte. Citant deux arrêts rendus dans l'intervalle par la Cour suprême, *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, et *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, le Tribunal a conclu que le droit régissant l'analyse des plaintes de discrimination fondées sur l'article 15(1) de la Charte avait évolué depuis l'arrêt *McKinney*.

[56] After reviewing this jurisprudence, the Tribunal identified the question to be answered in determining whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* violated subsection 15(1) of the Charter as being "whether, as a result of the age-based distinction in

[56] Après avoir examiné cette jurisprudence, le Tribunal a indiqué que la question à laquelle il était nécessaire de répondre pour décider si l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* violait le paragraphe 15(1) de la Charte était la suivante : « si,

s. 15(1)(c) of the *CHRA*, the complainants' dignity was affronted or they experienced negative stereotyping relating to their age" [at paragraph 89].

[57] The Tribunal concluded that although paragraph 15(1)(c) of the Act deprived Messrs. Vilven and Kelly of the opportunity to challenge the mandatory retirement policy in their workplace, the loss of this opportunity did not violate their dignity, or fail to recognize them as full and equal members of society. As a consequence, the Charter challenge was also dismissed.

#### V. Issues

[58] These applications for judicial review raise the following issues:

1. Did the Tribunal err in defining the "normal age of retirement" for employees working in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly by:

- a. Mischaracterizing the essential features of their positions? and
- b. Choosing an inappropriate comparator group?

2. Is a binding rule required for there to be a "normal age of retirement" for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* ?

3. Was there a "normal age of retirement" for pilots occupying positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly at the time that they were forced to retire from Air Canada? If so, what was it?

4. Did the Tribunal err in concluding that paragraph 15(1)(c) does not violate subsection 15(1) of the Charter?

à la suite de la distinction fondée sur l'âge prévu à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, il y a été porté atteinte à la dignité des plaignants ou s'ils ont été visés par un stéréotype négatif fondé sur leur âge » [au paragraphe 89].

[57] Le Tribunal a conclu que, même si l'alinéa 15(1)c) de la Loi privait MM. Vilven et Kelly de la chance de contester la politique de retraite obligatoire en vigueur dans leur lieu de travail, la perte de cette chance ne portait pas atteinte à leur dignité et ne faisait pas en sorte qu'ils n'étaient pas reconnus en tant que membres à part entière de la société. De ce fait, la contestation fondée sur la Charte a elle aussi été rejetée.

#### V. Les questions en litige

[58] Les présentes demandes de contrôle judiciaire soulèvent les questions suivantes :

1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en définissant l'« âge de la retraite en vigueur » pour les employés occupant un emploi semblable à celui qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly :

- a. en se méprenant sur les caractéristiques essentielles de leurs postes; et
- b. en choisissant un groupe de comparaison non approprié?

2. Doit-il y avoir une règle impérative pour qu'il existe un « âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*?

3. Y avait-il un « âge de la retraite en vigueur » pour les pilotes occupant un emploi semblable à ceux qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly à l'époque où ces derniers ont été obligés de prendre leur retraite d'Air Canada? Dans l'affirmative, quel était-il?

4. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que l'alinéa 15(1)c) ne viole pas le paragraphe 15(1) de la Charte?

[59] Before turning to consider each of these questions, however, the Court must first identify the appropriate standard of review to be applied in relation to each of the issues.

#### VI. Standard of review

[60] The parties are in agreement as to the standards of review to be applied to every issue in this case, save one.

[61] Most of the issues relating to the application of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* involve the application of the provisions of paragraph 15(1)(c) to the facts of this case. With this in mind, I agree with the parties that deference is owed to these aspects of the Tribunal's decision, and that each of these issues should be reviewed against the standard of reasonableness.

[62] Insofar as the Tribunal's finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* does not violate subsection 15(1) of the Charter is concerned, the parties all accept that this aspect of the Tribunal's decision is to be reviewed against the standard of correctness. I agree. Charter questions must be decided consistently and correctly: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 58 and 163.

[63] Where the parties disagree is in relation to the standard of review to be applied to the question of whether a binding rule is required for there to be a "normal age of retirement" for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*. The answer to this question involves the interpretation of the statutory provision, and the potential need to reconcile the French and English versions of the legislation.

[64] Messrs. Vilven and Kelly submit that as a question of statutory interpretation is involved, the Tribunal's conclusions should be reviewed against the standard of correctness. In contrast, the Canadian Human Rights Commission, Air Canada and ACPA all submit that as it

[59] Avant d'entreprendre d'examiner chacune de ces questions, il incombe toutefois à la Cour de déterminer quelle est la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer par rapport à chacun des points en litige.

#### VI. La norme de contrôle applicable

[60] Les parties souscrivent aux normes de contrôle à appliquer à chacune des questions en litige dans cette affaire, sauf une.

[61] La plupart des questions qui se rapportent à l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* mettent en cause l'application des dispositions de cet alinéa aux faits de la présente espèce. Cela étant, je suis d'accord avec les parties qu'il faut faire preuve de retenue à l'égard de ces aspects de la décision du Tribunal, et qu'il convient d'examiner chacune de ces questions par rapport à la norme de la décision raisonnable (ou de la « raisonabilité »).

[62] Pour ce qui est de la conclusion du Tribunal selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne viole pas le paragraphe 15(1) de la Charte, les parties acceptent toutes qu'il convient de contrôler cet aspect de la décision du Tribunal en fonction de la norme de la décision correcte. Je suis d'accord. Les questions relatives à la Charte doivent être tranchées d'une manière conforme et appropriée : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 58 et 163.

[63] C'est par rapport à la norme de contrôle concernant la question de savoir s'il doit y avoir une règle impérative pour qu'il existe un « âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* que les parties ne s'entendent pas. La réponse à cette question comporte l'interprétation de la disposition législative, ainsi que le besoin possible de concilier les versions française et anglaise de la Loi.

[64] MM. Vilven et Kelly font valoir qu'étant donné qu'une question d'interprétation législative est en cause, les conclusions du Tribunal devraient être contrôlées par rapport à la norme de la décision correcte. Par contraste, la Commission canadienne des droits de la personne,



is the Tribunal's enabling statute that is at issue in this case, the Tribunal's interpretation of the statutory provision should be reviewed against the reasonableness standard.

[65] The Tribunal did not make any effort to reconcile the French and English versions of paragraph 15(1)(c) in this case, nor did it identify precisely what was required in order to establish the existence of a "normal age of retirement", whether it be a binding rule or merely an industry custom or practice. Instead, the Tribunal examined the evidence using both the normative approach which Mr. Vilven and Mr. Kelly say is required by the French version of paragraph 15(1)(c), and the empirical approach arguably required by the English version.

[66] As will be explained below, I agree with the Commission, Air Canada and ACPA that, to the extent that the Tribunal's reasons could be read to interpret paragraph 15(1)(c) of the Act as requiring that there be a binding rule in place in a given industry mandating retirement at a specified age in order for the defence contemplated by the provision to be available to an employer, the Tribunal's interpretation should be entitled to deference.

[67] Citing earlier decisions such as *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 and *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, the Supreme Court observed at paragraph 54 of *Dunsmuir* that "[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity".

[68] The Supreme Court went on to observe that regard must be had to the nature of the question of law at issue in a given case, in determining whether any deference is owed to the decision maker. Where the question of law is of "central importance to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise" of the Tribunal in question, the correctness standard will always apply.

Air Canada et l'APAC soutiennent toutes trois qu'étant donné que c'est la loi habilitante du Tribunal qui est en litige en l'espèce, il faudrait que l'interprétation que ce dernier a faite de la disposition législative soit contrôlée par rapport à la norme de la raisonnabilité.

[65] Le Tribunal n'a rien fait pour concilier la version française et la version anglaise de l'alinéa 15(1)c) en l'espèce, pas plus qu'il n'a indiqué précisément ce qu'il fallait faire pour établir l'existence d'un « âge de la retraite en vigueur », et ce, qu'il s'agisse d'une règle impérative ou simplement d'une pratique ou d'une coutume dans l'industrie. Au lieu de cela, le Tribunal a examiné la preuve en recourant à la fois à l'approche normative qu'exige, au dire de MM. Vilven et Kelly, la version française de l'alinéa 15(1)c), et l'approche empirique que requiert, pourrait-on soutenir, la version anglaise.

[66] Comme je l'explique plus loin, je suis d'accord avec la Commission, Air Canada et l'APAC que, dans la mesure où l'on peut considérer que les motifs du Tribunal interprètent l'alinéa 15(1)c) de la Loi comme exigeant qu'il y ait, dans une industrie donnée, une règle impérative qui oblige à prendre la retraite à un âge précisé pour qu'un employeur puisse se prévaloir de la défense qu'envisage la disposition, cette interprétation du Tribunal a droit à une certaine retenue.

[67] Citant des décisions antérieures comme *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des Relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 et *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, la Cour suprême a fait remarquer, au paragraphe 54 de l'arrêt *Dunsmuir*, que « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise ».

[68] La Cour suprême a ensuite fait remarquer qu'il est nécessaire de tenir compte de la nature de la question de droit qui est en litige dans une affaire donnée pour déterminer s'il y a lieu de faire preuve de déférence envers le décideur. Quand la question de droit revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d'expertise » du tribunal en

However, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard: see *Dunsmuir*, at paragraph 55. See also *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 25.

[69] In determining whether the reasonableness standard should apply to a question of law in a particular case, the Supreme Court held that regard should be had to whether the statute contains a privative clause. As the Court observed, a privative clause is “a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference”: *Dunsmuir*, at paragraph 55.

[70] The reviewing court should also consider whether there exists “[a] discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise”: *Dunsmuir*, at paragraph 55.

[71] The *Canadian Human Rights Act* does not contain a privative clause, nor does it provide for a statutory right of appeal. It does, however, create a discrete and specialized administrative regime to deal with complaints of discrimination at the federal level. In addition, the Canadian Human Rights Tribunal—the body entrusted by Parliament with the adjudication of such complaints—is an expert tribunal: CHRA, at subsection 48.1(2) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 65; S.C. 1998, c. 9, s. 27]. Moreover, the Tribunal is one specifically empowered to decide questions of law: CHRA, at subsection 50(2) [as am. *idem*].

[72] The question of law at issue in this case is not one of “central importance to the legal system ... and outside the ... specialized area of expertise” of the Canadian Human Rights Tribunal. Rather, it relates to the proper interpretation of the Tribunal’s enabling legislation, and involves a question that is directly within the Tribunal’s own area of expertise.

[73] In my view, these factors, taken together, point to a standard of reasonableness. As the Supreme Court observed at paragraph 56 of *Dunsmuir*, “There is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will

question, la norme de la décision correcte s’appliquera toujours. Cependant, une question de droit qui n’a pas cette importance peut justifier l’application de la norme de la raisonabilité : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 55. Voir aussi *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 25.

[69] Pour déterminer si la norme de la raisonabilité doit s’appliquer à une question de droit dans une affaire particulière, la Cour suprême a déclaré qu’il convient d’examiner si le texte de loi comporte une clause privative. Comme la Cour l’a fait remarquer, une clause privative « traduit la volonté du législateur que la décision fasse l’objet de déférence » : *Dunsmuir*, au paragraphe 55.

[70] La cour de révision devrait également examiner s’il existe « [u]n régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale » : *Dunsmuir*, au paragraphe 55.

[71] La *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne contient pas de clause privative, pas plus qu’elle n’offre un droit d’appel. Cependant, elle crée bel et bien un régime administratif distinct et spécialisé en vue d’examiner les plaintes de discrimination à l’échelon fédéral. Par ailleurs, le Tribunal canadien des droits de la personne — l’organe auquel le législateur confie le règlement de ces plaintes — est un tribunal spécialisé : LCDP, au paragraphe 48.1(2) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 65; L.C. 1998, ch. 9, art. 27]. En outre, le Tribunal est expressément habilité à trancher des questions de droit : LCDP, au paragraphe 50(2) [mod., *idem*].

[72] La question de droit qui est en litige en l’espèce ne revêt pas « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d’expertise » du Tribunal canadien des droits de la personne. Elle a plutôt trait à l’interprétation correcte de la loi habilitante du Tribunal, et elle comporte une question qui relève directement du domaine d’expertise même du Tribunal.

[73] À mon avis, ces facteurs, considérés ensemble, militent en faveur de la norme de la raisonabilité. Comme l’a fait remarquer la Cour suprême au paragraphe 56 de l’arrêt *Dunsmuir* : « Il n’y a rien d’incohérent

be decided on the basis of reasonableness. It simply means giving the adjudicator's decision appropriate deference in deciding whether a decision should be upheld, bearing in mind the factors indicated."

[74] In reviewing a decision against the reasonableness standard, the Court must consider the justification, transparency and intelligibility of the decision-making process, as well as whether the decision falls within a range of possible acceptable outcomes which are defensible in light of the facts and the law: see *Dunsmuir*, at paragraph 47.

VII. Did the Tribunal err in defining the "normal age of retirement" for employees working in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly?

[75] In order to put the issues raised by the parties in relation to the normal age of retirement question into context, it is helpful to start by identifying the purpose of the *Canadian Human Rights Act*, and by reviewing the principles established by the jurisprudence governing the interpretation of human rights legislation.

(i) *The Canadian Human Rights Act*

[76] The *Canadian Human Rights Act* is quasi-constitutional legislation, which has been enacted to give effect to the fundamental Canadian value of equality, a value which has been described as lying at the very heart of a free and democratic society: see *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at page 615.

[77] As identified in section 2 [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 9] of the Act, the purpose of the legislation is to ensure that individuals have an equal opportunity to make for themselves the life that they are able and wish to have, without being hindered by discriminatory practices based upon considerations such as race, sex and age, amongst others.

[78] Human rights legislation has been described as "the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised": see *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human*

rights) dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s'agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l'égard de l'arbitre, compte tenu des éléments indiqués. »

[74] Lorsqu'elle contrôle une décision par rapport à la norme de la raisonabilité, la Cour se doit de prendre en considération la justification, la transparence et l'intelligibilité du processus décisionnel, de même que la question de savoir si la décision appartient aux issues possibles acceptables qui peuvent se justifier au regard des faits et du droit : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

VII. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en définissant l'« âge de la retraite en vigueur » pour les employés occupant un poste semblable à celui qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly?

[75] Pour situer dans leur juste contexte les questions soulevées par les parties par rapport à l'âge de la retraite, il est utile de commencer par déterminer l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de passer en revue les principes établis par la jurisprudence régissant l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne.

i) *La Loi canadienne sur les droits de la personne*

[76] La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est une loi de nature quasi constitutionnelle, qui a été adoptée pour donner effet à l'égalité, une valeur canadienne fondamentale qui, a-t-il été décrit, réside au cœur même d'une société libre et démocratique : voir *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, à la page 615.

[77] Comme il est indiqué à l'article 2 [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 9] de la Loi, l'objet de cette dernière est de veiller à ce que tous les individus aient droit à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, le sexe et l'âge, entre autres facteurs.

[78] La législation relative aux droits de la personne a été décrite comme « le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de

*Rights Commission*), [1992] 2 S.C.R. 321, at page 339. As such, the Supreme Court of Canada has repeatedly warned of the dangers of strict or legalistic approaches which would restrict or defeat the purpose of such a quasi-constitutional document: see *Mossop*, at page 612.

[79] Indeed, the Supreme Court has observed on numerous occasions that human rights legislation is to be given a large, purposive and liberal interpretation in a manner consistent with its overarching goals, so as to ensure that the remedial goals of the legislation are best achieved: see, for example, *Mossop*, at page 611. See also *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; *O'Malley*, previously cited; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114.

[80] This means that ambiguous language must be interpreted in a way that best reflects the remedial goals of the statute. It follows that a strict grammatical analysis may be subordinated to the remedial purposes of the law: see *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at paragraph 67.

[81] That is, “it is inappropriate to rely solely on a strictly grammatical analysis, particularly with respect to the interpretation of legislation which is constitutional or quasi-constitutional in nature”: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665, at paragraph 30 (citing *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, and *O'Malley*).

[82] This interpretive approach does not, however, permit interpretations which are inconsistent with the wording of the legislation: see *Potash Corporation*, at paragraph 19.

représentation » : voir l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la page 339. Dans ce contexte, la Cour suprême du Canada a mis en garde à maintes reprises contre les dangers d'une analyse stricte ou légaliste qui restreindrait ou contrarierait l'objet d'un tel document de nature quasi constitutionnelle : voir l'arrêt *Mossop*, à la page 612.

[79] En fait, la Cour suprême a fait remarquer à de nombreuses occasions qu'il convient d'interpréter les lois sur les droits de la personne d'une façon large, libérale et en fonction de leur objet, d'une manière qui concorde avec leurs objectifs prédominants, de façon à garantir que l'on atteint le mieux possible les objectifs réparateurs de ces lois : voir, par exemple, l'arrêt *Mossop*, à la page 611. Voir aussi l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145, l'arrêt *O'Malley*, précité, ainsi que l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

[80] Cela signifie qu'un libellé ambigu doit être interprété d'une façon qui reflète le mieux les objectifs réparateurs de la loi. Il s'ensuit qu'une analyse grammaticale stricte peut se trouver subordonnée à l'objet réparateur de la loi : voir l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, au paragraphe 67.

[81] C'est-à-dire qu'« il n'y a pas lieu de s'en rapporter uniquement à la méthode d'interprétation fondée sur l'analyse grammaticale, notamment en ce qui concerne l'interprétation de lois de nature constitutionnelle et quasi constitutionnelle » : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665, au paragraphe 30, (citant les arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571 et *O'Malley*).

[82] Cette approche interprétative n'autorise toutefois pas les interprétations qui ne cadrent pas avec le libellé de la loi : voir l'arrêt *Potash Corporation*, au paragraphe 19.

[83] Finally, while human rights legislation is generally to be broadly interpreted, this is not so with respect to the defences provided for in the human rights statute in question, which are to be interpreted narrowly: see *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279.

(ii) Where the onus lies in relation to paragraph 15(1)(c) of the CHRA

[84] No issue has been taken by either Air Canada or ACPA with respect to the Tribunal's conclusion that the onus was on Air Canada and ACPA to establish that Messrs. Vilven and Kelly were retired in accordance with the normal age of retirement for similar positions.

[85] I agree that once a complainant has established a *prima facie* case of discrimination on the basis of a proscribed ground such as age, the burden shifts to the responding parties to bring themselves within one of the exemptions identified in section 15 of the *Canadian Human Rights Act*, such that there exists a *bona fide* justification for the action taken: see *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, 2003 SCC 68, [2003] 3 S.C.R. 228.

[86] Indeed, as the Supreme Court of Canada has observed, limits on rights conferred by human rights legislation must be justified by those seeking to impose them: see *Potash Corporation*, at paragraph 83, *per* Chief Justice McLachlin.

(iii) The characterization of Messrs. Vilven and Kelly's positions and the choice of comparator group

[87] In order to determine whether there existed a "normal age of retirement" within the meaning of paragraph 15(1)(c) of the Act at the time that Messrs. Vilven and Kelly were compelled to retire from Air Canada, the Tribunal had to identify which positions were similar to those that they occupied. This required the Tribunal to first identify the essential features of the complainants' own positions.

[83] Enfin, même s'il convient en général d'interpréter de manière large les lois relatives aux droits de la personne, il n'en va pas de même des moyens de défense prévus dans la loi sur les droits de la personne en question, lesquels doivent être interprétés de manière stricte : voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279.

ii) La partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve par rapport à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP

[84] Ni Air Canada ni l'APAC ne contestent la conclusion du Tribunal selon laquelle il incombait à Air Canada et à l'APAC d'établir que MM. Vilven et Kelly avaient été mis à la retraite en accord avec l'âge de la retraite en vigueur pour un emploi semblable au leur.

[85] Je suis d'accord pour dire qu'une fois qu'une plainte a établi une preuve *prima facie* de discrimination pour un motif illicite comme l'âge, il incombe alors aux parties défenderesses de tomber sous le coup de l'une des exemptions mentionnées à l'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de façon à ce qu'il existe un motif justifiable pour la mesure qui a été prise : voir l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, 2003 CSC 68, [2003] 3 R.C.S. 228.

[86] En fait, comme l'a fait remarquer la Cour suprême du Canada, les limites imposées aux droits que confère une loi relative aux droits de la personne doivent être justifiées par ceux qui veulent les imposer : voir *Potash Corporation*, au paragraphe 83, la juge en chef McLachlin.

iii) La description des emplois qu'occupaient MM. Vilven et Kelly ainsi que le choix du groupe de comparaison

[87] Pour déterminer s'il existait un « âge de la retraite en vigueur », au sens de l'alinéa 15(1)c) de la Loi, à l'époque où MM. Vilven et Kelly ont été contraints de prendre leur retraite d'Air Canada, le Tribunal devait déterminer quels emplois étaient semblables à ceux qu'occupaient ces deux hommes. Il fallait pour cela que le Tribunal détermine en premier quelles étaient les caractéristiques essentielles des propres emplois des plaignants.

[88] In this latter regard, the Tribunal was of the view that no differentiation should be made between captains' positions and those of first officers. While noting that captains have ultimate control over the aircraft, in the Tribunal's view, the positions were otherwise very similar.

[89] Based upon the evidence of Messrs. Vilven and Kelly, the Tribunal found that the prestige and status that came with working for a major international airline was an essential feature of the positions that they held. The Tribunal [at paragraph 53] also identified flying "on regularly scheduled international flights on wide-bodied aircraft, to many international destinations, with a major international airline" as essential features of their positions. The Tribunal defined a "major international airline" as one that "is often the dominant carrier in the country, employing a significant number of pilots and where regularly scheduled international flights make up a significant portion of its operations."

[90] With this understanding of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly's positions, the Tribunal [at paragraph 55] then went on to identify the appropriate comparator group of "positions similar" as "pilots who fly with regularly scheduled, international flights with ... major international airlines."

[91] The applicants say that the Tribunal's characterization of the essential features of the complainants' positions was unreasonable for several reasons.

[92] Firstly, Messrs. Vilven and Kelly say that focusing on their own personal circumstances as individuals flying on international routes, rather than on their positions as members of their bargaining unit, would lead to perverse consequences. Contrary to the principle that all members of a bargaining unit should be treated equally, the result of the Tribunal's characterization of the complainants' positions would lead to some, but not all, of the members

[88] Relativement à ce dernier point, le Tribunal a exprimé l'avis qu'il ne faudrait faire aucune distinction entre l'emploi de capitaine et celui de premier officier. Tout en notant que les capitaines exercent un contrôle ultime sur l'aéronef, selon le Tribunal ces emplois étaient par ailleurs fort semblables.

[89] Se fondant sur le témoignage de MM. Vilven et Kelly, le Tribunal a conclu que le prestige et le statut qui accompagnent le fait de travailler pour une grande entreprise de transport international sont une caractéristique essentielle des emplois qu'ils occupaient. Le Tribunal a également indiqué [au paragraphe 53] que le fait d'effectuer « des vols internationaux réguliers à bord de gros-porteurs, vers de nombreuses destinations à l'étranger, pour une importante entreprise de transport aérien international » constituait des caractéristiques essentielles de leurs emplois. Selon le Tribunal, une « importante entreprise de transport aérien international » est souvent « une entreprise de transport aérien qui est le transporteur principal de son pays, qui emploie un nombre considérable de pilotes et dont les vols internationaux réguliers constituent une partie importante de ses activités ».

[90] Ayant ainsi examiné les caractéristiques essentielles des emplois qu'occupaient MM. Vilven et Kelly, le Tribunal [au paragraphe 55] a ensuite défini comme suit le groupe de comparaison approprié correspondant au « genre d'emploi » qu'occupent les plaignants : les « pilotes qui effectuent des vols internationaux réguliers pour une importante entreprise de transport aérien international ».

[91] Les demandeurs déclarent que la façon dont le Tribunal a défini les caractéristiques essentielles des emplois des plaignants était déraisonnable, et ce, pour plusieurs raisons.

[92] Premièrement, MM. Vilven et Kelly disent que le fait de se concentrer sur leurs propres circonstances personnelles en tant qu'individus effectuant des vols internationaux, plutôt que sur leurs emplois en tant que membres de leur unité de négociation, mènerait à des effets pervers. Contrairement au principe voulant que tous les membres d'une unité de négociation doivent être traités de manière égale, la façon dont le Tribunal a

of Messrs. Vilven and Kelly's bargaining unit being subject to mandatory retirement.

[93] Messrs. Vilven and Kelly also submit that the comparator group chosen by the Tribunal was unduly narrow, as it includes only positions that were *identical* to their pilot positions at Air Canada, and did not include positions that were "similar" to their own positions. Moreover, the comparator group chosen by the Tribunal does not reflect the norm for Air Canada pilots, most of whom are engaged in flying narrow-bodied aircraft on domestic and transborder routes.

[94] According to Messrs. Vilven and Kelly, the Tribunal's choice of comparator group could lead to Air Canada pilots adjusting their positions and "shopping their comparator group" in the months immediately preceding their retirement. That is, rather than seeking more highly paid flights on larger aircraft flying international routes, as would ordinarily be the case, pilots nearing 60 could use their seniority to bid on smaller aircraft flying domestic and transborder routes, so as to avoid the comparator group identified by the Tribunal.

[95] All of the applicants say that the Tribunal's choice of such a narrow comparator group was also unreasonable as it includes only pilots working for airlines outside Canada, while ignoring the situation of pilots working in Canada, including those transporting passengers for regional carriers, charter and discount airlines, amongst others. Subject to the comments below, Messrs. Vilven and Kelly submit that the comparator group should properly be "Canadian pilots holding airline transport licenses".

[96] The applicants contend that the Tribunal should have asked itself whether, in enacting paragraph 15(1)(c)

caractérisé les emplois qu'occupaient les plaignants aurait pour résultat que certains membres de l'unité de négociation à laquelle appartenaient MM. Vilven et Kelly, mais pas tous, feraient l'objet d'une retraite obligatoire.

[93] MM. Vilven et Kelly font également valoir que le groupe de comparaison choisi par le Tribunal était indûment restrictif, car il n'inclut que des emplois qui étaient identiques aux emplois de pilote qu'ils occupaient chez Air Canada, et non ceux qui étaient « semblables » à leurs propres postes. En outre, le groupe de comparaison que le Tribunal a choisi ne reflète pas la norme pour les pilotes d'Air Canada, dont la plupart pilotent des aéronefs petits porteurs dans le cadre de vols intérieurs et transfrontaliers.

[94] Selon MM. Vilven et Kelly, le groupe de comparaison que le Tribunal a choisi pourrait inciter des pilotes d'Air Canada à rajuster leurs emplois et à [TRADUCTION] « choisir le groupe de comparaison le plus favorable » dans les mois précédant la date de leur retraite. C'est-à-dire qu'au lieu de tenter d'obtenir des vols mieux rémunérés à bord de gros porteurs sur des itinéraires internationaux, comme ce serait habituellement le cas, les pilotes approchant la soixantaine pourraient se prévaloir de leur ancienneté pour proposer d'effectuer des vols internes et transnationaux à bord de petits porteurs, de façon à éviter le groupe de comparaison retenu par le Tribunal.

[95] Tous les demandeurs disent que le choix, par le Tribunal, d'un groupe de comparaison aussi restrictif est également déraisonnable, car il n'englobe que les pilotes au service d'entreprises aériennes situées à l'extérieur du Canada, tout en faisant abstraction de la situation des pilotes qui travaillent au pays, y compris ceux qui transportent des voyageurs pour des transporteurs régionaux, des compagnies de vols nolisés et des compagnies aériennes à rabais, notamment. Sous réserve des commentaires faits ci-après, MM. Vilven et Kelly soutiennent que le groupe de comparaison devrait plutôt être celui des [TRADUCTION] « pilotes canadiens détenant une licence de pilote de ligne ».

[96] Les demandeurs soutiennent que le Tribunal aurait dû se demander si, en adoptant l'alinéa 15(1)(c) de la *Loi*

of the *Canadian Human Rights Act*, Parliament intended that the rights of Canadian citizens be determined by reference to the forced retirement of individuals in other countries, countries which may not offer the same level of protection against age discrimination as does Canada, and not at all by reference to the normal age of retirement for airline pilots in this country.

[97] The applicants further submit that even if the comparator group should properly be “Canadian pilots holding airline transport licenses”, it would still be inappropriate to use statistical information with respect to retirement ages for Canadian airline pilots. This is because Air Canada plays such a dominant role within the Canadian airline industry. The high proportion of Canadian pilots flying for Air Canada means that the company would effectively set the industry norm.

[98] In these circumstances, the applicants submit that there is no appropriate comparator group in this case. As a consequence, there can be no “normal age of retirement” for airline pilots, with the result that the defence under paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* should not be available to the respondents.

[99] Air Canada argues that the Tribunal’s characterization of the essential elements of Messrs. Vilven and Kelly’s positions was a finding of fact made by the Tribunal based upon their own evidence, and was not unreasonable. The evidence established that there were significant differences between flying for Air Canada, and flying for regional carriers such as Jazz. The evidence also indicated that pilot positions with Air Canada were acknowledged to be the most prestigious, highly paid and highly sought-after pilot positions in Canada.

[100] Air Canada further submits that the Tribunal did not limit its consideration to the positions actually held by Messrs. Vilven and Kelly immediately prior to their retirement. According to Air Canada, the applicants’ argument about the potential for “shopping the comparator

*canadienne sur les droits de la personne*, le législateur envisageait que l’on détermine les droits de citoyens canadiens en se reportant à la retraite forcée de personnes situées dans d’autres pays, des pays n’offrant peut-être pas le même degré de protection contre la discrimination fondée sur l’âge qu’au Canada, et en ne se reportant pas du tout à l’âge normal de la retraite pour les pilotes de ligne du Canada.

[97] Les demandeurs soutiennent en outre que, même si le groupe de comparaison devait être celui des [TRADUCTION] « pilotes canadiens détenant une licence de pilote de ligne », il serait quand même inopportun d’utiliser des informations statistiques sur l’âge de la retraite des pilotes de ligne canadiens. Cela est dû au fait qu’Air Canada occupe une position très dominante au sein de l’industrie canadienne du transport aérien. Vu la proportion élevée de pilotes canadiens qui sont au service d’Air Canada, cette dernière fixerait en pratique la norme appliquée au sein de l’industrie.

[98] Les demandeurs soutiennent que, dans ces circonstances, il n’existe pas en l’espèce de groupe de comparaison approprié. De ce fait, il ne peut pas y avoir d’« âge de la retraite en vigueur » pour les pilotes de ligne, et il s’ensuit que les défendeurs ne devraient pas pouvoir se prévaloir du moyen de défense que prévoit l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[99] Air Canada soutient que la façon dont le Tribunal a caractérisé les éléments essentiels des emplois qu’occupaient MM. Vilven et Kelly est une conclusion de fait qu’il a fondée sur leur propre témoignage, et qu’elle n’est pas déraisonnable. Selon la preuve, il y avait des différences importantes entre le fait de travailler pour Air Canada, et celui de travailler pour des transporteurs régionaux comme Jazz. Il ressortait également de la preuve que les postes de pilote chez Air Canada sont reconnus pour être les plus prestigieux, les mieux rémunérés et les plus courus au Canada.

[100] Air Canada soutient en outre que le Tribunal ne s’est pas borné à examiner les emplois qu’occupaient MM. Vilven et Kelly juste avant qu’ils prennent leur retraite. Selon Air Canada, l’argument des demandeurs quant à la possibilité de [TRADUCTION] « chercher le



group” is predicated upon the erroneous assumption that pilot positions at Air Canada can be divided into those that fly internationally and those that do not. In fact, 86% of Air Canada flights are either to an international destination, or pass through foreign (primarily American) airspace, en route to a Canadian destination. Between 20 and 25% of the remaining 14% of Air Canada flights have an American airport as an alternate airport where planes are to land if, for example, weather precludes landing at the regularly scheduled Canadian airport.

[101] As a result, only 10.5% of Air Canada’s “domestic” flights are truly domestic, and less than 5% of Air Canada’s overall operations involve flying on purely Canadian routes. According to Air Canada, it was therefore reasonable for the Tribunal to have concluded that an essential feature of the comparator group positions was that they involved international flying—a determination that is significant in light of the ICAO standards dealing with pilot age.

[102] Air Canada also points out that nothing in the *Canadian Human Rights Act* specifically requires that the comparator group used for the purposes of paragraph 15(1)(c) be solely made up of Canadian workers.

[103] Air Canada further contends that even though pilots for other Canadian airlines fly to international destinations, they nevertheless do not occupy “positions similar” to those that were occupied by Messrs. Vilven and Kelly. According to Air Canada, they do not fly “regular international flights”, as such flights are not substantively part of their airlines’ mandates, but are rather simply part of the airlines’ schedules.

[104] Although ACPA took the position before the Tribunal that the proper comparison should be made to pilots flying for other Canadian air carriers, before this Court, ACPA argues that the entire discussion regarding the appropriate comparator group is academic. Whether the comparator group is made up of pilots flying for

groupe de comparaison le plus favorable » repose sur l’hypothèse erronée selon laquelle, chez Air Canada, les emplois de pilote peuvent être divisés entre les pilotes qui font des vols internationaux et ceux qui n’en font pas. En fait, 86 p. 100 des vols d’Air Canada ont lieu vers une destination internationale, ou traversent un espace aérien étranger (américain surtout), en route vers une destination canadienne. Entre 20 et 25 p. 100 des 14 p. 100 de vols d’Air Canada restants ont un aéroport américain comme aéroport de décollage où les appareils peuvent se poser si, par exemple, les conditions atmosphériques les empêchent d’atterrir à l’aéroport canadien prévu au départ.

[101] De ce fait, seuls 10,5 p. 100 des vols « intérieurs » d’Air Canada sont véritablement intérieurs, et moins de 5 p. 100 des activités générales de ce transporteur consistent à suivre des itinéraires purement canadiens. Selon Air Canada, il était donc raisonnable pour le Tribunal de conclure qu’une caractéristique essentielle des emplois du groupe de comparaison était que ces derniers consistaient à effectuer des vols internationaux — une décision qui est importante au vu des normes de l’OACI concernant l’âge des pilotes.

[102] Air Canada fait également remarquer qu’il n’y a rien dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui exige expressément que le groupe de comparaison utilisé pour l’application de l’alinéa 15(1)c) soit exclusivement formé de travailleurs canadiens.

[103] Air Canada soutient de plus que, même si des pilotes d’autres transporteurs aériens canadiens effectuent des vols internationaux, ils n’occupent néanmoins pas le « genre d’emploi » qu’exerçaient MM. Vilven et Kelly. D’après Air Canada, ils ne font pas de [TRADUCTION] « vols internationaux réguliers », car ces vols ne représentent pas une part importante des mandats de leurs sociétés aériennes, mais font simplement partie des horaires de ces dernières.

[104] Même si, devant le Tribunal, l’APAC a exprimé l’avis que le groupe de comparaison approprié devrait être celui des pilotes au service d’autres transporteurs aériens canadiens, devant la Cour, l’APAC soutient que toute l’analyse concernant le groupe de comparaison approprié est théorique. Que le groupe de comparaison

international airlines, or those flying for Canadian airlines, the fact is that either way, the majority of commercial airline pilots retire at age 60.

[105] Moreover, ACPA says that there is no danger in using the figures for the retirement ages of Canadian pilots to set the industry norm, even though, as the dominant industry player, Air Canada will effectively set that norm. This is because the mandatory retirement age for pilots at Air Canada became part of the collective agreement through the collective bargaining process, and was the result of negotiations between a very strong union and the company.

[106] While recognizing that considerable deference is owed to the Tribunal's findings in this regard, I am nevertheless of the view that the Tribunal erred in its identification of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly's positions. This then led the Tribunal to err in its choice of comparator group for the purposes of its analysis in relation to paragraph 15(1)(c) of the Act.

[107] Insofar as the Tribunal's identification of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly's positions is concerned, it was, in my view, unreasonable for the Tribunal to focus on the status and prestige associated with pilot positions at Air Canada as an essential feature of those positions, rather than examining the actual functional requirements of the positions themselves.

[108] In the human rights context, when one is assessing whether an individual is qualified for a particular position, or is fit to perform the duties of that position, the focus should be on the qualifications of the individual relative to the actual objective functional requirements of the position, rather than on a subjective perception of what a qualified candidate "should be", or should be able to do.

soit formé de pilotes au service de sociétés aériennes internationales, ou de pilotes au service de sociétés aériennes canadiennes, le fait est que, d'une façon ou d'une autre, la majorité des pilotes de ligne commerciale prennent leur retraite à l'âge de 60 ans.

[105] De plus, l'APAC dit qu'il n'y a aucun risque à utiliser les chiffres concernant l'âge de la retraite des pilotes canadiens pour fixer la norme applicable au sein de l'industrie, même si c'est Air Canada, en tant qu'acteur dominant au sein de cette industrie, qui la fixera en pratique. Cela est dû au fait que l'âge de la retraite obligatoire pour les pilotes au service d'Air Canada est devenu un élément de la convention collective par l'entremise du processus de négociation collective, et qu'il a été le résultat de négociations menées entre un syndicat très fort et l'entreprise.

[106] Tout en reconnaissant que l'on doit, à cet égard, faire preuve d'une retenue considérable relativement aux conclusions du Tribunal, je suis néanmoins d'avis que ce dernier a commis une erreur dans la façon dont il a relevé les caractéristiques essentielles des emplois qu'occupaient MM. Vilven et Kelly. Ce fait l'a ensuite amené à se tromper dans son choix d'un groupe de comparaison pour procéder à son analyse par rapport à l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

[107] En ce qui concerne la façon dont le Tribunal a relevé les caractéristiques essentielles des emplois qu'occupaient MM. Vilven et Kelly, il était, selon moi, déraisonnable que le Tribunal se concentre sur le fait que le statut et le prestige associés aux postes de pilote auprès d'Air Canada étaient une caractéristique essentielle de ces emplois, plutôt que d'examiner les exigences fonctionnelles réelles des emplois eux-mêmes.

[108] Dans le contexte des droits de la personne, quand on évalue si une personne a les qualités requises pour occuper un emploi en particulier, ou est apte à exécuter les fonctions inhérentes à cet emploi, l'accent devrait être mis sur les qualités de cette personne par rapport aux exigences fonctionnelles objectives réelles de l'emploi, plutôt que sur une perception subjective de ce qu'un candidat qualifié « devrait être », ou devrait savoir faire.

[109] In the same vein, in assessing whether a position is “similar” to that occupied by a complainant in order to identify a “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c), the focus should be on the objective duties and functional responsibilities of the position in question, rather than on subjective perceptions of the position such as its “status” or “prestige”, and whether or not the airline in question is a “legacy carrier”.

[110] That is, while status and prestige may be part of the reason why individuals may want to fly for Air Canada, they do not form part of what Air Canada pilots actually do.

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

[112] The error in the identification of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly’s positions then led the Tribunal to err in its identification of the appropriate comparator group. In light of the essential features of Messrs. Vilven and Kelly’s positions, the appropriate comparator group should have been pilots working for Canadian airlines who fly aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace.

[113] The evidence before the Tribunal demonstrated that, as of the date of the agreed statement of facts, there were five principal airlines in Canada (apart from Air Canada) that were engaged in transporting passengers to domestic and international destinations. These were Jazz, Air Transat, CanJet, Skyservice and WestJet. (It should be noted that Jazz was a subsidiary of Air Canada at the time of the termination of Mr. Vilven’s employment in 2003, but not at the time that Mr. Kelly retired in 2005.)

[109] Dans le même ordre d’idées, pour évaluer si un emploi est le « genre » occupé par un plaignant afin de déterminer l’« âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)c), il faudrait mettre l’accent sur les tâches et les responsabilités fonctionnelles objectives de l’emploi en question, plutôt que sur des perceptions subjectives au sujet de l’emploi, comme son « statut » ou son « prestige », ainsi que sur la question de savoir si la société aérienne en question est un « transporteur traditionnel ».

[110] C’est-à-dire que, même si le statut et le prestige font peut-être partie de la raison pour laquelle des personnes pourraient vouloir travailler comme pilote chez Air Canada, ils ne font pas partie de ce que font concrètement les pilotes d’Air Canada.

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

[112] L’erreur commise au moment de relever les caractéristiques essentielles des emplois qu’occupaient MM. Vilven et Kelly a ensuite amené le Tribunal à se tromper dans son choix du groupe de comparaison approprié. Compte tenu des caractéristiques essentielles des emplois qu’occupaient MM. Vilven et Kelly, le bon groupe de comparaison aurait dû être celui des pilotes au service de sociétés aériennes canadiennes et aux commandes d’aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l’espace aérien canadien et étranger.

[113] Selon la preuve soumise au Tribunal, à la date de l’exposé conjoint des faits, il existait au Canada cinq grands transporteurs aériens (à part Air Canada) qui s’occupaient de transporter des voyageurs vers des destinations intérieures et internationales : Jazz, Air Transat, CanJet, Skyservice et WestJet. (Il convient de signaler que Jazz était une filiale d’Air Canada à l’époque où l’emploi de M. Vilven a pris fin en 2003, mais pas à l’époque où M. Kelly a pris sa retraite, soit en 2005.)

[114] The fact that other Canadian airlines transport passengers to international destinations is illustrated by the evidence relating to Mr. Kelly. According to the agreed statement of facts, Mr. Kelly continued flying after leaving Air Canada, working on contract as both a Captain and pilot-in-command, and as a first officer, with Skyservice Airlines. In these positions, Mr. Kelly flew Boeing 757s and 767s on routes which included charter flights to international destinations. Counsel for Air Canada also acknowledged at the hearing before this Court that Jazz flew to destinations in the United States.

[115] I am also satisfied that it was an error in principle for the Tribunal to look at retirement requirements for pilots from other countries in assessing whether age 60 was the “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

[116] In this regard, I note that consideration of foreign comparators was specifically rejected by the Tribunal in *Campbell v. Air Canada* (1981), 2 C.H.R.R. D/602 (C.H.R.T.), an early case involving Air Canada flight attendants and paragraph 14(c) [as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 143, s. 7] of the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33], the predecessor to what is now paragraph 15(1)(c) of the Act.

[117] In rejecting Air Canada’s argument that one should look world-wide for comparable positions for the purposes of paragraph 14(c) of the Act, the Tribunal in *Campbell* observed that there is a social context that is inherent in the statute. The Act prescribes a measure by which an exception to what would otherwise be a discriminatory practice can be evaluated. Given that the *Canadian Human Rights Act* is a Canadian statute, the Tribunal was of the view that the measure should be a Canadian measure.

[118] It is true that the Federal Court of Appeal had regard to the ICAO standards, as well as the retirement rules in force for airline pilots in the United States, in the

[114] Le fait que d’autres sociétés aériennes canadiennes transportent des voyageurs vers des destinations internationales est illustré par la preuve relative à M. Kelly. Selon l’exposé conjoint des faits, ce dernier a continué de servir comme pilote après avoir quitté Air Canada, travaillant à forfait à titre de capitaine et de pilote-commandant de bord, ainsi qu’à titre de premier officier, pour le compte de Skyservice Airlines. Dans le cadre de ces emplois, M. Kelly a piloté des Boeing 757 et 767 sur des itinéraires comprenant des vols nolisés vers des destinations internationales. L’avocat d’Air Canada a également reconnu à l’audience tenue devant la Cour que Jazz reliait des destinations situées aux États-Unis.

[115] Je suis également convaincue que le Tribunal a commis une erreur de principe en examinant les exigences en matière de retraite de pilotes d’autres pays pour évaluer si 60 ans était l’« âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[116] À ce sujet, je signale que le Tribunal a expressément rejeté la prise en considération d’éléments de comparaison étrangers dans la décision *Campbell c. Air Canada* (1981), DT-10-81 (T.C.D.P.), une ancienne décision concernant des agents de bord d’Air Canada et l’alinéa 14c) [mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 143, art. 7] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, ch. 33], la disposition qui a précédé ce qui est aujourd’hui l’alinéa 15(1)c) de la Loi.

[117] En rejetant l’argument d’Air Canada selon lequel il faudrait chercher dans le monde entier des emplois comparables pour l’application de l’alinéa 14c) de la Loi, dans la décision *Campbell* le Tribunal a fait remarquer qu’il y a un contexte social qui est inhérent dans le texte législatif. La Loi prescrit une mesure qui permet d’évaluer une exception à ce qui constituerait par ailleurs un acte discriminatoire. Le Tribunal a exprimé l’avis qu’étant donné que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est un texte législatif canadien, il faudrait que la mesure soit canadienne.

[118] Il est vrai que la Cour d’appel fédérale a pris en considération les normes de l’OACI, ainsi que les règles en matière de retraite qui s’appliquaient aux pilotes de

*Stevenson* decision [*Stevenson v. Canadian Human Rights Comm.*, [1984] 2 F.C. 691]. That case involved a challenge to the provisions of then paragraph 14(c) of the *Canadian Human Rights Act* under the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III. However, the Court only looked to the U.S. situation after first finding that age 60 was the normal age of retirement invariably applied at Air Canada and at many other Canadian airlines. As will be discussed further on in these reasons, this is no longer the case.

[119] Citing the evidence of Professor Jean-François Gaudreault-Desbiens, Air Canada's expert witness in the field of comparative law, the airline says that the countries that are home to many of the foreign legacy carriers in the Tribunal's comparator group have legal systems that offer human rights protection to their citizens that are comparable to that afforded to Canadian pilots under the *Canadian Human Rights Act*. As a consequence, there was nothing inappropriate in the Tribunal having compared the situation of Air Canada pilots to those flying for foreign legacy carriers, in ascertaining whether there is a normal age of retirement for such pilots.

[120] While this may be true in relation to some of the countries in question, it does not appear to be the case for all of them. For example, the available information for Royal Dutch Airlines (KLM) indicates that at the time of Messrs. Vilven and Kelly's retirement from Air Canada, pilots flying for that airline were obliged to retire from full-time employment at age 56. The source of this mandatory retirement age is identified as the pilots' collective agreement.

[121] There is no indication in the survey information that was before the Tribunal that there was a legislative regime in place in Holland at the relevant time that would limit or prohibit mandatory retirement for these pilots before they were 60.

ligne aux États-Unis, dans l'arrêt *Stevenson* [*Stevenson c. Comm. can. des droits de la personne*, [1984] 2 C.F. 691]. Cette affaire avait trait à une contestation des dispositions de ce qui était à l'époque l'alinéa 14c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en vertu de la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III. Cependant, la Cour n'a examiné la situation aux États-Unis qu'après avoir d'abord conclu que 60 ans était l'âge normal de la retraite systématiquement appliqué chez Air Canada et chez de nombreuses autres sociétés aériennes canadiennes. Comme nous le verrons plus loin dans les présents motifs, cela n'est plus le cas.

[119] Citant le témoignage du professeur Jean-François Gaudreault-Desbiens, le témoin expert d'Air Canada dans le domaine du droit comparé, le transporteur aérien dit que les pays qui constituent le lieu d'attache d'un grand nombre des transporteurs traditionnels étrangers qui font partie du groupe de comparaison du Tribunal sont dotés de systèmes juridiques qui offrent à leurs citoyens une protection sur le plan des droits de la personne qui se compare à celle qu'accorde aux pilotes canadiens la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. De ce fait, il n'y avait rien d'irrégulier à ce que le Tribunal compare la situation des pilotes d'Air Canada à ceux qui travaillent pour des transporteurs traditionnels étrangers, en vue de déterminer s'il existait, pour ces pilotes, un âge de la retraite en vigueur.

[120] La chose est peut-être vraie pour certains des pays en question, mais il ne semble pas que ce soit le cas pour tous. Par exemple, les informations disponibles concernant Royal Dutch Airlines (KLM) indiquent qu'à l'époque où MM. Vilven et Kelly ont pris leur retraite d'Air Canada, les pilotes au service de cette société aérienne étaient obligés de cesser d'exercer un emploi à temps plein à l'âge de 56 ans. La source de cet âge de retraite obligatoire est, selon ce qui est indiqué, la convention collective des pilotes.

[121] Dans les renseignements de sondage qui ont été soumis au Tribunal, rien n'indique qu'à l'époque applicable il existait aux Pays-Bas un régime législatif qui limitait ou interdisait la retraite obligatoire pour ces pilotes avant qu'ils atteignent l'âge de 60 ans.

[122] Similarly, pilots flying for Finnair were required to retire at age 58, in accordance with the provisions of the applicable collective agreement. Again, there is nothing in the evidence that would suggest that pilots in Finland were protected by comparable domestic anti-age discrimination legislation at the time that Messrs. Vilven and Kelly were compelled to retire from Air Canada.

[123] Finally, although the survey information that was before the Tribunal suggests that the “legal retirement age” for pilots flying for Cathay Pacific Airways was 60 at the relevant time, this evidence also indicates that Cathay Pacific pilots had to retire at age 55, unless their contracts of employment were extended by the airline. Whether or not this occurred in a given case appears to be a discretionary decision on the part of the airline. There is no suggestion in the evidence that pilots have any legal entitlement to employment after age 55.

[124] As was noted earlier, the *Canadian Human Rights Act* was enacted to give effect to the fundamental Canadian value of equality—a value which the Supreme Court of Canada has described as lying at the very heart of our free and democratic society. By ignoring the situation of other Canadian pilots, and by comparing Air Canada pilots to pilots flying for legacy carriers in other countries, the Tribunal compared the situation of individuals who enjoy the protection of the Act to those who do not. This was, in my view, unreasonable.

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

[122] De la même façon, les pilotes au service de Finnair étaient tenus de prendre leur retraite à l'âge de 58 ans, conformément aux dispositions de la convention collective applicable. Là encore, rien dans la preuve ne laisse croire qu'en Finlande les pilotes étaient protégés par des dispositions législatives anti-discrimination fondée sur l'âge nationales et comparables à l'époque où MM. Vilven et Kelly ont été contraints de prendre leur retraite d'Air Canada.

[123] Finalement, même s'il ressort des renseignements de sondage soumis au Tribunal que, pour les pilotes au service de Cathay Pacific Airways, [TRADUCTION] « l'âge réglementaire de la retraite » était de 60 ans à l'époque en cause, cette preuve indique aussi que les pilotes de Cathay Pacific devaient prendre leur retraite à l'âge de 55 ans, sauf si la société aérienne prolongeait leur contrat de travail. La question de savoir si cela survenait ou non dans un cas donné semble être une décision discrétionnaire de la part de la société aérienne. La preuve ne laisse nullement croire que les pilotes avaient le droit de continuer à travailler après l'âge de 55 ans.

[124] Comme il a été dit précédemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été adoptée pour donner effet à cette valeur canadienne fondamentale qu'est l'égalité — une valeur qui, comme l'a décrit la Cour suprême du Canada, réside au cœur même de notre société libre et démocratique. En faisant abstraction de la situation d'autres pilotes canadiens, et en comparant les pilotes d'Air Canada à des pilotes au service de transporteurs traditionnels d'autres pays, le Tribunal a comparé la situation de personnes qui jouissent de la protection de la Loi à des personnes qui n'en jouissent pas. Ce fait, à mon avis, était déraisonnable.

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

*l'application de l'alinéa 15(1)c) de la Loi canadienne sur les droits de la personne.*

[126] In determining what the normal age of retirement is for the comparator group, it is next necessary to decide whether paragraph 15(1)(c) requires that there be a binding rule mandating retirement at a given age in order for the defence to be available.

[126] Pour déterminer quel est l'âge de la retraite en vigueur pour le groupe de comparaison, il est ensuite nécessaire de décider si l'alinéa 15(1)c) exige qu'il existe une règle obligeant à prendre sa retraite à un âge donné afin de pouvoir se prévaloir de la défense prévue.

(iv) Is a binding rule required for there to be a “normal age of retirement”?

iv) Doit-il y avoir une règle impérative pour qu'il existe un « âge normal de la retraite »?

[127] The Tribunal recognized in its reasons that there is a difference between the English and French versions of paragraph 15(1)(c). According to the Tribunal, one could use either a normative approach to determining the normal age of retirement in a given industry, based upon the French version of the legislation, or an empirical approach, based upon the English version.

[127] Le Tribunal a reconnu dans ses motifs qu'il y a une différence entre la version anglaise et la version française de l'alinéa 15(1)c). Selon lui, il est possible de recourir à une approche normative pour déterminer l'âge de la retraite en vigueur dans une industrie donnée, en se fondant sur la version française de la Loi, ou alors à une approche empirique, en se fondant sur la version anglaise.

[128] Likely because the issue was not argued before it, the Tribunal did not attempt to reconcile the two versions of the legislation, or to find their shared meaning, which, the applicants now say, amounts to an error of law. Instead, the Tribunal considered the issue from both a normative and an empirical approach, coming to the conclusion that 60 was the normal age of retirement for pilots in positions similar to those of Messrs. Vilven and Kelly, whichever approach was used.

[128] Vraisemblablement parce que la question n'a pas été plaidée devant lui, le Tribunal n'a pas essayé de concilier les deux versions de la disposition législative, ou de trouver leur sens commun, ce qui, disent maintenant les demandeurs, équivaut à une erreur de droit. Il a plutôt examiné la question sous un angle à la fois normatif et empirique, et il est arrivé à la conclusion que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour les pilotes occupant le genre d'emploi qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly, indépendamment du type d'approche utilisé.

[129] While Air Canada initially objected to the issue of the need to reconcile the English and French versions of paragraph 15(1)(c) being raised for the first time before this Court, the airline subsequently acknowledged that the issue involves a question of law, that the record relating to the issue is complete, and that it has not been prejudiced in any way by having the issue raised for the first time on judicial review. As a consequence, I will deal with the applicants' argument.

[129] Même si Air Canada s'est tout d'abord opposée à la question de la nécessité de concilier la version anglaise et la version française de l'alinéa 15(1)c), question que l'on soulevait pour la première fois devant la Cour, l'entreprise de transport aérien a par la suite reconnu que ce point comportait une question de droit, que le dossier relatif à ce point était complet et que le fait de le soulever pour la première fois au stade du contrôle judiciaire ne lui avait causé aucun préjudice. J'analyserai donc l'argument des demandeurs.

[130] Although I agree with Messrs. Vilven and Kelly that the Tribunal erred in finding that there was a rule governing the maximum age of retirement in the airline

[130] Je suis d'accord avec MM. Vilven et Kelly que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il existait une règle régissant l'âge maximal de la retraite

industry, I am not persuaded that proof of the existence of such a rule was in fact required before the defence under paragraph 15(1)(c) could be established.

[131] The Tribunal held that the ICAO standard in effect at the time of the retirements of Messrs. Vilven and Kelly qualified as a “rule” governing the age of retirement in the airline industry, as it governed the same community of international carriers that the Tribunal had chosen as comparators to determine “positions similar” to those of Messrs. Vilven and Kelly. This finding is problematic from a couple of perspectives.

[132] Firstly, as Air Canada has now conceded, the mandatory ICAO standard for pilot-in-command flying in international airspace did not even apply to Mr. Vilven, who was working as a first officer at the time that he was forced to retire, and thus would not ordinarily have been designated as the pilot-in-command of aircraft. As a “co-pilot”, Mr. Vilven would only have been subject to ICAO’s maximum age *recommendation*.

[133] Secondly, the ICAO standard in effect at the time that Messrs. Vilven and Kelly were forced to retire from Air Canada did not “require retirement at age 60” for pilots-in-command, as the Tribunal stated at paragraph 58 of its decision. The mandatory standard simply stipulated that pilots could not act as pilots-in-command of aircraft engaged in international commercial air transport operations if the individual had attained 60 years of age. Nothing in the ICAO standard necessarily precluded pilots over the age of 60 from acting as co-pilots on such flights.

[134] As was explained earlier, although the “pilot-in-command” of an aircraft would usually be the captain, this is not necessarily so. As a consequence, Mr. Kelly would not have been caught by the mandatory ICAO standard if, for example, his first officer was designated as the pilot-in-command on his flights, or if he had used

dans l’industrie du transport aérien, mais je ne suis pas convaincue que la preuve de l’existence d’une telle règle était en fait requise avant que l’on puisse établir la défense que prévoit l’alinéa 15(1)c).

[131] Le Tribunal a déclaré que la norme de l’OACI qui était en vigueur à l’époque de la mise à la retraite de MM. Vilven et Kelly pouvait être considérée comme une « règle » régissant l’âge de la retraite dans l’industrie du transport aérien, car elle s’appliquait au même groupe de transporteurs internationaux que celui que le Tribunal avait choisi comme élément de comparaison pour déterminer le « genre d’emploi » qu’occupaient MM. Vilven et Kelly. Cette conclusion pose problème sous deux angles.

[132] Premièrement, comme Air Canada l’a maintenant admis, la norme obligatoire de l’OACI pour les pilotes-commandants de bord volant dans l’espace aérien international ne s’appliquait même pas à M. Vilven, qui travaillait comme premier officier à l’époque où il avait été forcé de prendre sa retraite, et ce dernier ne serait donc généralement pas désigné comme pilote-commandant de bord d’un appareil. À titre de « copilote », M. Vilven n’aurait été soumis qu’à la recommandation de l’OACI au sujet de l’âge maximal.

[133] Deuxièmement, la norme de l’OACI qui était en vigueur à l’époque où MM. Vilven et Kelly ont été obligés de prendre leur retraite d’Air Canada n’exigeait pas que « les pilotes commandants de bord prennent leur retraite à 60 ans », comme l’indique le Tribunal au paragraphe 58 de sa décision. La norme obligatoire prescrivait simplement que les pilotes, s’ils avaient atteint l’âge de 60 ans, ne pouvaient pas occuper le poste de pilote-commandant de bord d’un appareil prenant part à des activités de transport aérien commercial internationales. Rien dans la norme de l’OACI n’empêchait nécessairement les pilotes âgés de plus de 60 ans d’agir comme copilote lors de tels vols.

[134] Comme il a été expliqué précédemment, même si le « commandant de bord » d’un appareil est habituellement le capitaine, cela n’est pas nécessairement le cas. De ce fait, M. Kelly ne serait pas tombé sous le coup de la norme obligatoire de l’OACI si, par exemple, son premier officier était désigné comme le pilote-commandant



his seniority to bid for a position as a first officer, rather than as a captain.

[135] That said, I am not persuaded that proof of the existence of an industry rule is required in order for there to be a “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the Act.

[136] As the Tribunal recognized, there is a difference between the wording of the English version of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, and that contained in the French version of the same provision. The applicants say that the shared meaning of the French and English versions of the provision requires that there be a binding rule in place mandating mandatory retirement at a given age before the defence under paragraph 15(1)(c) will be available to an employer.

[137] Given that no such binding rule exists in this case, the applicants argue that the Tribunal’s decision was unreasonable.

[138] The English version of the legislation states that it is not a discriminatory practice if an individual’s employment is terminated because that individual has reached “the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual”. In contrast, the French version of paragraph 15(1)(c) provides that it is not a discriminatory practice if an individual’s employment is terminated “*en appliquant la règle de l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi*” (emphasis added).

[139] According to the applicants, the French version of the legislation is perfectly clear, requiring that there be a “*règle*” or “rule” in effect for similar positions before the defence provided for in paragraph 15(1)(c) of the Act can be made out. In contrast, the English version of the same provision is ambiguous, referring as it does to the “normal age of retirement”. The applicants say that if “normal” is understood to mean “usual”, or “the statistical norm”, this then leads to a conflict with the French version of the legislation.

de bord sur ses vols, ou s’il s’était prévalu de son ancienneté pour accéder à un poste de premier officier, plutôt qu’à celui de capitaine.

[135] Cela dit, je ne suis pas convaincue qu’il est nécessaire de prouver l’existence d’une règle applicable dans l’industrie pour qu’il existe un « âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)c) de la Loi.

[136] Comme l’a reconnu le Tribunal, il y a une différence entre le libellé de la version anglaise de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et le libellé de la version française de la même disposition. Selon les demandeurs, le sens commun des deux versions de la disposition exige qu’il existe une règle impérative prescrivant la retraite obligatoire à un âge donné avant qu’un employeur puisse se prévaloir de la défense que prévoit l’alinéa 15(1)c).

[137] Les demandeurs soutiennent qu’étant donné qu’il n’existe aucune règle impérative du genre en l’espèce, la décision du Tribunal était déraisonnable.

[138] Selon la version anglaise de la disposition législative, le fait de mettre fin à l’emploi d’une personne parce que cette personne « *has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual* » n’est pas un acte discriminatoire. Par contraste, la version française de l’alinéa 15(1)c) précise que ne constitue pas un acte discriminatoire le fait de mettre fin à l’emploi d’une personne « en appliquant la règle de l’âge de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi » (non souligné dans l’original).

[139] Selon les demandeurs, la version française de la disposition législative est parfaitement claire : elle exige qu’il existe une « règle » pour des postes semblables avant que l’on puisse se prévaloir de la défense prévue à l’alinéa 15(1)c) de la Loi. Par contraste, la version anglaise de la même disposition est ambiguë, car elle fait référence au « *normal age of retirement* ». Les demandeurs disent que si le mot « *normal* » veut dire « habituel » ou s’il désigne « la norme statistique », cela crée donc un conflit avec la version française de la disposition législative.

[140] The applicants submit that the French version of the provision is narrower than the English version. Given that paragraph 15(1)(c) creates an exception to the rights provided for in the *Canadian Human Rights Act*, the narrower version of the legislation should be preferred.

[141] Air Canada and ACPA say that the reconciliation of the two versions of the Act is not difficult when regard is had to the broader context of the legislation, and, in particular, to subsection 9(2) of the Act, which provides that:

9. (1) ...

(2) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice for an employee organization to exclude, expel or suspend an individual from membership in the organization because that individual has reached the normal age of retirement for individuals working in positions similar to the position of that individual. [Emphasis added.]

[142] The respondents submit that the language in the concluding portion of subsection 9(2) in the English version of the Act is identical to that contained in the English version of paragraph 15(1)(c), whereas the French versions of the two provisions differ.

[143] As a consequence, the respondents argue that in three of the four places in the Act where reference is made to the retirement age for individuals working in positions similar to that of a complainant, the term “normal” is used. This, they say, demonstrates that there is a shared meaning between the English and French versions of both subsection 9(2) and paragraph 15(1)(c), which gives the words their most obvious, ordinary meaning and accords with the context and purpose of the enactment in which they occur.

[144] Thus, the respondents say that all that is required is for the Tribunal to determine the usual or customary age of retirement for a particular group of individuals, and that a binding rule mandating retirement at a specified age is not necessary for a defence under paragraph 15(1)(c) of the Act to succeed.

[145] Finally, the respondents point to comments made by the Minister of Justice and by the Assistant

[140] Les demandeurs font valoir que la version française de la disposition est plus restrictive que la version anglaise. Comme l’alinéa 15(1)c) crée une exception aux droits prévus dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, c’est la version plus restrictive qu’il faudrait privilégier.

[141] Air Canada et l’APAC disent qu’il n’est pas difficile de concilier les deux versions de la Loi quand on tient compte du contexte plus large de la législation et, en particulier, du paragraphe 9(2) de la Loi, qui est libellé comme suit :

9. (1) [...]

(2) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) le fait pour une organisation syndicale d’empêcher une adhésion ou d’expulser ou de suspendre un adhérent en appliquant la règle de l’âge normal de la retraite en vigueur pour le genre de poste occupé par l’individu concerné. [Non souligné dans l’original.]

[142] Les défendeurs soutiennent que le texte se trouvant à la fin du paragraphe 9(2) de la version anglaise de la Loi est identique au texte contenu dans la version anglaise de l’alinéa 15(1)c), tandis que les versions françaises des deux dispositions sont différentes.

[143] Les défendeurs soutiennent, en conséquence, que dans trois des quatre endroits de la Loi où il est fait référence à l’âge de la retraite pour les personnes occupant le genre d’emploi qu’occupait un plaignant, le mot « normal » est employé. Cela, disent-ils, montre qu’il y a un sens commun entre la version anglaise et la version française du paragraphe 9(2) et de l’alinéa 15(1)c), ce qui confère aux mots leur sens ordinaire le plus évident et concorde avec le contexte et l’objet du texte législatif dans lequel ils apparaissent.

[144] Les défendeurs disent donc qu’il suffit que le Tribunal détermine l’âge habituel de la retraite pour un groupe particulier de personnes, et qu’il n’est pas nécessaire qu’il existe une règle impérative prescrivant la retraite à un âge précisé pour qu’une défense fondée sur l’alinéa 15(1)c) de la Loi soit retenue.

[145] Enfin, les défendeurs font état de commentaires qu’ont faits le ministre de la Justice et le sous-ministre

Deputy Minister of Justice for Policy and Planning prior to the enactment of the *Canadian Human Rights Act* as evidence of the fact that Parliament did not intend that there would have to be a binding rule in place before the defence under paragraph 15(1)(c) of the Act could be available to respondents.

[146] When addressing a question of statutory interpretation, the words of an Act are to be read in their entire context, and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, and see Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 1.

[147] Both the French and the English versions of federal legislation have equal authenticity, and neither is to be preferred over the other: see *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, section 13 and *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at page 774.

[148] Where the English and French versions of legislation do not say the same thing, a meaning that is common to both ought to be adopted: see *Sullivan on the Construction of Statutes*, at page 100. That is, an interpretation reconciling the two versions is to be favoured, because it is assumed that this better reflects the work of a rational legislature: see Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000), at pages 323–324 and 349.

[149] Where a shared meaning has been identified, it may nonetheless be tested against other indicators to ensure that it is the meaning intended by Parliament. The shared meaning may also be rejected if there is another interpretation that is for some reason preferable: see *Sullivan on the Construction of Statutes*, at pages 100–101.

[150] In this case, the English version of paragraph 15(1)(c) speaks of the “normal” age of retirement in

adjoint de la Justice chargé des politiques et de la planification avant l’adoption de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comme preuve du fait que le législateur n’envisageait pas qu’il devrait y avoir une règle impérative avant que les défendeurs puissent se prévaloir de la défense prévue à l’alinéa 15(1)(c) de la Loi.

[146] Lorsqu’on examine une question d’interprétation législative, les termes d’une loi doivent être lus dans leur contexte global, en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur : voir *Rizzo et Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, ainsi que Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), à la page 1.

[147] La version française et la version anglaise des lois fédérales ont également force de loi ou même valeur : voir la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 31, article 13 et *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la page 774.

[148] Dans les cas où la version anglaise et la version française d’une loi ne disent pas la même chose, il convient de retenir un sens qui est commun aux deux : voir *Sullivan on the Construction of Statutes*, à la page 100. C’est-à-dire qu’il convient de privilégier une interprétation qui concilie les deux versions, car il est présumé que cela reflète mieux le travail d’une assemblée législative rationnelle : voir Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. (Montréal : Thémis, 1999), aux pages 408 à 410 et 442.

[149] Une fois que l’on a trouvé un sens commun, ce dernier peut néanmoins être vérifié par rapport à d’autres indicateurs afin de s’assurer qu’il s’agit du sens qu’envisageait le législateur. Ce sens commun peut aussi être rejeté s’il existe une autre interprétation qui, pour une raison quelconque, s’avère préférable : *Sullivan on the Construction of Statutes*, aux pages 100 et 101.

[150] Dans la présente affaire, la version anglaise de l’alinéa 15(1)(c) traite de l’âge « normal » de la retraite en

force for a certain type of position. “Normal” is defined by the *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. (Della Thompson, ed., Oxford: Clarendon Press, 1995) as “conforming to a standard; regular, usual, typical”. Similarly, the *Random House Webster’s Unabridged Dictionary*, 2nd ed. (New York: Random House, 2001) defines “normal” as “conforming to the standard or the common type; usual, not abnormal; regular; natural.”

[151] In contrast, the French version of the provision refers to “*la règle* de l’âge de la retraite en vigueur” (emphasis added). “*Règle*” is defined in *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Josette Rey-Debove & Alain Rey, ed., Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993, as “Ce qui est imposé ou adopté comme ligne directrice de conduite → coutume, habitude, usage. Formule qui indique ce qui doit être fait dans un cas déterminé → convention, institution.” “*Règle*” is also defined as “*loi, norme, précepte, prescription, principe*”.

[152] Thus it appears that the use of the word “*règle*” in the French version of paragraph 15(1)(c) does not necessarily refer to a formal, rigid, binding rule as the applicants suggest. As the dictionary definition cited above indicates, while a “*règle*” may amount to a binding law, it may also refer to a norm, usage, custom or standard. On the other hand, the word “normal” may relate to a standard, or a regular, usual or typical practice, but does not, in its ordinary sense, contemplate a binding rule.

[153] In order to establish the defence contemplated by paragraph 15(1)(c) of the Act, the shared meaning of the English and French versions of the provision requires that the age of retirement in issue must be normal, customary or standard within the relevant industry sector. The existence of a binding rule mandating retirement at a particular age is not required.

[154] In light of the foregoing analysis, to the extent that the Tribunal’s reasons may be read as requiring that

vigueur pour un certain type de postes. Le mot « *normal* » est défini comme suit dans le *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9<sup>e</sup> éd. (Della Thompson, dir., Oxford : Clarendon Press, 1995) : [TRADUCTION] « conforme à une norme; ordinaire, habituel, caractéristique ». De la même façon, le *Random House Webster’s Unabridged Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. (New York : Random House, 2001) définit le mot « *normal* » comme suit : [TRADUCTION] « conforme à la norme ou au type commun; habituel, non anormal; régulier; naturel ».

[151] Par contraste, la version française de la disposition fait référence à « la règle de l’âge de la retraite en vigueur » (non souligné dans l’original). Le mot « règle » est défini dans *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Josette Rey-Debove et Alain Rey, dir., Paris : Dictionnaires Le Robert, 1993 comme suit : « Ce qui est imposé ou adopté comme ligne directrice de conduite → coutume, habitude, usage. Formule qui indique ce qui doit être fait dans un cas déterminé → convention, institution. » Le mot « règle » est également défini comme suit : « loi, norme, précepte, prescription, principe. »

[152] Il semble donc que l’emploi du mot « règle » dans la version française de l’alinéa 15(1)c) ne fasse pas nécessairement référence à une règle impérative, stricte et formelle, comme le laissent entendre les demandeurs. Ainsi que l’indique la définition du dictionnaire citée ci-dessus, bien qu’une « règle » puisse équivaloir à une loi impérative, elle peut également faire référence à une norme, un usage ou une coutume. En revanche, le mot « *normal* » peut se rapporter à une norme, ou à une pratique régulière, habituelle ou caractéristique, mais, dans son sens ordinaire, il n’envisage pas une règle impérative.

[153] Pour pouvoir établir la défense que prévoit l’alinéa 15(1)c) de la Loi, le sens commun de la version anglaise et de la version française de la disposition exige que l’âge de la retraite qui est en litige soit l’âge normal ou habituel au sein du secteur industriel applicable. L’existence d’une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier n’est pas requise.

[154] Au vu de l’analyse qui précède, dans la mesure où les motifs du Tribunal peuvent être considérés comme

there be a binding rule in place mandating retirement at a fixed age in order for there to be a “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, the Tribunal’s decision was unreasonable.

[155] I note that my interpretation of paragraph 15(1)(c) is consistent with the jurisprudence: see, for example, *McAllister v. Maritime Employers Association* (1999), 172 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Prior v. Canadian National Railway Company* (1983), 4 C.H.R.R. D/268 (C.H.R.T.); *Campbell and Stevenson*, both previously cited.

[156] In *McAllister*, this Court relied on dictionary definitions to interpret the phrase “normal age of retirement” as it is used in paragraph 15(1)(c) to mean “‘standard, a type; what is expected or regarded as normal; customary behaviour, appearance’ (in this case: to guide and regulate the retirement age in the industry)”: at paragraph 69.

[157] In coming to the conclusion that a binding rule is not required for the defence under paragraph 15(1)(c) of the Act to be available to an employer, I have given careful consideration to the applicants’ argument that the narrower French version of the legislation is to be preferred, given that the provision creates an exception to the rights protected by the *Canadian Human Rights Act*, and as such should be narrowly construed.

[158] While it is true that defences under the Act are to be narrowly construed, the words of the Act must still be given their ordinary meaning, and cannot be interpreted in a manner that is inconsistent with the wording of the legislation: see *Potash Corporation*, at paragraph 19. Reading the English version of paragraph 15(1)(c) as requiring the existence of a binding rule before a “normal age of retirement” can be established, would, in my view, do violence to the ordinary meaning of the language contained in the paragraph. Moreover, it would be contrary to the intent of Parliament in enacting this provision.

exigeant qu’il existe une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge fixe pour qu’il y ait un « âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, la décision du Tribunal était déraisonnable.

[155] Je signale que mon interprétation de l’alinéa 15(1)c) concorde avec la jurisprudence : voir, par exemple, *McAllister c. Association des employeurs maritimes*, [1999] A.C.F. n° 1175 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Prior c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (1983), T.D. 2/83 (T.C.D.P.), ainsi que *Campbell et Stevenson*, tous deux précités.

[156] Dans *McAllister*, la Cour s’est fondée sur des définitions de dictionnaire pour interpréter les mots « *normal age of retirement* » (en français « âge de la retraite en vigueur »), à l’alinéa 15(1)c), comme signifiant : « [TRADUCTION] “Modèle. Type. Ce qu’on considère ou estime normal. Ce qui correspond à l’usage général” » : au paragraphe 69.

[157] Pour arriver à la conclusion selon laquelle il n’est pas nécessaire d’avoir une règle impérative pour qu’un employeur puisse se prévaloir de la défense prévue par l’alinéa 15(1)c) de la Loi, j’ai examiné avec soin l’argument des demandeurs selon lequel il convient de privilégier la version française plus restrictive de la disposition, vu que cette dernière crée une exception aux droits que protège la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et que, dans ce contexte, elle devrait être interprétée de manière restrictive.

[158] S’il est vrai que les défenses que prévoit la Loi doivent être interprétées de manière restrictive, il faut quand même donner aux termes de la Loi leur sens ordinaire, et ceux-ci ne peuvent pas être interprétés d’une manière qui soit incompatible avec le texte de celle-ci : voir *Potash Corporation*, au paragraphe 19. Le fait de considérer que la version anglaise de l’alinéa 15(1)c) requiert l’existence d’une règle impérative avant qu’il soit possible d’établir l’« âge de la retraite en vigueur » irait, selon moi, à l’encontre du sens ordinaire du texte contenu dans l’alinéa. En outre, cela serait contraire à l’intention qu’avait le législateur au moment où il a adopté cette disposition.

[159] In this regard, I refer to the comments of Minister of Justice Ron Basford, and Assistant Deputy Minister Strayer, who explained that the intent of the provision was to leave the question of a mandatory retirement age in the private sector to be negotiated between employers and employees.

[160] Minister Basford testified as follows [in *Campbell*, at paragraph 5482]:

... I would like to point out that the determination of retirement age in the federal public sector is a matter of legislation or regulatory policy. In the private sector this is a matter which has traditionally been left to be determined between employers and employees.

[161] Similarly, Assistant Deputy Minister Strayer testified that [in *Campbell*, at paragraph 5482]:

What clause 14(c) [now paragraph 15(1)(c)] means is that as long as the individual is obliged to retire at the same age as everyone else in his kind of employment, then it would not be treated as a discriminatory act to require him to retire. The problem is in knowing what to do to go beyond that. As the Minister says in his statement, public service employment, which is one of the largest areas of employment covered by the bill, is already governed by law as far as the retirement age is concerned. As for the rest, I believe retirement is often a matter of collective bargaining, it is also a matter of personal negotiation, and as far as we could determine the next best arrangement would be to somehow enable the commission to review what was a reasonable retirement age in that particular employment.

[162] Clearly, at the time that the *Canadian Human Rights Act* was enacted, it was not contemplated that the defence under paragraph 15(1)(c) of the Act would only be available where there was a binding rule in a given industry mandating retirement at a particular age.

[163] The next question, then, is whether there was a normal, customary or standard age of retirement for Canadian pilots flying aircraft of varying sizes and types, transporting passengers to both domestic and international destinations, through Canadian and foreign airspace.

[159] À cet égard, je renvoie aux commentaires qu'ont faits le ministre de la Justice Ron Basford, et le sous-ministre adjoint Strayer, qui ont expliqué que l'intention de la disposition était de laisser au secteur privé le soin de négocier la question de l'âge obligatoire de la retraite entre les employeurs et les employés.

[160] Le ministre Basford a déclaré ce qui suit [dans l'arrêt *Campbell*, à la page 5] :

J'aimerais souligner que l'âge de la retraite au sein de la fonction publique fédérale est déterminé suivant une loi ou un règlement. Dans le secteur privé, cette question a traditionnellement été laissée à la discrétion de l'employeur et de l'employé.

[161] Dans le même ordre d'idées, le sous-ministre adjoint Strayer a déclaré ceci [dans l'arrêt *Campbell*, à la page 5] :

La clause 14c) [aujourd'hui l'alinéa 15(1)c)] signifie que tant qu'une personne est obligée de prendre sa retraite au même âge que tout autre employé occupant un poste similaire, il n'est pas discriminatoire de lui demander de prendre sa retraite. Le problème reste de savoir quoi faire quand la question déborde ce cadre. Comme le ministre l'a dit, la fonction publique, l'un des plus grands secteurs tombant sous le coup du projet de loi, est déjà régie par une loi en ce qui concerne l'âge de la retraite. Pour ce qui est du reste, je crois que l'âge de la retraite est souvent établi par voie de négociations collectives. C'est également une question pouvant faire l'objet de négociations individuelles, et à notre connaissance, la deuxième solution serait de permettre à la Commission de faire une étude pour déterminer un âge raisonnable pour la retraite dans cet emploi en particulier.

[162] À l'évidence, à l'époque de l'adoption de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il n'était pas envisagé que la défense prévue à l'alinéa 15(1)(c) de la Loi ne serait disponible que dans les cas où il existait, dans une industrie donnée, une règle impérative obligeant à prendre sa retraite à un âge en particulier.

[163] La question suivante consiste donc à savoir s'il existe un âge de la retraite normal, habituel ou standard pour les pilotes canadiens qui sont aux commandes d'aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger.

(v) Was there a “normal age of retirement” for Canadian airline pilots?

[164] As was noted earlier in these reasons, in addition to utilizing a normative approach to the “normal age of retirement” issue, the Tribunal also used an empirical approach in determining that 60 was the normal age of retirement for airline pilots.

[165] The Tribunal considered the statistical evidence presented at the hearing with respect to retirement ages for commercial airline pilots, both in Canada and around the world. Because the Tribunal concluded that no Canadian airline apart from Air Canada would qualify as a “major international carrier”, information regarding these airlines was not used to identify the normal age of retirement for positions similar to those of Messrs. Vilven and Kelly.

[166] The Tribunal found that complete data was available for less than half of the major international airlines that were included in the survey. The 10 major international airlines for which complete data was available collectively employed some 25 308 pilots. During the 2003–2005 period, 80% of these pilots were required to retire at age 60 or younger. This led the Tribunal to conclude that 60 was the retirement age for the majority of positions similar to those of Messrs. Vilven and Kelly, and was thus the “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*. As a consequence, the Tribunal found that Air Canada’s mandatory retirement policy did not amount to a discriminatory practice within the meaning of the Act.

[167] As the Federal Court of Appeal observed in the *Stevenson* case, previously cited, the identification of the “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c) presents its problems: see paragraph 11. However, the approach taken by human rights tribunals has generally been based upon a number count of similar positions: see for example, *Campbell* and *Prior*, both previously cited.

v) Existait-il un « âge de la retraite en vigueur » pour les pilotes de ligne canadiens?

[164] Comme il a été noté précédemment dans les présents motifs, en plus de recourir à une approche normative à l’égard de la question de l’« âge de la retraite en vigueur », le Tribunal a également eu recours à une approche empirique pour déterminer que 60 ans était l’âge de la retraite en vigueur pour les pilotes de ligne.

[165] Le Tribunal a examiné les preuves statistiques présentées à l’audience au sujet de l’âge de la retraite de pilotes de l’aviation commerciale, tant au Canada qu’ailleurs dans le monde. Comme il a conclu qu’aucune société aérienne canadienne à part Air Canada ne pouvait être considérée comme un « transporteur international important », les renseignements concernant ces sociétés aériennes n’ont pas servi à déterminer l’âge de la retraite en vigueur pour les emplois semblables à ceux qu’occupaient MM. Vilven et Kelly.

[166] Le Tribunal a conclu que l’on disposait de données complètes pour moins de la moitié des grandes sociétés aériennes internationales incluses dans le sondage. Les 10 grandes sociétés aériennes internationales pour lesquelles on disposait de données complètes employaient collectivement quelque 25 308 pilotes. Au cours de la période de 2003–2005, 80 p. 100 de ces pilotes étaient tenus de prendre leur retraite à l’âge de 60 ans ou moins. Cela a amené le Tribunal à conclure que 60 ans était l’âge de la retraite pour la majorité des emplois semblables à ceux qu’occupaient MM. Vilven et Kelly, et qu’il s’agissait donc de l’« âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. En conséquence, le Tribunal a conclu que la politique d’Air Canada en matière de retraite obligatoire n’équivalait pas à un acte discriminatoire au sens de la Loi.

[167] Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Stevenson*, précité, la détermination de l’« âge de la retraite en vigueur » pour l’application de l’alinéa 15(1)c) comporte ses problèmes : voir le paragraphe 11. Cependant, l’approche suivie par les tribunaux des droits de la personne est généralement fondée sur un dénombrement d’emplois semblables : voir, par exemple, *Campbell* et *Prior*, tous deux précités.

[168] In *Campbell*, the Tribunal found 60 to be the normal age of retirement where approximately 81% of Canadian flight attendants were required to retire by that age. In *Prior*, the fact that 60% of Canadian freight checkers were subject to retirement at age 65 was deemed sufficient for a finding that 65 was the “normal age of retirement” for such positions. A similar approach has been taken by labour arbitrators: see *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29.

[169] Given that paragraph 15(1)(c) refers to the normal age of retirement for “employees working in positions similar” to that occupied by a complainant, I agree with the Tribunal that the determination of the normal age of retirement requires a statistical analysis of the total number count of relevant positions. As the Tribunal observed in *Campbell*, it would be unreasonable for a very small airline to be weighted on an equal footing with a large airline such as Air Canada in determining the industry norm: see paragraph 5481.

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

[171] I also agree with the Tribunal’s observation that there are problems associated with using Canadian data for comparison purposes. Citing the Tribunal decision in *Campbell*, the Tribunal noted that because of Air Canada’s dominant position within the Canadian airline industry, a comparison of pilot positions within Canada would result in Air Canada setting the industry norm. This would allow Air Canada to effectively determine the “normal age of retirement” for the purposes of paragraph 15(1)(c) of the Act.

[168] Dans la décision *Campbell*, le Tribunal a jugé que 60 ans était l’âge normal de la retraite parce qu’environ 81 p. 100 des agents de bord canadiens étaient tenus de prendre leur retraite à cet âge-là. Dans la décision *Prior*, le fait que 60 p. 100 des contrôleurs de marchandises canadiens devaient prendre leur retraite à l’âge de 65 ans a été considéré comme suffisant pour conclure que 65 ans était l’« âge normal de la retraite » pour ce genre d’emploi. Les arbitres du travail ont suivi une approche semblable : voir *CKY-TV v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (Local 816) (Kenny Grievance)* (2008), 175 L.A.C. (4th) 29.

[169] Étant donné que l’alinéa 15(1)c traite de « l’âge de la retraite en vigueur pour » le genre d’emploi qu’occupait un plaignant, je conviens avec le Tribunal que la détermination de l’âge normal de la retraite oblige à soumettre à une analyse statistique le dénombrement total des emplois applicables. Comme le Tribunal l’a fait remarquer dans l’affaire *Campbell*, il serait déraisonnable qu’une société aérienne de très petite taille soit évaluée sur le même pied qu’une société aérienne de grande taille comme Air Canada, afin de déterminer la norme applicable dans l’industrie : voir la page 4.

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

[171] Je souscris aussi à l’observation du Tribunal selon laquelle l’utilisation de données canadiennes à des fins comparatives pose des problèmes. Citant la décision du Tribunal dans la décision *Campbell*, le Tribunal a fait remarquer qu’en raison de la position dominante d’Air Canada au sein de l’industrie canadienne du transport aérien, une comparaison des emplois de pilote au sein du Canada aurait pour résultat que ce serait Air Canada qui fixerait la norme applicable à l’industrie. Cela permettrait à cette société de déterminer en pratique



[172] What the Tribunal did not mention was that the Tribunal in *Campbell* nevertheless went on to use the available Canadian data, noting that its concern with respect to the effect of Air Canada's industry dominance was somewhat tempered by the fact that the mandatory retirement age had been negotiated between Air Canada and Mr. Campbell's union. ACPA argues that this is also the case here, and that the retirement age in issue in this case was arrived at through negotiation between Air Canada and a very strong union.

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

[174] Therefore, despite the errors identified above, the Tribunal's conclusion that 60 was the normal age of retirement for employees in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly prior to their forced retirements from Air Canada was one that fell within the range of possible acceptable outcomes which are defensible in light of the facts and the law.

(vi) Conclusion with respect to the availability of the "normal age of retirement" defence

[175] Given that 60 was the normal age of retirement for employees in positions similar to those occupied by Messrs. Vilven and Kelly, the fact that they were forced to retire at 60 in accordance with the mandatory retirement provisions of the collective agreement in effect between Air Canada and ACPA did not amount to a discriminatory

l'« âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

[172] Ce que le Tribunal n'a pas mentionné, c'est que, dans l'affaire *Campbell*, le Tribunal a néanmoins décidé d'utiliser les données canadiennes disponibles, en notant que son inquiétude quant à l'effet de la situation dominante d'Air Canada dans l'industrie était quelque peu tempérée par le fait que l'âge de la retraite obligatoire avait été négocié entre Air Canada et le syndicat auquel appartenait M. Campbell. L'APAC fait valoir que c'est également le cas en l'espèce, et que l'âge de la retraite qui est en litige dans la présente affaire a été déterminé à la suite de négociations entre Air Canada et un syndicat très fort.

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

[174] Par conséquent, malgré les erreurs mentionnées précédemment, la conclusion du Tribunal selon laquelle 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly avant qu'ils ne prennent leur retraite forcée d'Air Canada appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

vi) La conclusion concernant la disponibilité du moyen de défense de « l'âge de la retraite en vigueur »

[175] Étant donné que 60 ans était l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'exerçaient MM. Vilven et Kelly, le fait que ces derniers aient été obligés de prendre leur retraite à 60 ans, conformément aux dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective conclue entre Air Canada et

practice within the meaning of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

[176] Before turning to consider the Tribunal's decision with respect to whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* violates subsection 15(1) of the Charter, two further comments should be made.

[177] The first relates to the significance of the ICAO standards regarding pilot age. Although I have found that the ICAO standards did not amount to a binding rule for the purpose of the analysis under paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, the standards are not irrelevant to Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints.

[178] That is, the inability to have a pilot-in-command who is over 60 (now 65) on a flight leaving Canadian airspace will undoubtedly cause logistical difficulties for Air Canada in scheduling pilots, having regard to the significant amount of transborder flying carried out by the airline. Whether these difficulties can be accommodated by Air Canada, or rise to the level of undue hardship, are issues that the Tribunal may ultimately have to address.

[179] The second comment relates to the concern with respect to Air Canada's ability, as the dominant industry player, to skew the analysis with its own mandatory retirement policy. Indeed, it is noteworthy that almost all of the 56.13% of Canadian airline pilots who are required to retire by age 60 fly for Air Canada.

[180] The arbitrator in the *CKY-TV* decision put it well when he asked "[w]hy should the Employer gain assistance from its own organizational practices in defending against a human rights challenge?": at paragraph 133.

l'APAC, ne constituait pas un acte discriminatoire au sens de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[176] Avant d'examiner la décision du Tribunal à propos de la question de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole le paragraphe 15(1) de la Charte, j'aurais deux autres commentaires à formuler.

[177] Le premier a trait à l'importance des normes de l'OACI concernant l'âge des pilotes. Même si j'ai conclu que ces normes n'équivalaient pas à une règle impérative pour ce qui est de l'analyse de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, elles ne sont pas sans rapport avec les plaintes relatives aux droits de la personne de MM. Vilven et Kelly.

[178] C'est-à-dire que l'impossibilité de pouvoir disposer d'un pilote-commandant de bord âgé de plus de 60 ans (65 aujourd'hui) à bord d'un vol quittant l'espace aérien canadien causera sans aucun doute des problèmes logistiques à Air Canada pour ce qui est de l'établissement de l'horaire de ses pilotes, vu le nombre important de vols transfrontaliers qu'accomplit cette société aérienne. La question de savoir si Air Canada est en mesure de résoudre ces difficultés, ou si ces difficultés atteignent le stade des difficultés excessives, est un problème sur lequel le Tribunal devra peut-être, en fin de compte, se pencher.

[179] Le second commentaire a trait à la préoccupation que suscite le fait qu'Air Canada soit en mesure, en tant qu'acteur dominant dans l'industrie, de fausser l'analyse par sa propre politique en matière de retraite obligatoire. En fait, il vaut la peine de signaler que la quasi-totalité des 56,13 p. 100 de pilotes de ligne canadiens qui sont tenus de prendre leur retraite avant l'âge de 60 ans travaillent pour Air Canada.

[180] Dans la décision *CKY-TV*, l'arbitre a demandé avec justesse, au paragraphe 133 : [TRADUCTION] « Pourquoi l'employeur devrait-il bénéficier de ses propres pratiques organisationnelles pour se défendre contre une contestation relative aux droits de la personne? »

[181] While this is indeed a troubling question, I agree with the arbitrator in *CKY-TV* that it is indicative of a more fundamental problem with paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, which is that the provision allows for discrimination to occur, as long as it is pervasive within an industry: see paragraph 133. However, as the arbitrator also noted, if the process is flawed, the remedy is under the Charter: see paragraph 134.

[182] The Tribunal itself observed in its 1983 decision in *Prior* that paragraph 15(1)(c) “is a rather curious provision in human rights legislation”, going so far as to suggest that the provision would not survive a challenge under section 15 of the Charter, which had not yet come into force: see paragraphs 11456–11460.

[183] This then leaves the question of whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* does in fact violate subsection 15(1) of the Charter.

VIII. Does paragraph 15(1)(c) of the CHRA violate subsection 15(1) of the Charter?

[184] Prior to the hearing of these applications, a notice of constitutional question was served by Messrs. Vilven and Kelly on the federal and provincial attorneys general, pursuant to the provisions of section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19; 2002, c. 8, s. 54] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. The notice advises that these applicants are challenging the constitutional validity of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* on the basis that it violates subsection 15(1) of the Charter. Messrs. Vilven and Kelly further assert that this violation is not saved by operation of section 1 of the Charter.

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

**15. (1)** Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the

[181] Bien qu’il s’agisse effectivement là d’une question troublante, je suis d’accord avec l’arbitre dans la décision *CKY-TV* que cela dénote l’existence d’un problème plus fondamental que pose l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, à savoir que la disposition permet de commettre des actes discriminatoires, dans la mesure où ils sont répandus au sein d’une industrie : voir le paragraphe 133. Cependant, comme l’a également signalé l’arbitre, si le processus est vicié, la réparation figure dans la Charte : voir le paragraphe 134.

[182] Le Tribunal a lui-même fait remarquer, en 1983, dans la décision *Prior*, que l’alinéa 15(1)c) « est une disposition assez curieuse dans une législation sur les droits de la personne », allant jusqu’à laisser entendre que cette disposition ne survivrait pas à une contestation fondée sur l’article 15 de la Charte, qui n’était pas encore entrée en vigueur : voir la page 18.

[183] Il reste donc à régler la question de savoir si l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole effectivement le paragraphe 15(1) de la Charte.

VIII. L’alinéa 15(1)c) de la LCDP viole-t-il le paragraphe 15(1) de la Charte?

[184] Avant l’audition des présentes demandes, MM. Vilven et Kelly ont soumis un avis de question constitutionnelle aux procureurs généraux fédéral et provincial, conformément aux dispositions de l’article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19; 2002, ch. 8, art. 54] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. L’avis indique que ces demandeurs contestent la validité constitutionnelle de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* au motif que cette disposition viole le paragraphe 15(1) de la Charte. MM. Vilven et Kelly soutiennent de plus que cette violation n’est pas sauvegardée par l’application de l’article premier de la Charte.

[185] Le paragraphe 15(1) de la Charte indique ce qui suit :

**15. (1)** La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au

law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[186] In essence, Messrs. Vilven and Kelly argue that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* denies them the equal benefit and equal protection of the law. It does so by permitting their employer to compel them to retire at a fixed age, without any regard to their individual abilities, skills and capacities, as long as that age is the normal age of retirement for positions similar to those that they occupied prior to their retirement.

[187] At the outset of the hearing, the parties confirmed that the Attorney General of Canada was indeed aware of these applications, but had elected not to participate at this stage in the proceedings.

[188] It should also be noted that the Canadian Human Rights Commission made only brief submissions in relation to the Charter issue. The Commission was of the view that it was constrained as to the position that it could take in relation to this issue, as it was its own enabling legislation that was under challenge in this proceeding.

[189] Before turning to discuss the Tribunal's treatment of the Charter issue, and in order to put that discussion into context, it is helpful to start by reviewing some of the early Supreme Court of Canada jurisprudence in relation to section 15 of the Charter, especially as it relates to the issue of mandatory retirement.

(i) Early Supreme Court of Canada jurisprudence regarding mandatory retirement

[190] The Supreme Court of Canada's 1989 decision in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, "set the template" for the Court's approach to claims under section 15 of the Charter: see *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at paragraph 14.

même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[186] Essentiellement, MM. Vilven et Kelly soutiennent que l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* les prive de la même protection et du même bénéfice de la loi, et ce, en permettant à leur employeur de les forcer à prendre leur retraite à un âge fixe, sans tenir compte de leurs aptitudes, de leurs compétences et de leurs capacités individuelles, tant que cet âge est l'âge de la retraite en vigueur pour le genre d'emploi qu'ils exerçaient avant leur retraite.

[187] Au début de l'audience, les parties ont confirmé que le procureur général du Canada était bel et bien au courant de ces demandes, mais qu'il avait décidé de ne pas participer à ce stade-ci de l'instance.

[188] Il convient aussi de noter que la Commission canadienne des droits de la personne n'a présenté que de brèves observations par rapport à la question de la Charte. La Commission était d'avis que la position qu'elle pouvait prendre par rapport à cette question était restreinte, car, dans la présente instance, c'était sa propre loi habilitante qui était contestée.

[189] Avant d'analyser la façon dont le Tribunal a traité la question de la Charte, et pour situer cette analyse dans son juste contexte, il est utile de commencer par passer en revue une partie de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada par rapport à l'article 15 de la Charte, et surtout au chapitre de la retraite obligatoire.

i) La jurisprudence de la Cour suprême du Canada au chapitre de la retraite obligatoire

[190] Dans l'arrêt de 1989 intitulé *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, la Cour suprême du Canada « établit le modèle à suivre » en ce qui concerne l'approche que la Cour doit adopter à l'égard des demandes fondées sur l'article 15 de la Charte : voir *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, au paragraphe 14.

[191] In *Andrews*, the Supreme Court first articulated its commitment to the principle of substantive, rather than formal, equality. “Formal equality” requires that everyone, regardless of their individual circumstances, be treated in an identical fashion.

[192] In contrast, “substantive equality” recognizes that in some circumstances it is necessary to treat different individuals differently, in order that true equality may be realized. In this regard, “substantive equality” is based upon the concept that “[t]he promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration”: *Andrews*, at page 171, *per* McIntyre J.

[193] As William Black and Lynn Smith explained in “The Equality Rights”, in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005), at page 969:

The term “substantive equality” indicates that one must take account of the outcomes of a challenged law or activity and of the social and economic context in which a claim of inequality arises. Assessing that context requires looking beyond the law that is being challenged and identifying external conditions of inequality that affect those outcomes. Substantive equality requires attention to the “harm” caused by unequal treatment.

[194] The majority in *Andrews* defined “discrimination” in the following terms (at page 174):

... a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

[195] The *Andrews* approach to section 15 of the Charter was utilized by the Supreme Court in a series of cases in the early 1990s dealing with the issue of mandatory retirement: see *McKinney* and *Harrison*, both previously

[191] Dans l’arrêt *Andrews*, la Cour suprême a énoncé pour la première fois son engagement à l’égard du principe de l’égalité réelle, plutôt que formelle. L’« égalité formelle » exige que tout un chacun, indépendamment des circonstances qui lui sont propres, soit traité d’une manière identique.

[192] Par contraste, l’« égalité réelle » reconnaît que dans certaines circonstances, il est nécessaire de traiter différemment des personnes différentes afin de pouvoir réaliser une véritable égalité. À cet égard, l’« égalité réelle » est fondée sur la notion selon laquelle « [f]avoriser l’égalité emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération » : *Andrews*, à la page 171, le juge McIntyre.

[193] Comme l’ont expliqué William Black et Lynn Smith dans « The Equality Rights », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005), à la page 969 :

[TRADUCTION] L’expression « égalité réelle » dénote qu’il faut prendre en compte les issues d’une loi ou d’une activité contestée, ainsi que le contexte social et économique dans lequel survient la plainte d’inégalité. L’appréciation de ce contexte oblige à examiner plus que la loi qui est contestée et à cerner les conditions externes d’inégalité qui ont une incidence sur ces issues. L’égalité réelle oblige à prendre en compte le « préjudice » causé par le traitement inégal.

[194] Dans l’arrêt *Andrews*, la majorité des juges a défini comme suit le mot « discrimination » (à la page 174) :

[...] une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société.

[195] L’angle sous lequel l’article 15 de la Charte est abordé dans l’arrêt *Andrews* a été repris par la Cour suprême dans une série d’affaires, au début des années 1990, portant sur la question de la retraite obligatoire :

cited, *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 and *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103.

[196] *McKinney* and *Harrison* are of particular relevance to this proceeding, as these decisions dealt not only with mandatory retirement imposed under the provisions of collective agreements, but also with the constitutionality of limiting provisions in human rights legislation, in light of section 15 of the Charter.

[197] The decisions in *McKinney* and *Harrison* ultimately turned on the Supreme Court's determination that universities did not form part of government, and as such were beyond the reach of the Charter. Nevertheless, the Court went on in each case to address provisions in the Ontario and British Columbia [*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22] human rights codes that limited the protection afforded by the legislation to those less than 65 years of age.

[198] In this regard, the Supreme Court was unanimous in concluding that legislation denying human rights protection to those over 65 violated subsection 15(1) of the Charter, as it denied individuals equal protection under the law, based upon their age.

[199] However, after reviewing issues such as the place of mandatory retirement within society, demographics within the workplace, and the fact that mandatory retirement policies are typically negotiated through the collective bargaining process, the majority of the Supreme Court concluded that the legislative provisions in question would have been saved under section 1 of the Charter.

(ii) The decision in *Law v. Canada*

[200] In 1999, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Law v. Canada*, previously cited. As the Supreme Court subsequently observed in *Gosselin*, the

voir *McKinney* et *Harrison*, deux arrêts précédemment cités, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, et *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103.

[196] *McKinney* et *Harrison* revêtent une pertinence particulière pour la présente instance, car ces décisions traitent non seulement de la retraite obligatoire imposée en vertu des dispositions de conventions collectives, mais aussi de la constitutionnalité de dispositions restrictives contenues dans la législation sur les droits de la personne, dans le contexte de l'article 15 de la Charte.

[197] L'issue des arrêts *McKinney* et *Harrison* a été fondée en fin de compte sur la décision de la Cour suprême selon laquelle les universités ne font pas partie du gouvernement et que, de ce fait, elles échappent à la portée de la Charte. Néanmoins, dans chacun de ces deux arrêts, la Cour a traité de dispositions des codes des droits de la personne de l'Ontario et de la Colombie-Britannique [*Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22] qui restreignaient la protection accordée aux personnes âgées de moins de 65 ans.

[198] À cet égard, la Cour suprême a été unanime à conclure que les dispositions législatives privant les personnes âgées de plus de 65 ans d'une protection des droits de la personne violaient le paragraphe 15(1) de la Charte, car ces dispositions privaient des personnes de la même protection de la loi, du fait de leur âge.

[199] Cependant, après avoir examiné des questions telles que la place de la retraite obligatoire au sein de la société, les aspects démographiques du lieu de travail et le fait que les politiques en matière de retraite obligatoire sont habituellement négociées dans le cadre du processus de négociation collective, la majorité des juges de la Cour suprême a conclu que les dispositions législatives en question auraient été validées en vertu de l'article premier de la Charte.

ii) L'arrêt rendu dans l'affaire *Law c. Canada*

[200] En 1999, la Cour suprême du Canada a rendu son arrêt dans l'affaire *Law c. Canada*, précité. Comme l'a plus tard fait remarquer la Cour suprême dans l'arrêt

central lesson of *Law* was the need for a contextual inquiry in order to establish whether a statutory distinction conflicts with the purpose of subsection 15(1) of the Charter, such that “a reasonable person in circumstances similar to those of the claimant would find that the legislation which imposes differential treatment has the effect of demeaning his or her dignity”: see *Gosselin*, previously cited, at paragraph 25.

[201] That is, the Supreme Court held in *Law* that in order to establish a violation of subsection 15(1) of the Charter, a claimant must establish, on the civil standard of proof, that the law in question imposes differential treatment as between the claimant and others, either in purpose or in effect. The claimant must further demonstrate that this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds. Finally, the claimant must show that the impugned law has a purpose or effect that is discriminatory in the sense that it denies human dignity on one of the enumerated or analogous grounds.

[202] In this regard, the Supreme Court observed that a distinction made on an enumerated or analogous ground will violate the claimant’s human dignity if it reflects or promotes the view that the individuals affected are less deserving of concern, respect, and consideration than others.

[203] In addressing the final component of the *Law* test, the Supreme Court identified four “contextual factors” to assist in determining whether a distinction contained in an impugned law, when viewed from the perspective of a reasonable person in the claimant’s circumstances, impairs his or her human dignity. These factors include [at pages 501–502]:

(A) [Any p]re-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability experienced by the individual or group at issue[;]

...

(B) The correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others[;]

*Gosselin*, la principale leçon à tirer de *Law* est qu’il faut procéder à un examen contextuel afin d’établir si une distinction entre en conflit avec l’objet du paragraphe 15(1) de la Charte, de sorte qu’« une personne raisonnable se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur estimerait que la mesure législative imposant une différence de traitement a pour effet de porter atteinte à sa dignité » : voir *Gosselin*, précité, au paragraphe 25.

[201] C’est-à-dire que la Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *Law* que, pour établir qu’il y a violation du paragraphe 15(1) de la Charte, le demandeur doit établir, selon la norme de preuve civile, que la loi en question impose une différence de traitement entre lui et d’autres personnes, par son objet ou par son effet. Il doit en outre démontrer que cette différence de traitement repose sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues. Enfin, il doit faire la preuve que la loi contestée a un objet ou un effet qui est discriminatoire, en ce sens qu’il porte atteinte à la dignité humaine pour l’un des motifs énumérés ou analogues.

[202] À cet égard, la Cour suprême a fait remarquer qu’une distinction faite pour un motif énuméré ou analogue portera atteinte à la dignité humaine du demandeur si cette distinction traduit ou propage l’idée que les personnes visées sont moins dignes d’intérêt, de respect ou de considération que les autres.

[203] En examinant le dernier élément du critère énoncé dans l’arrêt *Law*, la Cour suprême a fait état de quatre « facteurs contextuels » qui aident à déterminer si une distinction figurant dans une loi contestée, quand cette distinction est considérée sous l’angle d’une personne raisonnable dans les circonstances dans lesquelles se trouve le demandeur, porte atteinte à sa dignité humaine. Ces facteurs sont les suivants [aux pages 501 et 502] :

A) [1]a préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou de vulnérabilité subis par la personne ou le groupe en cause[;]

[...]

B) [1]a correspondance, ou l’absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d’autres personnes[;]

...  
 (C) The ameliorative purpose or effects of the impugned law upon a more disadvantaged person or group in society[;] and

[...]  
 C) [l']objet ou l'effet d'amélioration de la loi contestée eu égard à une personne ou à un groupe défavorisés dans la société[;]

...  
 (D) The nature and scope of the interest affected by the impugned law.

[...]  
 D) la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

(iii) The Tribunal's decision on the Charter issue

iii) La décision du Tribunal sur la question de la Charte

[204] Before the Tribunal, Messrs. Vilven and Kelly argued that there was no material difference between the provisions in the Ontario and British Columbia human rights codes at issue in *McKinney* and *Harrison*, and paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*. As such, they asserted that the decisions in *McKinney* and *Harrison* were binding on the Tribunal, and it necessarily followed that paragraph 15(1)(c) of the CHRA also breached subsection 15(1) of the Charter.

[204] Devant le Tribunal, MM. Vilven et Kelly ont fait valoir qu'il n'y avait pas de différence marquée entre, d'une part, les dispositions des codes des droits de la personne de l'Ontario et de la Colombie-Britannique qui sont en litige dans les arrêts *McKinney* et *Harrison* et, d'autre part, l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cela étant, ils ont soutenu que les décisions rendues dans *McKinney* et *Harrison* liaient le Tribunal et qu'il s'ensuivait forcément que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP violait lui aussi le paragraphe 15(1) de la Charte.

[205] As was noted earlier in these reasons, the Tribunal did not accept this argument, noting that since *McKinney* and *Harrison* had been decided, the law regarding the approach to be taken to claims under subsection 15(1) of the Charter had evolved. In this regard, the Tribunal made specific reference to the decisions of the Supreme Court of Canada in *Law* and *Gosselin*, both previously cited.

[205] Comme il a été mentionné précédemment dans les présents motifs, le Tribunal n'a pas souscrit à cet argument, signalant que, depuis les arrêts *McKinney* et *Harrison*, le droit régissant la manière de considérer les demandes présentées en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte avait évolué. À ce sujet, le Tribunal a fait expressément référence aux arrêts *Law* et *Gosselin*, tous deux précités, de la Cour suprême du Canada.

[206] The Tribunal noted that in *Law*, the Supreme Court held that the purpose of subsection 15(1) of the Charter is "to assure that human dignity is not harmed by arbitrary distinctions created by the law or government action", and further that "the overriding concern with protecting and promoting human dignity infuses all elements of the discrimination analysis": Tribunal decision, at paragraphs 81–82, quoting from *Law*, at paragraph 54.

[206] Le Tribunal a fait remarquer que, dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême avait déclaré que l'objet du paragraphe 15(1) de la Charte était d'« empêcher que la dignité humaine soit compromise par des distinctions arbitraires causées par la loi ou par l'action du gouvernement » et, en outre, que « tous les éléments de l'analyse relative à la discrimination sont imprégnés de la volonté supérieure de préserver et de promouvoir la dignité humaine » : décision du Tribunal, aux paragraphes 81 et 82, citant l'arrêt *Law*, au paragraphe 54.

[207] The Tribunal [at paragraph 89] then identified the issue before it as being "whether, as a result of the age-based distinction in s. 15(1)(c) of the CHRA, the

[207] Le Tribunal [au paragraphe 89] a ensuite cerné le point en litige : « si, à la suite de la distinction fondée sur l'âge prévu à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, il y a été



complainants' dignity was affronted or they experienced negative stereotyping relating to their age.”

[208] After considering the issue, the Tribunal concluded that, although paragraph 15(1)(c) of the Act deprived Messrs. Vilven and Kelly of the ability to challenge Air Canada's mandatory retirement policy, the loss of this opportunity did not violate their dignity, or fail to recognize them as full and equal members of society.

[209] In coming to this conclusion, the Tribunal asked itself firstly, whether paragraph 15(1)(c) of the Act drew a distinction between Messrs. Vilven and Kelly and others on the basis of their personal characteristics; secondly, whether they were subject to differential treatment on an enumerated or analogous ground; and thirdly, whether the differential treatment imposed a burden on them which reflected or reinforced a negative disadvantage or stereotype, or had a negative effect on their dignity or self-worth.

[210] The Tribunal identified this third question as being central to its decision.

[211] As to whether paragraph 15(1)(c) of the Act drew a distinction between Messrs. Vilven and Kelly and others on the basis of their personal characteristics, the Tribunal concluded that although it was clear that airline pilots, as pilots, did not constitute a group which suffered from negative stereotyping or pre-existing disadvantage, the more appropriate focus of the Tribunal's analysis was [at paragraph 92] “whether the complainants, as members of the group of older workers whose employment has been forcibly terminated, are subject to pre-existing disadvantage or negative stereotyping.”

[212] In this regard, the Tribunal found that the disadvantages suffered by older workers have been noted in the case law, noting that in *McKinney*, the Supreme Court observed that “[b]arring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the

porté atteinte à la dignité des plaignants ou s'ils ont été visés par un stéréotype négatif fondé sur leur âge ».

[208] Après avoir examiné la question, le Tribunal a conclu que, bien que l'alinéa 15(1)c) de la Loi prive MM. Vilven et Kelly de la chance de contester la politique de retraite obligatoire d'Air Canada, la perte de cette chance ne porte pas atteinte à leur dignité et ne fait pas en sorte qu'ils ne sont pas reconnus en tant que membres à part entière de la société.

[209] Pour arriver à cette conclusion, le Tribunal s'est demandé, en premier lieu, si l'alinéa 15(1)c) de la Loi créait entre MM. Vilven et Kelly et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles; en second lieu, s'ils étaient traités différemment d'autrui en raison d'un des motifs énumérés ou analogues; en troisième lieu, si la différence de traitement leur imposait un fardeau qui reflétait ou renforçait un désavantage ou un stéréotype négatif ou si cette différence avait un effet négatif sur leur dignité ou sur leur estime de soi.

[210] Le Tribunal a indiqué que cette troisième question était essentielle à sa décision.

[211] Quant au fait de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la Loi créait une distinction entre MM. Vilven et Kelly et d'autres personnes du fait de leurs caractéristiques personnelles, le Tribunal a conclu que même s'il était clair que les pilotes de ligne, en tant que pilotes, ne constituaient pas un groupe qui était victime d'un stéréotype négatif ou d'un désavantage préexistant, l'analyse du Tribunal [au paragraphe 92] devait porter principalement sur la question de « savoir si les plaignants, à titre de membres du groupe formé des travailleurs âgés obligés de mettre fin à leur emploi, sont victimes d'un désavantage préexistant ou d'un stéréotype négatif ».

[212] À cet égard, le Tribunal a conclu que les désavantages que subissent les travailleurs âgés ont été mentionnés dans la jurisprudence, signalant que, dans l'arrêt *McKinney*, la Cour suprême avait fait remarquer que, « [à] moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que des personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du

fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills”: at page 299.

[213] The Tribunal then went on to find that there was no indication that Messrs. Vilven and Kelly had themselves experienced these age-related disadvantages or negative stereotyping. The evidence before the Tribunal [at paragraph 95] established that both “were fully up-to-date in the latest technology and skills required to fly some of the most sophisticated aircraft in a major international airline.” Moreover, both Mr. Vilven and Mr. Kelly had been able to obtain new employment as pilots with other airlines that did not have mandatory retirement policies.

[214] Insofar as the effect of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* on the dignity of Messrs. Vilven and Kelly was concerned, the Tribunal found that the purpose of the provision was to strike a balance between the need for protection against age discrimination, and the desirability of those in the workplace being able to bargain for and organize their own terms of employment.

[215] The Tribunal further observed that paragraph 15(1)(c) does not mandate mandatory retirement; rather, it is permissive, allowing parties such as Air Canada and ACPA to negotiate contracts that include a mandatory retirement provision.

[216] The Tribunal noted that mandatory retirement policies are usually in place in situations where the employees have considerable bargaining power, most commonly through trade union representation. In this regard, the Tribunal observed that the overwhelming majority of mandatory retirement policies are found in unionized workplaces.

[217] In this case, ACPA and Air Canada agreed to retirement at age 60 in exchange for a rich compensation package, including a pension plan that put Air Canada pilots in an elite group of pensioners. Based upon the

travail que les autres. Elles n’ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d’une formation plus récente dans les techniques plus modernes » : à la page 299.

[213] Le Tribunal a ensuite conclu que rien ne laissait croire que MM. Vilven et Kelly avaient eux-mêmes subi ce type de désavantage ou de stéréotype négatif liés à l’âge. Selon la preuve soumise au Tribunal [au paragraphe 95], les deux « connaissaient très bien les dernières technologies et possédaient les habiletés pour piloter certains des appareils les plus sophistiqués d’un important transporteur aérien international ». En outre, tant M. Vilven que M. Kelly avaient été en mesure de décrocher un nouvel emploi de pilote auprès d’autres transporteurs aériens qui n’avaient pas de politique de retraite obligatoire.

[214] Pour ce qui est de l’effet de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sur la dignité de MM. Vilven et Kelly, le Tribunal a conclu que l’objet de cette disposition est de parvenir à un équilibre entre le besoin de protéger contre la discrimination fondée sur l’âge et l’intérêt des intervenants du milieu du travail qui souhaitent négocier et organiser les modalités d’emploi à leur convenance.

[215] Le Tribunal a fait en outre remarquer que l’alinéa 15(1)c) n’oblige pas à mettre les travailleurs à la retraite; cette disposition est facultative et permet aux parties comme Air Canada et l’APAC de négocier des ententes qui comportent une disposition de retraite obligatoire.

[216] Le Tribunal a souligné que les politiques de retraite obligatoire sont souvent mises en place quand les employés détiennent un pouvoir de négociation important, le plus souvent par la représentation syndicale. À cet égard, il a ajouté que la très grande majorité des politiques de retraite obligatoire se trouvent dans les milieux de travail syndiqués.

[217] En l’espèce, l’APAC et Air Canada ont convenu de fixer l’âge de la retraite à 60 ans en échange d’un généreux système de rémunération, qui comporte un régime de retraite qui situe les pilotes d’Air Canada dans

testimony of an Air Canada witness, the Tribunal observed [at paragraph 100] that employees, including Air Canada pilots, are not faced with the indignity of retiring because they have been found to be incapable of performing the requirements of their position or because of failing health. Instead, “retirement at age 60 for pilots is the fully understood and anticipated conclusion of a prestigious and financially rewarding career.”

[218] The Tribunal further noted that Messrs. Vilven and Kelly had each been aware of Air Canada’s mandatory retirement policy when they commenced their employment with the airline, and had benefited from it throughout their careers, by being able to progress through the ranks at Air Canada at a more rapid pace as a consequence of their increasing seniority. Having reaped the benefit of Air Canada’s mandatory retirement policy throughout their careers, the Tribunal held that it should not be perceived as unfair to require Messrs. Vilven and Kelly to ultimately bear the burden of that policy.

[219] The Tribunal concluded that although paragraph 15(1)(c) of the Act deprived Messrs. Vilven and Kelly of the opportunity to challenge the mandatory retirement policy in their workplace, the loss of this opportunity did not violate their dignity, or fail to recognize them as full and equal members of society. As a consequence, the Charter challenge was dismissed.

[220] That said, the Tribunal also accepted that when Messrs. Vilven and Kelly reached age 60 and had to retire from Air Canada, each experienced a blow to his self-esteem. Both complainants had testified that they missed the prestige and exciting work that they had as Air Canada pilots. Mr. Kelly had also testified to missing the friendships that he had formed at Air Canada.

[221] The Tribunal also found that the termination of one’s employment will have a profound impact on the self-worth and dignity of an individual (citing the *Reference*

un groupe privilégié de pensionnés. Se fondant sur la déposition d’un témoin d’Air Canada, le Tribunal a fait remarquer [au paragraphe 100] que les employés, dont les pilotes d’Air Canada, ne sont pas mis dans la situation embarrassante d’être obligés de prendre leur retraite parce qu’il a été conclu qu’ils sont incapables de satisfaire aux exigences de leur emploi ou que leur état de santé se dégrade. Au contraire, « la retraite à 60 ans pour les pilotes est la conclusion entièrement comprise et attendue d’une carrière prestigieuse et valorisante pécuniairement ».

[218] Le Tribunal a noté de plus que MM. Vilven et Kelly avaient tous deux été mis au courant de la politique de retraite obligatoire d’Air Canada quand ils sont entrés au service de ce transporteur aérien et qu’ils en avaient profité pendant toute leur carrière, en étant capables de gravir les échelons au sein d’Air Canada à un rythme plus rapide du fait de leur ancienneté croissante. Le Tribunal a conclu que comme ils avaient profité toute leur carrière durant de l’avantage de la politique de retraite obligatoire d’Air Canada, il ne fallait pas estimer qu’il était injuste que MM. Vilven et Kelly supportent en fin de compte le fardeau de cette politique.

[219] Le Tribunal a conclu que, même si l’alinéa 15(1)c) de la Loi privait MM. Vilven et Kelly de la chance de contester la politique de retraite obligatoire en vigueur dans leur lieu de travail, la perte de cette chance ne portait pas atteinte à leur dignité, ni n’empêchait de reconnaître qu’ils étaient des membres égaux et à part entière de la société. De ce fait, la contestation fondée sur la Charte a été rejetée.

[220] Cela dit, le Tribunal a également reconnu que, lorsque MM. Vilven et Kelly ont atteint l’âge de 60 ans et ont dû prendre leur retraite d’Air Canada, cela a porté un dur coup à leur estime d’eux-mêmes. Dans leur témoignage les deux plaignants ont affirmé que le prestige et la stimulation qui accompagnent le travail de pilote chez Air Canada leur manquaient. M. Kelly a également affirmé que les amitiés qu’il avait nouées chez Air Canada lui manquaient.

[221] Le Tribunal a aussi conclu qu’une cessation d’emploi a des répercussions profondes sur l’estime de soi et la dignité d’un individu (citant le *Renvoi relatif à*

*Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 368). However, the Tribunal held that the assessment of the impact of the termination of their employment on the dignity of Messrs. Vilven and Kelly had to be viewed in the broader context of the entirety of their careers.

[222] In this regard, the Tribunal noted that the Supreme Court of Canada has repeatedly cautioned against assessing the impact of age distinctions on human dignity based solely on isolated moments in time: citing *Law*, at paragraph 102; *Gosselin*, at paragraph 32, and *McKinney*, at pages 296–298.

[223] Referring to the evidence of Professor Hugh Carmichael, the labour economist who testified on behalf of Air Canada, the Tribunal observed [at paragraph 105] that age distinctions are viewed differently by most people than distinctions based on grounds such as gender and race. Because we all will become older, “young workers generally do not resent the fact that an older employee working beside them is paid more than them as long as they believe that they will be treated the same when they reach a similar stage in their career.”

[224] The Tribunal [at paragraph 105] thus held that age-based distinctions will be seen as fair, and will not offend human dignity, as “we can all expect to reap the benefits and bear the burden of the distinctions at some point in our lives.”

[225] Having regard to the totality of Messrs. Vilven and Kelly’s careers at Air Canada, the Tribunal concluded [at paragraph 109] that denying them the right to challenge Air Canada’s mandatory retirement policy because of the operation of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* does not communicate the message that they “are not valued as members of society, nor does it necessarily marginalize them.” According to the Tribunal, “[i]t simply reflects the view that it is not unfair to require the complainants to assume their final responsibility as Air Canada pilots. This message cannot reasonably be viewed as an affront to their dignity.”

*la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la page 368). Cependant, il a déclaré qu’il fallait examiner l’évaluation des répercussions de leur cessation d’emploi sur la dignité de MM. Vilven et Kelly dans le contexte global de leur carrière.

[222] À ce sujet, le Tribunal a fait remarquer que la Cour suprême du Canada avait mis en garde à maintes reprises contre le fait d’évaluer uniquement à partir de moments isolés dans le temps les répercussions qu’avait sur la dignité la discrimination fondée sur l’âge : citant *Law*, au paragraphe 102, *Gosselin*, au paragraphe 32, et *McKinney*, aux pages 296 à 298.

[223] Faisant référence au témoignage du professeur Hugh Carmichael, l’économiste du travail qui a témoigné pour le compte d’Air Canada, le Tribunal a fait remarquer [au paragraphe 105] que la plupart des gens voyaient les distinctions fondées sur l’âge de manière différente de celles qui sont fondées sur des motifs tels que le sexe ou la race. Parce que nous vieillissons tous, « les jeunes travailleurs acceptent qu’un employé plus âgé travaillant à côté d’eux soit mieux rémunéré, dans la mesure où ils croient qu’ils seront traités de la même façon quand ils auront atteint semblable étape dans leur carrière ».

[224] Le Tribunal a donc conclu [au paragraphe 105] que les distinctions fondées sur l’âge seront considérées comme équitables et ne porteront pas atteinte à la dignité humaine parce que « nous pouvons tous nous attendre à en récolter les bénéfices ou à en porter le fardeau à un certain moment dans nos vies ».

[225] En ce qui concerne la totalité de la carrière que MM. Vilven et Kelly ont menée chez Air Canada, le Tribunal a conclu [au paragraphe 109] que le fait de leur nier le droit de contester la politique de retraite obligatoire d’Air Canada en raison de l’application de l’alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne communique pas le message qu’ils « ne sont pas des membres estimés de la société, pas plus que cela ne les marginalise ». Au dire du Tribunal, « [c]ela ne fait que montrer qu’il n’est pas injuste que les plaignants assument leur dernière responsabilité à titre de pilotes d’Air Canada. Ce message ne peut être raisonnablement interprété comme étant une atteinte à leur dignité. »

[226] As a result, the Tribunal concluded that Messrs. Vilven and Kelly’s right to equality under subsection 15(1) of the Charter had not been violated by virtue of paragraph 15(1)(c) of the CHRA.

[227] Between the time that the Tribunal rendered its decision and the hearing of this application, the Supreme Court of Canada released its decision in *Kapp*, previously cited, which re-examines the approach to be taken in relation to claims under subsection 15(1) of the Charter. Before turning to consider whether the Tribunal was correct in its analysis of the section 15 Charter issue, it is therefore first necessary to have regard to what the Supreme Court had to say in *Kapp*.

(iv) The Supreme Court’s decision in *Kapp*

[228] As a consequence of the Supreme Court’s decision in *Law* and its progeny, a concern developed with respect to the increasing complexity of the analytical framework to be applied in relation to claims under section 15 of the Charter. Indeed, there was much academic criticism with respect to the role of “human dignity” as the core interest protected by section 15: see, for example, Donna Greschner, “Does Law Advance the Cause of Equality?” (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299; R. James Fyfe, “Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada” (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.

[229] Questions also emerged as to the continuing significance of the Supreme Court’s decision in *Andrews*, in light of the intervening jurisprudence: see Lynn Smith, “Development of Equality Rights: Contribution of the Right Honourable Antonio Lamer” (paper presented at the CIAJ Annual Conference, Reasonable Accommodation and the Role of the State: A Democratic Challenge, 25–26 September 2008) (unpublished), at page 5.

[230] Although the primary focus of *Kapp* is on subsection 15(2) of the Charter, the decision is nevertheless significant in that it also reflects an attempt on the part of the Supreme Court to address the concerns identified

[226] Le Tribunal a donc conclu que le droit à l’égalité de MM. Vilven et Kelly qui est prévu au paragraphe 15(1) de la Charte n’avait pas été violé par l’alinéa 15(1)c) de la LCDP.

[227] Entre le moment où le Tribunal a rendu sa décision et l’audition de la présente demande, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l’arrêt *Kapp*, précité, où la Cour réexamine l’approche à suivre par rapport aux demandes fondées sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Avant d’examiner si le Tribunal a analysé correctement la question relative à l’article 15 de la Charte, il est donc nécessaire en premier lieu de considérer ce que la Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *Kapp*.

iv) L’arrêt *Kapp* de la Cour suprême

[228] Par suite de l’arrêt que la Cour suprême a rendu dans l’affaire *Law* et de ceux qui l’ont suivi, la complexité croissante du cadre analytique à appliquer par rapport aux demandes fondées sur l’article 15 de la Charte a commencé à devenir préoccupante. En fait, de nombreuses critiques ont été formulées dans la doctrine au sujet du rôle de la « dignité humaine » en tant que droit fondamental protégé par l’article 15 : voir, par exemple, Donna Greschner, « Does Law Advance the Cause of Equality? » (2001), 27 *Queen’s L.J.* 299; R. James Fyfe, « Dignity as Theory: Competing Conceptions of Human Dignity at the Supreme Court of Canada » (2007), 70 *Sask. L. Rev.* 1.

[229] Des questions sont également ressorties à propos de l’importance réelle de l’arrêt de la Cour suprême dans l’affaire *Andrews*, au vu de la jurisprudence établie dans l’intervalle : voir Lynn Smith, « La construction du droit à l’égalité : la contribution du Très honorable Antonio Lamer » (document inédit, présenté à l’occasion de la conférence annuelle de l’ICAJ, sous le thème : Accommodements raisonnables et rôle de l’État : un défi démocratique, les 25 et 26 septembre 2008), à la page 5.

[230] L’arrêt *Kapp* porte principalement sur le paragraphe 15(2) de la Charte, mais cette décision est néanmoins importante en ce sens qu’elle reflète aussi une tentative de la part de la Cour suprême pour traiter

above, and to clarify the current state of the law as it relates to claims under subsection 15(1) of the Charter.

[231] In this regard, the Court observed that subsection 15(1) of the Charter is aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by reference to the grounds enumerated in section 15 or analogous grounds: *Kapp*, at paragraph 16.

[232] That is, the focus of subsection 15(1) of the Charter is on “preventing governments from making distinctions based on the enumerated or analogous grounds that: have the effect of perpetuating group disadvantage and prejudice; or impose disadvantage on the basis of stereotyping”: *Kapp*, at paragraph 25 (emphasis in the original).

[233] Tracing the evolution of the section 15 jurisprudence, the Supreme Court noted that the “template” in *Andrews*, as subsequently developed in cases such as *Law*, established what was in essence a two-part test for establishing claims of discrimination under subsection 15(1) of the Charter. The Court identified the two parts of the test as firstly, whether the law creates a distinction based on an enumerated or analogous ground and secondly, whether the distinction creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. Although these criteria were divided into three steps in *Law*, *Kapp* confirms that the test remains substantially the same: *Kapp*, at paragraph 17.

[234] Insofar as the significance of the *Law* decision was concerned, the Supreme Court noted in *Kapp* that *Law* suggested that “discrimination should be defined in terms of the impact of the law or program on the ‘human dignity’ of members of the claimant group”: *Kapp*, at paragraph 19. This determination was to be made on the basis of the four contextual factors identified by the Court.

[235] However, the Court also recognized in *Kapp* that difficulties have arisen in using human dignity as a legal

des préoccupations susmentionnées, et aussi clarifier l’état actuel du droit en ce qui concerne les demandes fondées sur le paragraphe 15(1) de la Charte.

[231] À ce sujet, la Cour a fait remarquer que le paragraphe 15(1) de la Charte vise à empêcher les distinctions discriminatoires qui ont un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l’article 15 ou par des motifs analogues : *Kapp*, au paragraphe 16.

[232] C’est-à-dire que le paragraphe 15(1) de la Charte a pour but premier d’« empêcher les gouvernements d’établir des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l’application de stéréotypes » : *Kapp*, au paragraphe 25 (en italique dans l’original).

[233] Suivant l’évolution de la jurisprudence liée à l’article 15, la Cour suprême a fait remarquer que le « modèle » établi dans l’arrêt *Andrews*, et explicité par la suite dans des arrêts tels que *Law*, a établi essentiellement un critère à deux volets devant être utilisé pour démontrer l’existence d’une discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. La Cour a identifié comme suit les deux volets de ce critère : premièrement, si la loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et, deuxièmement, si cette distinction crée un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes. Ces critères étaient divisés en trois volets dans l’arrêt *Law*, mais l’arrêt *Kapp* confirme que le critère demeure essentiellement le même : *Kapp*, au paragraphe 17.

[234] Quant à l’importance de l’arrêt *Law*, la Cour suprême a fait remarquer dans l’arrêt *Kapp* que l’arrêt *Law* propose que « la discrimination soit définie en fonction de l’effet de la loi ou du programme sur la “dignité humaine” des membres du groupe demandeur » : *Kapp*, au paragraphe 19. Cette décision devait être rendue en prenant pour base les quatre facteurs contextuels relevés par la Cour.

[235] Cependant, dans l’arrêt *Kapp* la Cour a reconnu aussi que le fait d’utiliser la dignité humaine comme

test. In this regard, the Court observed that although human dignity is an essential value underlying the subsection 15(1) equality guarantee, “human dignity is an abstract and subjective notion that, even with the guidance of the four contextual factors, cannot only become confusing and difficult to apply; it has also proven to be an *additional* burden on equality claimants, rather than the philosophical enhancement it was intended to be”: *Kapp*, at paragraph 22 (emphasis in the original).

[236] The Supreme Court also acknowledged that the decision in *Law* had additionally been the subject of criticism for the way that it “allowed the formalism of some of the Court’s post-*Andrews* jurisprudence to resurface in the form of an artificial comparator analysis focussed on treating likes alike”: *Kapp*, at paragraph 22.

[237] The Supreme Court then observed that the analysis in a given case “more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination.” The four contextual factors identified by the Supreme Court in *Law* “are based on and relate to the identification in *Andrews* of perpetuation of disadvantage and stereotyping as the primary indicators of discrimination”: *Kapp*, at paragraph 23.

[238] The Court then went on to hold that “*Law* does not impose a new and distinctive test for discrimination, but rather affirms the approach to substantive equality under s. 15 set out in *Andrews* and developed in numerous subsequent decisions”: *Kapp*, at paragraph 24.

[239] Thus, the factors identified in *Law* are not to be read literally “as if they were legislative dispositions, but as a way of focussing on the central concern of s. 15 identified in *Andrews*—combatting discrimination, defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping”: *Kapp*, at paragraph 24.

critère juridique suscite des difficultés. À cet égard, elle a fait remarquer que même si la dignité humaine est une valeur essentielle qui sous-tend la garantie d’égalité que confère le paragraphe 15(1), « la dignité humaine est une notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer même avec l’aide des quatre facteurs contextuels, mais encore s’est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l’égalité, au lieu d’être l’éclaircissement philosophique qu’elle était censée constituer » : *Kapp*, au paragraphe 22 (en italique dans l’original).

[236] La Cour suprême a également reconnu que l’arrêt rendu dans *Law* avait de plus été l’objet de critiques pour la façon dont il « a permis au formalisme de certains arrêts de la Cour ultérieurs à l’arrêt *Andrews* de ressurgir sous la forme d’une analyse comparative artificielle axée sur l’égalité de traitement des individus égaux » : *Kapp*, au paragraphe 22.

[237] La Cour suprême a ensuite fait remarquer que, dans une affaire donnée, il est plus facile d’analyser « les facteurs qui permettent de reconnaître les faits discriminatoires ». Les quatre facteurs contextuels que la Cour suprême a relevés dans l’arrêt *Law* « sont fondés sur la qualification, dans l’arrêt *Andrews*, de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes comme étant les principaux indices de discrimination, et se rapportent à cette qualification » : *Kapp*, au paragraphe 23.

[238] Et d’ajouter ensuite la Cour : « l’arrêt *Law* ne prescrit pas l’application d’un nouveau critère distinctif pour déterminer l’existence de discrimination, mais il confirme plutôt l’approche relative à l’égalité réelle visée par l’art. 15, qui a été énoncée dans l’arrêt *Andrews* et explicitée dans de nombreux arrêts subséquents » : *Kapp*, au paragraphe 24.

[239] C’est donc dire que les facteurs relevés dans l’arrêt *Law* ne doivent pas être interprétés littéralement « comme s’il s’agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l’accent sur le principal enjeu de l’art. 15, qui a été décrit dans l’arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d’un désavantage et de l’application de stéréotypes » : *Kapp*, au paragraphe 24.

[240] Since *Kapp*, the Supreme Court of Canada has reminded us of the importance of looking beyond the impugned legislation in a section 15 Charter analysis, and of the need to examine the larger social, political and legal context of the legislative distinction in a substantive equality analysis: see *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paragraphs 193–194.

[241] With this understanding of the relevant jurisprudence, I turn now to examine whether the Tribunal was correct in concluding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* does not violate subsection 15(1) of the Charter.

(v) Analysis

[242] In approaching the Charter question, it must be kept in mind from the outset that what is in issue at this point is *not* the mandatory retirement provisions of the Air Canada collective agreement. Rather, it is the permissive provision in paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* which provides that it is not a discriminatory practice if an individual is required to retire at the normal age of retirement for positions similar to that occupied by the claimant.

(a) The purpose of paragraph 15(1)(c) of the CHRA

[243] The Tribunal described the purpose of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* as being “to strike a balance between the need for protection against age discrimination and the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment”: at paragraph 98.

[244] The Tribunal’s description of the purpose of the provision is accurate, as far as it goes. A more fulsome description of the purpose of the impugned legislation was provided by the arbitrator in the *CKY-TV* case, cited earlier. In this regard, the arbitrator observed [at paragraph 210] that the legislative objective underlying

[240] Depuis l’arrêt *Kapp*, la Cour suprême du Canada nous a rappelé l’importance qu’il y a d’examiner au-delà de la disposition législative contestée lors d’une analyse fondée sur l’article 15 de la Charte, ainsi que le besoin d’examiner le contexte social, politique et juridique plus vaste dans lequel s’inscrit la distinction législative, dans le cadre d’une analyse relative à l’égalité réelle : voir *Bande et nation indiennes d’Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, aux paragraphes 193 et 194.

[241] Après cet examen de la jurisprudence applicable, voyons maintenant si le Tribunal a conclu avec raison que l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne violait pas le paragraphe 15(1) de la Charte.

v) Analyse

[242] Lorsqu’on aborde la question de la Charte, il faut garder à l’esprit dès le départ que le point en litige à ce stade-ci n’est pas les dispositions en matière de retraite obligatoire de la convention collective d’Air Canada. Il s’agit plutôt de la disposition facultative figurant à l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui dispose que le fait d’obliger une personne à mettre fin à son emploi en appliquant la règle de la retraite en vigueur pour ce genre d’emploi ne constitue pas un acte discriminatoire.

a) L’objet de l’alinéa 15(1)c) de la LCDP

[243] Le Tribunal a décrit comme suit l’objet de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* : « parvenir à un équilibre entre le besoin de protéger contre la discrimination fondée et sur l’âge et l’intérêt des intervenants du milieu du travail qui souhaitent négocier et organiser les modalités d’emploi à leur convenance » : au paragraphe 98.

[244] La description que fait le Tribunal de l’objet de la disposition est exacte, quand on la considère isolément. Une description plus complète de l’objet de la disposition législative contestée a été donnée par l’arbitre dans l’affaire *CKY-TV*, précitée. À cet égard, ce dernier a fait remarquer [au paragraphe 210] que l’objectif législatif



paragraph 15(1)(c) of the Act “was to protect a longstanding employment regime.”

[245] Referring to the comments of Minister Basford cited earlier in these reasons, the arbitrator noted that the Minister had made reference to the “‘many complex social and economic factors’ involved in mandatory retirement”, leading the arbitrator to conclude that “[t]he government’s stated preference was to continue the traditional approach whereby the issue in the private sector was addressed between employers and employees”: *CKY-TV*, at paragraph 210.

[246] The arbitrator further held that the objective of paragraph 15(1)(c) of the Act was to allow for the continuation of a socially desirable employment regime, which included pensions, job security, wages and benefits. This was to be achieved by allowing mandatory retirement “if the age matched the predominant age for the position”: *CKY-TV*, at paragraph 211.

[247] It is clear from the statements made by Minister Basford and Assistant Deputy Minister Strayer at the time that the *Canadian Human Rights Act* was enacted that paragraph 15(1)(c) of the Act was intended to create an exception to the quasi-constitutional rights otherwise provided by the Act, so as to allow for the negotiation of mandatory retirement arrangements between employers and employees, particularly through the collective bargaining process.

[248] In determining whether paragraph 15(1)(c) of the Act violates subsection 15(1) of the Charter, it is necessary to examine the issue in light of the tests articulated in *Andrews* and *Law*, taking into account the comments of the Supreme Court of Canada in *Kapp*.

(b) Does paragraph 15(1)(c) of the CHRA create a distinction based on an enumerated ground?

qui sous-tend l’alinéa 15(1)c) de la Loi [TRADUCTION] « est de protéger un régime d’emploi de longue date ».

[245] Faisant référence aux commentaires du ministre Basford cités précédemment dans les présents motifs, l’arbitre a fait remarquer que le ministre s’était reporté aux [TRADUCTION] « “nombreux facteurs économiques et sociaux complexes” qui entrent en ligne de compte dans la retraite obligatoire », ce qui l’a amené à conclure que [TRADUCTION] « la préférence déclarée du gouvernement était de poursuivre l’approche traditionnelle, à savoir que la question, dans le secteur privé, était réglée entre les employeurs et les employés » : *CKY-TV*, au paragraphe 210.

[246] L’arbitre a en outre déclaré que l’alinéa 15(1)c) de la Loi avait pour objet d’assurer la poursuite d’un régime d’emploi socialement souhaitable, qui comportait des pensions, une sécurité d’emploi, des salaires et des avantages sociaux. Cet objectif devait être atteint en autorisant la retraite obligatoire [TRADUCTION] « si l’âge correspondait à l’âge prédominant pour le poste » : *CKY-TV*, au paragraphe 211.

[247] Il ressort clairement des déclarations qu’ont faites le ministre Basford et le sous-ministre adjoint Strayer, à l’époque où la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été adoptée, que l’alinéa 15(1)c) de la Loi avait pour but de créer une exception aux droits quasi constitutionnels que prévoyaient par ailleurs la Loi, de façon à ce qu’il soit possible de négocier des ententes en matière de retraite obligatoire entre les employeurs et les employés, notamment dans le cadre du processus de négociation collective.

[248] Pour décider si l’alinéa 15(1)c) de la Loi viole le paragraphe 15(1) de la Charte, il est nécessaire d’examiner la question en fonction des critères énoncés dans les arrêts *Andrews* et *Law*, tout en tenant compte des commentaires que la Cour suprême du Canada a faits dans l’arrêt *Kapp*.

b) L’alinéa 15(1)c) de la LCDP crée-t-il une distinction fondée sur un motif énuméré?

[249] The first stage of the inquiry is to ask whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* creates a distinction based upon an enumerated or analogous ground. As reformulated in *Law*, the Court must ask itself whether the impugned law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect, and whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment.

[250] In approaching a section 15 claim, the Supreme Court in *Law* teaches that the determination of the appropriate comparator, and the evaluation of the contextual factors which determine whether the impugned legislation has the effect of demeaning a claimant's dignity must be conducted from the perspective of the claimant. However, the focus of the discrimination inquiry is both subjective and objective.

[251] That is, the inquiry is subjective “in so far as the right to equal treatment is an individual right, asserted by a specific claimant with particular traits and circumstances”. The inquiry is objective “in so far as it is possible to determine whether the individual claimant's equality rights have been infringed only by considering the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances”: *Law*, at paragraph 59.

[252] The Tribunal found that, although paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* was worded differently than the provision of the *Ontario Human Rights Code, 1981* at issue in *McKinney*, the two provisions were comparable as both exempt mandatory retirement policies from conduct that would otherwise amount to *prima facie* age discrimination. As I understand the Tribunal's reasons, the Tribunal accepted that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* makes an age-based distinction, which deprived Messrs. Vilven and Kelly of the ability to challenge Air Canada's mandatory retirement policy.

[249] La première étape de l'examen consiste à se demander si l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Comme il a été reformulé dans l'arrêt *Law*, la Cour doit se demander si la loi contestée impose une différence de traitement entre le plaignant et d'autres personnes, par son objet ou ses effets, et si un ou plusieurs des motifs de discrimination énumérés ou analogues constituent le fondement de la différence de traitement.

[250] Pour aborder une demande fondée sur l'article 15, la Cour suprême, dans l'arrêt *Law*, explique que la détermination de l'élément de comparaison approprié, ainsi que l'évaluation des facteurs contextuels qui déterminent si la disposition législative contestée a pour effet de porter atteinte à la dignité du demandeur, doit être menée sous l'angle de ce dernier. Cependant, l'examen relatif à la discrimination doit avoir une orientation à la fois subjective et objective.

[251] C'est-à-dire que l'examen est subjectif « dans la mesure où le droit à l'égalité de traitement est un droit individuel, invoqué par un demandeur particulier ayant des caractéristiques et une situation propres ». L'examen est objectif « dans la mesure où on peut déterminer s'il y a eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur simplement en examinant le contexte global des dispositions en question et le traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblable » : *Law*, au paragraphe 59.

[252] Le Tribunal a conclu que, même si l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était libellé différemment de la disposition du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario qui était en litige dans *McKinney*, les deux dispositions étaient comparables, car toutes deux dispensent les politiques de retraite obligatoire d'une conduite qui serait assimilable par ailleurs à une discrimination *prima facie* fondée sur l'âge. Selon les motifs du Tribunal, tels que je les conçois, ce dernier a admis que l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* établit une distinction fondée sur l'âge, qui a privé MM. Vilven et Kelly de la chance de contester la politique en matière de retraite obligatoire d'Air Canada.

[253] Neither Air Canada nor ACPA have challenged this finding. Indeed, ACPA acknowledged in its oral submissions that there was no material difference between paragraph 15(1)(c) of the CHRA and the provision of the Ontario *Human Rights Code, 1981* at issue in *McKinney*. As a consequence, I will deal only briefly with this issue.

[254] Equality is inherently a comparative concept. As a consequence, in order to determine whether there has been a breach of subsection 15(1) of the Charter, it is necessary to first identify specific personal characteristics or circumstances of the claimant, and compare the treatment of that individual to the treatment accorded to a relevant comparator. This comparison will assist in determining whether the claimant has experienced differential treatment, which is the first step in determining whether there has been a violation of subsection 15(1) of the Charter: see *Law*, at paragraph 24.

[255] Insofar as the choice of comparator is concerned, the Supreme Court stated in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 SCC 78, [2004] 3 S.C.R. 657, that the comparator group (at paragraph 53):

... should mirror the characteristics of the claimant or claimant group relevant to the benefit or advantage sought, except for the personal characteristic related to the enumerated or analogous ground raised as the basis for the discrimination .... The comparator must align with both the benefit and the “universe of people potentially entitled” to it and the alleged ground of discrimination ....

[256] In *Hodge v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2004 SCC 65, [2004] 3 S.C.R. 357, the Court reiterated that the appropriate comparator group will be the one which mirrors the characteristics of the claimant or claimant group relevant to the benefit or advantage sought, with the exception “that the statutory definition includes a personal characteristic that is offensive to the *Charter* or omits a personal characteristic in a way that is offensive to the *Charter*”: at paragraph 23.

[257] The relevant comparison in this case is to be made between older workers such as Messrs. Vilven and

[253] Ni Air Canada ni l’APAC n’ont contesté cette conclusion. En fait, l’APAC a reconnu dans ses observations orales qu’il n’y avait aucune différence marquée entre l’alinéa 15(1)c) de la LCDP et la disposition du *Code des droits de la personne (1981)* de l’Ontario qui était en litige dans l’arrêt *McKinney*. De ce fait, je ne traiterai que brièvement de la question.

[254] L’égalité est en soi une notion comparative. Cela étant, pour déterminer s’il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte, il faut tout d’abord cerner les caractéristiques ou la situation personnelle précises du demandeur et comparer le traitement de cette personne au traitement accordé à un groupe de comparaison applicable. Cette comparaison aidera à déterminer si le demandeur a subi une différence de traitement, ce qui constitue la première étape de la détermination d’une violation, ou non, du paragraphe 15(1) de la Charte : voir l’arrêt *Law*, au paragraphe 24.

[255] En ce qui concerne le choix de l’élément de comparaison, la Cour suprême a déclaré dans l’arrêt *Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2004 CSC 78, [2004] 3 R.C.S. 657, que (au paragraphe 53) :

[...] le groupe de comparaison doit refléter les caractéristiques du demandeur ou du groupe demandeur qui sont pertinentes quant à l’avantage recherché, hormis la caractéristique personnelle correspondant au motif énuméré ou analogue de discrimination qui est invoqué [...] L’élément de comparaison doit établir un lien entre l’avantage et « l’univers des personnes susceptibles d’[y] avoir droit », d’une part, et le motif de discrimination allégué, d’autre part [...]

[256] Dans l’arrêt *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357, la Cour a réitéré que le groupe de comparaison approprié sera celui qui reflète les caractéristiques du demandeur ou du groupe demandeur qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l’avantage recherché, sauf que « la définition dans la loi prévoit une caractéristique personnelle qui contrevient à la *Charte* ou omet une caractéristique personnelle d’une manière qui contrevient à la *Charte* » : au paragraphe 23.

[257] En l’espèce, la comparaison appropriée doit être faite entre les travailleurs plus âgés, comme MM. Vilven

Kelly, who exceed the normal age of retirement for their type of position, and younger workers occupying similar positions who have not yet reached the normal age of retirement: see *Stevenson*, previously cited, at paragraph 24, where the Federal Court of Appeal described the distinction drawn by the predecessor to paragraph 15(1)(c) of the Act as being “between persons who have reached the normal age of retirement and younger employees in the same class who have not reached that age.”

[258] Unlike the provision of the Ontario *Human Rights Code, 1981* at issue in *McKinney*, paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* does not stipulate a specific age beyond which the protection of the Act will not be available. Rather the reference is to the “normal age of retirement” as the relevant demarcation point.

[259] Thus, in *McKinney*, workers under age 65 could claim the protection of the Code in relation to claims of age discrimination, whereas those over 65 could not. In this case, the differential treatment is as between workers under the “normal age of retirement” for positions similar, and those over that “normal age of retirement”.

[260] That is, the effect of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* is to deny workers over the “normal age of retirement” the equal protection and equal benefit of the Act. Paragraph 15(1)(c) allows these individuals’ employment to be terminated solely because of their age, regardless of their individual circumstances, career aspirations, needs, abilities or merits. In contrast, individuals who are below the normal age of retirement who lose their jobs for reasons relating to their age will have recourse under the Act. This is clearly a distinction based upon an enumerated ground.

[261] The next question, then, is whether the age-related distinction contained in paragraph 15(1)(c) of the

et Kelly, qui ont dépassé l’âge de la retraite en vigueur pour leur genre d’emploi, et les travailleurs plus jeunes occupant un emploi semblable, qui n’ont pas encore atteint l’âge de la retraite : voir l’arrêt *Stevenson*, précité, au paragraphe 24, où la Cour d’appel fédérale a décrit la distinction établie par la disposition qui a précédé l’alinéa 15(1)(c) de la Loi comme étant « entre les personnes qui ont atteint l’âge normal de la retraite et les employés plus jeunes de la même catégorie qui eux n’ont pas atteint cet âge ».

[258] Contrairement à la disposition du *Code des droits de la personne (1981)* de l’Ontario qui était en litige dans l’arrêt *McKinney*, l’alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne précise pas un âge au-delà duquel la protection de la Loi n’est pas disponible. Il est plutôt fait référence, dans la version anglaise de cette disposition, au « *normal age of retirement* » comme point de démarcation pertinent.

[259] C’est donc dire que, dans l’arrêt *McKinney*, les travailleurs âgés de moins de 65 ans pouvaient solliciter la protection du Code par rapport aux plaintes de discrimination fondées sur l’âge, mais pas ceux qui étaient âgés de plus de 65 ans. En l’espèce, la différence de traitement touche les travailleurs dont l’âge est inférieur à « l’âge de la retraite en vigueur » pour le genre d’emploi qu’ils occupent, et ceux dont l’âge est supérieur à cet « âge de la retraite en vigueur ».

[260] C’est-à-dire que l’alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a pour effet de priver les travailleurs dont l’âge est supérieur à l’« âge de la retraite en vigueur » de la même protection et du même bénéfice de la Loi. Cette disposition permet de mettre fin à l’emploi de ces personnes du simple fait de leur âge, indépendamment des circonstances, des aspirations professionnelles, des besoins, des capacités ou des mérites qui leur sont propres. Par contraste, les personnes dont l’âge est inférieur à l’âge de la retraite en vigueur et qui perdent leur emploi pour des motifs liés à leur âge bénéficieront d’un recours en vertu de la Loi. Il s’agit clairement là d’une distinction fondée sur un motif énuméré.

[261] La question suivante consiste donc à savoir si la distinction fondée sur l’âge qui est contenue à

*Canadian Human Rights Act* creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* crée un désavantage en perpétuant un préjugé ou l'application de stéréotypes.

(c) Does the age-related distinction contained in paragraph 15(1)(c) of the CHRA create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?

c) La distinction fondée sur l'âge qui figure à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP crée-t-elle un désavantage en perpétuant un préjugé ou l'application de stéréotypes?

[262] As the Supreme Court observed in *Kapp, Andrews* teaches that the question to be asked at this stage in the inquiry is “[d]oes the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?”: *Kapp*, at paragraph 17.

[262] Comme la Cour suprême le fait remarquer dans l'arrêt *Kapp*, il ressort de l'arrêt *Andrews* que la question à poser à ce stade de l'examen est la suivante : « La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? » : *Kapp*, au paragraphe 17.

[263] As was explained earlier, in *Law*, the Court reformulated this question to require a court to examine whether the distinction in issue was discriminatory, in the sense of perpetuating or promoting the view that the claimant was less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society. To this end, courts were directed to focus on whether an impugned law negatively affected a claimant's “human dignity”. To assist in this analysis, four contextual factors were identified as “points of reference”.

[263] Comme il a été expliqué précédemment, dans l'arrêt *Law*, la Cour a reformulé cette question afin d'exiger qu'un tribunal examine si la distinction en litige est discriminatoire, en ce sens qu'elle a pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne. À cette fin, la Cour a donné instruction aux tribunaux de se concentrer sur la question de savoir si une disposition législative contestée avait une incidence négative sur la « dignité humaine » d'un demandeur. Pour aider à effectuer cette analyse, elle a fait état de quatre facteurs contextuels servant de « points de référence ».

[264] *Kapp* teaches that the four *Law* factors should not be read literally as if they were a legislative test. Instead, they should be understood as a way to focus on the central concern of subsection 15(1) of the Charter: namely combating discrimination defined in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping. That is, the focus is on preventing governments from making distinctions based on the enumerated or analogous grounds that have the effect of perpetuating group disadvantage and prejudice, or that impose disadvantage on the basis of stereotyping.

[264] Il ressort de l'arrêt *Kapp* que les quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* ne devraient pas être interprétés littéralement, comme s'il s'agissait d'un critère législatif. Il faudrait plutôt les considérer comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu du paragraphe 15(1) de la Charte : la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes. C'est-à-dire que l'accent est mis sur le fait d'empêcher les gouvernements d'établir des distinctions fondées sur les motifs énumérés ou analogues et qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes.

(i) Pre-existing disadvantage suffered by the individual or group

i) Un désavantage préexistant dont l'individu ou le groupe a été victime

[265] In applying the above jurisprudence to the facts of this case, the first of the contextual factors to be considered is whether the group to which the claimants belong suffers from a pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice.

[266] Citing *Gosselin*, at paragraph 31, Air Canada points out that age-based distinctions are a common way of ordering our society, and do not automatically evoke pre-existing disadvantage suggesting discrimination and marginalization in the way that other enumerated or analogous grounds may. It bears noting, however, that these comments were made by the Supreme Court in the context of a statutory age-based distinction that had an adverse differential effect in relation to *younger* individuals.

[267] Indeed, the Court went on in *Gosselin* to observe that age-based section 15 claims typically relate to discrimination against older people “who are presumed to lack abilities that they may in fact possess”: at paragraph 32.

[268] Moreover, as the Supreme Court observed in *Law*, “the most prevalent reason that a given legislative provision may be found to infringe s. 15(1) is that it reflects and reinforces existing inaccurate understandings of the merits, capabilities and worth of a particular person or group within Canadian society, resulting in further stigmatization of that person or the members of the group or otherwise in their unfair treatment”: at paragraph 64.

[269] Similarly, in *Gosselin*, Chief Justice McLachlin stated that “a law that imposes restrictions or denies benefits on account of presumed or unjustly attributed characteristics is likely to deny essential human worth and to be discriminatory”: at paragraph 37.

[265] Si l’on applique la jurisprudence qui précède aux faits de l’espèce, le premier des facteurs contextuels qu’il faut prendre en considération est celui de savoir si le groupe auquel appartiennent les demandeurs est victime d’un désavantage, d’une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés préexistants.

[266] Citant l’arrêt *Gosselin*, au paragraphe 31, Air Canada fait remarquer que les distinctions fondées sur l’âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l’ordre dans notre société, et qu’elles n’évoquent pas automatiquement le contexte d’un désavantage préexistant qui donne à croire à l’existence d’une discrimination et d’une marginalisation, comme pourraient le faire d’autres motifs énumérés ou analogues. Il vaut toutefois la peine de signaler que ces commentaires ont été faits par la Cour suprême dans le contexte d’une distinction fondée sur l’âge d’origine législative, qui avait pour effet de créer une distinction défavorable par rapport à des personnes plus jeunes.

[267] En fait, dans l’arrêt *Gosselin*, la Cour a ensuite fait remarquer que les demandes fondées sur l’âge qui reposent sur l’article 15 sont généralement liées à la discrimination exercée contre des personnes d’âge avancé « que l’on présume dépourvues de certaines aptitudes qu’elles possèdent en réalité » : au paragraphe 32.

[268] Par ailleurs, comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *Law*, « la raison probablement la plus courante de conclure qu’une disposition législative donnée viole le par. 15(1) est qu’elle traduit et renforce des idées reçues quant au mérite, aux capacités et à la valeur d’une personne ou d’un groupe particulier dans la société canadienne, aggravant la stigmatisation de la personne et des membres du groupe ou résultant en un traitement injuste à leur égard » : au paragraphe 64.

[269] Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *Gosselin* la juge en chef McLachlin a déclaré qu’« une mesure qui impose des restrictions ou refuse des avantages sur le fondement de caractéristiques présumées ou attribuées à tort risque de porter atteinte à la valeur humaine essentielle des personnes visées et d’être discriminatoire » : au paragraphe 37.

[270] The Tribunal found that Messrs. Vilven and Kelly were members of a group which it identified as “older workers”. Supreme Court of Canada jurisprudence has repeatedly recognized the pre-existing disadvantages and stereotyping suffered by this group.

[271] By way of example, in addition to the comments of the Supreme Court in *Gosselin* and *Law* quoted above, the Court in *McKinney* also made reference to “the stereotype of older persons as unproductive, inefficient, and lacking in competence.” Justice Wilson went on in *McKinney* to observe that by denying protection to older workers, the Ontario *Human Rights Code, 1981* had the effect of “reinforcing the stereotype that older employees are no longer useful members of the labour force and their services may therefore be freely and arbitrarily dispensed with”: both quotations from page 413, Wilson J. dissenting, but not on this point.

[272] As a consequence, it is clear that older workers, as a group, suffer from a pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice.

[273] The Tribunal [at paragraph 92] had already found that although airline pilots, as pilots, did not constitute a group which suffered from negative stereotyping or pre-existing disadvantage, the more appropriate question was “whether the complainants, as members of the group of older workers whose employment has been forcibly terminated, are subject to pre-existing disadvantage or negative stereotyping.”

[274] The Tribunal [at paragraph 95] accepted that this was the case, but then went on to find that there was “no indication” that either Mr. Vilven or Mr. Kelly personally experienced these age-related disadvantages or stereotypes. Not only were they kept fully up-to-date in the latest skills and technology required to fly some of the most sophisticated aircraft for a major airline, in addition, after the termination of their employment by Air Canada, they were able to secure alternate employment with other Canadian airlines that did not have mandatory retirement policies.

[270] Le Tribunal a conclu que MM. Vilven et Kelly appartenaient à un groupe qu’il a qualifié de « travailleurs âgés ». Dans la jurisprudence, la Cour suprême du Canada a reconnu à maintes reprises les désavantages et les stéréotypes préexistants dont ce groupe est victime.

[271] À titre d’exemple, outre les commentaires faits par la Cour suprême dans les arrêts *Gosselin* et *Law* cités précédemment, dans l’arrêt *McKinney*, la Cour a également fait référence au « stéréotype selon lequel la personne plus âgée est improductive, inefficace et incompétente ». Toujours dans l’arrêt *McKinney*, la juge Wilson a ensuite fait remarquer qu’en privant de protection les travailleurs plus âgés, le *Code des droits de la personne (1981)* de l’Ontario avait pour effet de « renforcer le stéréotype selon lequel les employés plus âgés ne sont plus des membres utiles de la population active et on peut donc librement et arbitrairement se passer de leurs services » : ces deux extraits sont tirés de la page 413, la juge Wilson (dissidente, mais pas sur ce point).

[272] Il est donc évident que les travailleurs plus âgés, en tant que groupe, sont victimes d’un désavantage, d’une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés préexistants.

[273] Le Tribunal [au paragraphe 92] avait déjà conclu que, même si les pilotes de ligne, en tant que pilotes, ne constituaient pas un groupe qui était victime d’un stéréotype négatif ou d’un désavantage préexistant, la question la plus pertinente consistait à « savoir si les plaignants, à titre de membres du groupe formé des travailleurs âgés obligés de mettre fin à leur emploi, sont victimes d’un désavantage préexistant ou d’un stéréotype négatif ».

[274] Le Tribunal [au paragraphe 95] a admis que c’était le cas, mais il a ensuite conclu que « [r]ien ne laissait croire » que M. Vilven ou M. Kelly avait personnellement subi ce type de désavantage ou de stéréotype négatif lié à l’âge. Non seulement étaient-ils parfaitement au courant des dernières technologies et possédaient-ils les habiletés requises pour piloter certains des appareils les plus sophistiqués d’un important transporteur aérien, mais en outre, après qu’Air Canada avait mis fin à leur emploi, ils avaient été en mesure de décrocher un autre emploi auprès d’autres transporteurs

[275] Two observations may be made in relation to this aspect of the Tribunal's decision.

[276] Firstly, to the extent that the focus of this stage of the analysis is on *the group* to which the claimants belong, for the reasons given above it is clear that older workers suffer from a pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice. Indeed, the Tribunal found that this was the case.

[277] Secondly, it is true that Messrs. Vilven and Kelly's training may have been kept up-to-date while they were at Air Canada, and that they may indeed have been able to obtain alternate employment as pilots after being forced by the airline to retire (albeit with less favourable working conditions and compensation). However, one must not lose sight of the fact that even though there was no concern with respect to either of their individual abilities, skills or capacities, they were nonetheless disadvantaged by being forced to leave positions that they clearly loved, merely because they had reached the age of 60.

[278] As a consequence, I am satisfied that this consideration weighs in favour of a finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* has the effect of perpetuating a group disadvantage, suggesting that the provision violates subsection 15(1) of the Charter.

(ii) The degree of correspondence between the impugned law and the actual needs, circumstances, and capacities of the individual or group

[279] As the Supreme Court observed in *Kapp*, this factor relates to the issue of stereotyping: see paragraph 23.

[280] The Supreme Court further noted in *Law* that both *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241 and *Andrews* make the point that "legislation

aériens canadiens qui n'avaient pas de politiques de retraite obligatoire.

[275] Il y a deux remarques qu'il est possible de faire par rapport à cet aspect de la décision du Tribunal.

[276] Premièrement, dans la mesure où l'accent, à ce stade-ci de l'analyse, est mis sur le groupe auquel appartiennent les demandeurs, il est évident, pour les motifs déjà indiqués, que les travailleurs plus âgés sont victimes d'un désavantage, d'une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés préexistants. En fait, c'est ce que le Tribunal a conclu.

[277] Deuxièmement, il est vrai que la formation de MM. Vilven et Kelly a pu être tenue à jour pendant qu'ils étaient au service d'Air Canada et qu'ils ont pu effectivement trouver un autre emploi de pilote après avoir été obligés par le transporteur aérien de prendre leur retraite (encore que ce soit à des conditions de travail et à une rémunération moins favorables). Cependant, ne perdons pas de vue que, même si leurs capacités, leurs compétences ou leurs aptitudes ne suscitaient aucune préoccupation, ils ont néanmoins été désavantagés par le fait d'être contraints de quitter un poste que, manifestement, ils appréciaient beaucoup, juste parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans.

[278] Je suis donc convaincue que cet aspect milite en faveur d'une conclusion selon laquelle l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a pour effet de perpétuer un désavantage collectif, ce qui dénote que cette disposition viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

ii) Le degré de correspondance entre la disposition législative contestée et les besoins, les circonstances et les capacités réels de l'individu ou du groupe

[279] Comme la Cour suprême l'a fait remarquer dans l'arrêt *Kapp*, ce facteur est lié à la question de l'application de stéréotypes : voir le paragraphe 23.

[280] En outre, dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême a signalé que deux arrêts : *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, et *Andrews* font



which takes into account the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant and others with similar traits in a manner that respects their value as human beings and members of Canadian society will be less likely to have a negative effect on human dignity”: see *Law*, at paragraph 70.

[281] Paragraph 15(1)(c) draws a distinction between those who may claim the protection of the *Canadian Human Rights Act* and those who may not, based upon the normal age of retirement for similar positions. Individuals who are involuntarily retired after reaching the normal age of retirement for positions similar are thus deprived of protection from age discrimination, regardless of their own individual needs, circumstances, or capacities. Indeed, there is no suggestion in this case that either Mr. Vilven or Mr. Kelly was not fully qualified or capable of continuing to work safely as a pilot for Air Canada.

[282] Moreover, paragraph 15(1)(c) of the Act takes no account of the needs, circumstances or capacities of older workers, as a group. As there is no correspondence between the impugned law and the actual needs, circumstances, and capacities of the disadvantaged group, this contextual factor also favours a finding that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* violates subsection 15(1) of the Charter.

(iii) Does the law have an ameliorative purpose or effect?

[283] The purpose of subsection 15(1) of the Charter is “not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society”: *Eaton*, cited previously, at paragraph 66.

ressortir que « la disposition législative qui prend en compte les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur et d’autres personnes partageant les mêmes caractéristiques, d’une façon qui respecte leur valeur en tant qu’êtres humains et que membres de la société canadienne, sera moins susceptible d’avoir un effet négatif sur la dignité humaine » : *Law*, au paragraphe 70.

[281] L’alinéa 15(1)c) fait une distinction entre les personnes qui peuvent se prévaloir de la protection de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et celles qui ne le peuvent pas, en prenant pour base l’âge de la retraite en vigueur pour le genre d’emploi occupé. Les personnes que l’on met involontairement à la retraite après qu’elles ont atteint l’âge de la retraite en vigueur pour le genre d’emploi qu’elles occupent sont donc privées de protection contre la discrimination fondée sur l’âge, indépendamment des besoins, des circonstances ou des capacités qui leur sont propres. En fait, rien n’indique en l’espèce que M. Vilven ou M. Kelly n’avaient pas toutes les qualités requises ou n’étaient pas aptes à continuer à travailler en toute sécurité en tant que pilotes pour Air Canada.

[282] De plus, l’alinéa 15(1)c) de la Loi ne tient aucun compte des besoins, des circonstances ou des capacités des travailleurs plus âgés, en tant que groupe. Comme il n’existe aucune correspondance entre la disposition législative contestée et les besoins, les circonstances et les capacités réels du groupe désavantagé, ce facteur contextuel milite lui aussi en faveur d’une conclusion selon laquelle l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

iii) La disposition législative comporte-t-elle un objet ou un effet d’amélioration?

[283] Le paragraphe 15(1) de la Charte « a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire » : *Eaton*, précité, au paragraphe 66.

[284] To this end, the Supreme Court observed in *Law* that legislation that has an ameliorative purpose, or effects that accord with the purpose of subsection 15(1) of the Charter, “will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation”: *Law*, at paragraph 72.

[285] The purpose of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* was discussed earlier in these reasons. ACPA has not suggested that the provision has any ameliorative purpose.

[286] To the extent that Air Canada has argued that the provision has the effect of freeing up positions for younger workers as older workers are forced to retire, there has been no suggestion that “younger workers” constitute a disadvantaged group who are being targeted by the legislation.

[287] Moreover, as the Supreme Court observed in *McKinney*, legislation that has as its objective the forcible retirement of older workers in order to make way for younger workers would be in itself discriminatory “since it assumes that the continued employment of some individuals is less important to those individuals, and of less value to society at large, than is the employment of other individuals, solely on the basis of age”: at page 303.

[288] Furthermore, there is evidence to suggest that the practice of mandatory retirement has an adverse differential effect on individuals who enter the workforce later in life. This is because of the inability of these individuals to accrue sufficient pension benefits over the course of their careers, and the resultant financial challenges that such people face when forced to retire. Professor Carmichael himself acknowledged in his evidence that this group will be predominantly made up of women, who spend the early part of their careers out of the workplace while raising children, and immigrants who come to Canada later in life.

[284] À cette fin, la Cour suprême a fait remarquer dans l’arrêt *Law* qu’une disposition législative qui a un objet ou un effet apportant une amélioration qui cadre avec l’objet du paragraphe 15(1) de la Charte « ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l’exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives » : *Law*, au paragraphe 72.

[285] L’objet de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été analysé précédemment dans les présents motifs. L’APAC n’a pas laissé entendre que cette disposition avait un objet d’amélioration quelconque.

[286] Dans la mesure où Air Canada a fait valoir que la disposition a pour effet de libérer des postes pour de plus jeunes travailleurs à mesure que les travailleurs plus âgés sont contraints de prendre leur retraite, il n’a pas été indiqué que les « travailleurs plus jeunes » constituaient un groupe désavantagé qui est ciblé par la disposition législative.

[287] En outre, comme l’a fait remarquer la Cour suprême dans l’arrêt *McKinney*, une disposition législative qui a pour objectif de mettre à la retraite de force des travailleurs plus âgés afin de laisser la place à de plus jeunes travailleurs serait en soit discriminatoire « puisqu’il suppose que la prolongation de l’emploi de certains individus est moins importante pour ceux-ci et de moins grande valeur pour la société en général que l’emploi d’autres individus pour la seule raison de l’âge » : à la page 303.

[288] De plus, il existe une preuve dénotant que la pratique de la mise à la retraite obligatoire a un effet différent et négatif sur les personnes qui entrent sur le marché du travail plus tard dans la vie. Cela est dû à l’incapacité de ces personnes d’accumuler des prestations de retraite suffisantes au cours de leur carrière, avec les difficultés pécuniaires auxquelles sont confrontées ces personnes lorsqu’elles sont forcées de prendre leur retraite. Le professeur Carmichael a lui-même reconnu dans son témoignage que ce groupe sera majoritairement composé de femmes, qui passent les premières années de leur carrière à l’extérieur du marché du travail pendant

[289] A similar observation was made by Justice L'Heureux-Dubé in her dissenting opinion in *Dickason*, where she noted that not only do women often interrupt their careers to raise families, they are particularly hard hit by mandatory retirement because they tend to have lower paying jobs which are less likely to offer pension coverage: see page 1191. (See also *McKinney*, at page 415, for similar observations by Justice Wilson, dissenting, but not on this point.)

[290] I am mindful of the fact that the issue before the Court in this case is not the constitutionality of Air Canada's mandatory retirement policy, but rather the constitutionality of the provision in the *Canadian Human Rights Act* that permits the practice of mandatory retirement in certain specified circumstances. That said, legislation that would permit the continuation of an employment practice that can have an adverse differential effect on women and immigrants can hardly be said to have an ameliorative purpose.

(iv) The nature and scope of the interest affected

[291] The final contextual factor identified in *Law* for use in determining whether a claimant's dignity has been violated is the nature and scope of the interest affected by the impugned legislation.

[292] The Supreme Court explained this factor in *Law* by reference to the comments of Justice L'Heureux-Dubé in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, where she observed that "[i]f all other things are equal, the more severe and localized the ... consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*": *Egan*, at paragraph 63, cited in *Law*, at paragraph 74.

qu'elles élèvent des enfants, et d'immigrants qui arrivent au Canada plus tard dans la vie.

[289] Dans les motifs de dissidence qu'elle a formulés dans l'arrêt *Dickason*, la juge L'Heureux-Dubé a fait une remarque semblable, notant que non seulement les femmes interrompent souvent leur carrière pour élever leur famille, mais elles sont également touchées d'une façon particulièrement dure par la retraite obligatoire, parce les emplois qu'elles occupent sont habituellement moins rémunérateurs et moins susceptibles d'offrir des régimes de retraite : voir les pages 1191 et 1192. (Voir aussi l'arrêt *McKinney*, à la page 415, où l'on trouve des observations semblables de la juge Wilson, s'exprimant en dissidence, mais non sur ce point.)

[290] Je suis consciente du fait que la question soumise à la Cour en l'espèce n'est pas la constitutionnalité de la politique de retraite obligatoire d'Air Canada, mais plutôt celle de la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui autorise la pratique de la retraite obligatoire dans certaines circonstances précisées. Cela dit, on peut difficilement dire qu'une disposition législative qui autoriserait la poursuite d'une pratique d'emploi qui est susceptible d'avoir un effet différentiel défavorable sur les femmes et les immigrants a un objet d'amélioration.

iv) La nature et l'étendue du droit touché

[291] Le dernier facteur contextuel relevé dans l'arrêt *Law*, qui sert à déterminer s'il y a eu violation de la dignité d'un demandeur, est la nature et l'étendue du droit touché par la loi contestée.

[292] Dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême a expliqué ce facteur en se reportant aux commentaires de la juge L'Heureux-Dubé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513. Cette dernière a fait remarquer que « [t]outes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences [...] ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte* » : *Egan*, au paragraphe 63, passage cité dans *Law*, au paragraphe 74.

[293] In the case of Messrs. Vilven and Kelly, the interest at stake is the ability to continue to work in the career of their choice. The importance of this interest cannot be overstated. Indeed, Canadian jurisprudence is replete with references to the crucial role that employment plays in the dignity and self-worth of the individual.

[294] By way of example, in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, the Supreme Court of Canada stated that (at page 368):

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

[295] Although this quotation comes from Chief Justice Dickson's dissenting judgment, similar sentiments regarding the central role that employment plays in the dignity and self-worth of the individual have been expressed in many other judgments of the Supreme Court, and of other Canadian courts: see, for example, *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at paragraph 104; *Lavoie v. Canada*, 2002 SCC 23, [2002] 1 S.C.R. 769, at paragraph 45; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at page 1002; *McKinney*, at page 278; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at page 1054; *Wilson v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (B.C.C.A.); *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney General)* (2008), 92 O.R. (3d) 16 (Ont. S.C.J.), at paragraphs 113–120.

[296] In *Lavoie*, Justice Bastarache described work as "a fundamental aspect of a person's life": at paragraph 45. *Martin* describes work and employment as being crucially important as elements of essential human dignity under subsection 15(1) of the Charter: at paragraph 104.

[293] Dans le cas de MM. Vilven et Kelly, le droit en jeu est la capacité de continuer à travailler dans la carrière de leur choix. On ne saurait trop insister sur l'importance de ce droit. En fait, la jurisprudence canadienne regorge de références faites au rôle crucial que joue l'emploi dans la dignité et l'estime de soi de la personne.

[294] À titre d'exemple, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, la Cour suprême du Canada déclare ceci (à la page 368) :

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

[295] Même si l'extrait qui précède est tiré du jugement dissident du juge en chef Dickson, des sentiments semblables au sujet du rôle prépondérant de l'emploi dans la dignité et l'estime de soi de la personne ont été exprimés dans maints autres jugements de la Cour suprême, ainsi que d'autres tribunaux canadiens : voir, par exemple, *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 104; *Lavoie c. Canada*, 2002 CSC 23, [2002] 1 R.C.S. 769, au paragraphe 45; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la page 1002; *McKinney*, à la page 278; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la page 1054; *Wilson c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A.C.-B.); *Assn. of Justices of the Peace of Ontario v. Ontario (Attorney general)* (2008), 92 O.R. (3d) 16 (C.S.J. Ont.), aux paragraphes 113 à 120.

[296] Dans l'arrêt *Lavoie*, le juge Bastarache a indiqué que le travail « est un élément fondamental de la vie d'une personne » : au paragraphe 45. L'arrêt *Martin* décrit le travail et l'emploi comme des éléments de la dignité humaine essentielle qui revêtent une importance

Indeed, in *Wallace*, the Supreme Court went so far as to describe work as one of the “defining features” of peoples’ lives: at paragraph 94.

[297] The implications of being forced to retire against one’s will have also been discussed in the jurisprudence. In this regard, Justice L’Heureux-Dubé observed in her dissenting judgment in *Dickason* that (at page 1192):

Given the central importance that our society accords to career as a way of defining an individual’s status and self-worth, it is hardly surprising that being dismissed without cause on account of one’s age is extremely traumatic.

[298] After reviewing the evidence with respect to the effects that mandatory retirement can have on workers, Justice L’Heureux-Dubé went on in *Dickason* to observe that the shock of mandatory retirement, together with the loss of earning power and productive work “often leads to physical and emotional deterioration and premature death”: at page 1193.

[299] Similarly, in *McKinney*, the majority decision observed that “[i]n a work-oriented society, work is inextricably tied to the individual’s self-identity and self-worth”: at page 300. With this in mind, Justice LaForest went on in *McKinney* to draw a similar link between mandatory retirement and the loss of an individual’s self-worth, identity and emotional well-being.

[300] That is, after recognizing the intrinsic importance of work to the individual, Justice LaForest held that “[m]andatory retirement takes this away, on the basis of a personal characteristic attributed to an individual solely because of his association with a group”: *McKinney*, at page 278.

[301] It once again bears repeating that what is in issue in this case is not Air Canada’s mandatory retirement policy, but rather the provision of the *Canadian Human Rights Act* that denies individuals such as Messrs. Vilven

cruciale pour l’application du paragraphe 15(1) de la Charte : au paragraphe 104. En fait, dans l’arrêt *Wallace*, la Cour suprême est allée jusqu’à dire que le travail est l’une des « caractéristiques déterminantes » de la vie de la plupart des gens : au paragraphe 94.

[297] Il a aussi été question dans la jurisprudence des effets d’être forcé de prendre sa retraite contre sa volonté. À cet égard, la juge L’Heureux-Dubé a fait remarquer ce qui suit, dans ses motifs dissidents, dans l’arrêt *Dickason* (à la page 1192) :

Étant donné l’importance centrale que notre société accorde à la carrière comme moyen de définir le statut et la valeur de la personne, il n’est guère surprenant que le renvoi sans motif du seul fait de l’âge soit extrêmement traumatisant.

[298] Après avoir examiné la preuve relative aux effets que peut avoir la retraite obligatoire sur les travailleurs, la juge L’Heureux-Dubé, dans l’arrêt *Dickason*, a fait ensuite remarquer que le choc de la retraite obligatoire, de pair avec la perte de la capacité de gain et du travail productif « conduit souvent à une détérioration physique et émotive de même qu’à une mort prématurée » : à la page 1193.

[299] Dans le même ordre d’idées, dans l’arrêt *McKinney*, les juges majoritaires ont fait remarquer que « [d]ans une société axée sur le travail, ce dernier est inextricablement lié à l’identité et à la valorisation personnelles » : à la page 300. Dans ce contexte, le juge LaForest, toujours dans l’arrêt *McKinney*, a fait ensuite un lien analogue entre la retraite obligatoire et la perte de la valorisation, de l’identité et du bien-être sur le plan émotionnel.

[300] C’est-à-dire qu’après avoir reconnu l’importance intrinsèque du travail pour l’individu, le juge LaForest a déclaré que « [l]a retraite obligatoire supprime tous ces avantages, et ce, en raison d’une caractéristique personnelle attribuée à un seul individu en raison de son association avec un groupe » : *McKinney*, à la page 278.

[301] Il est utile de répéter que, en l’espèce, la question en litige n’est pas la politique de retraite obligatoire d’Air Canada, mais plutôt la disposition de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui prive des

and Kelly the ability to challenge the company's mandatory retirement policy.

[302] That said, the comments of the Supreme Court with respect to the impact of mandatory retirement on the self-esteem and dignity of individuals are directly relevant to the nature and scope of the interest adversely affected by paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

(v) Other observations

[303] The Tribunal framed the Charter issue before it in the following terms [at paragraph 89]: “whether, as a result of the age-based distinction in s. 15(1)(c) of the *CHRA*, the complainants' dignity was affronted or they experienced negative stereotyping relating to their age.”

[304] Much of the Tribunal's ensuing Charter analysis is taken up with a discussion of Messrs. Vilven and Kelly's dignity. As was noted earlier, the Tribunal did not have the benefit of the Supreme Court's reasons in *Kapp* at the time that it rendered its decision in this matter. As a consequence, its focus on Messrs. Vilven and Kelly's dignity, and its use of dignity as a litmus test with respect to subsection 15(1) of the Charter is understandable. Nevertheless, the Tribunal's focus on the dignity issue serves as an example of the very problem that the Supreme Court identified in *Kapp*.

[305] That is, the Tribunal's determination that having regard to all of the surrounding circumstances, it could not reasonably be said that Messrs. Vilven and Kelly's dignity was adversely affected by the fact that they were denied the opportunity to challenge Air Canada's actions by virtue of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* was necessarily a subjective one, relating to what is essentially an abstract notion: see *Kapp*, at paragraph 22.

[306] In coming to the conclusion that Messrs. Vilven and Kelly's dignity was not negatively affected by their inability to challenge their mandatory retirement by Air

personnes telles que MM. Vilven et Kelly de la capacité de contester la politique de retraite obligatoire de l'entreprise.

[302] Cela dit, les commentaires de la Cour suprême à propos de l'effet de la retraite obligatoire sur l'estime de soi et la dignité des individus ont directement trait à la nature et à l'étendue du droit défavorablement touché par l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

v) Autres observations

[303] Le Tribunal a structuré en ces termes la question relative à la Charte qui lui était soumise [au paragraphe 89] : « si, à la suite de la distinction fondée sur l'âge prévue à l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, il y a été porté atteinte à la dignité des plaignants où s'ils ont été visés par un stéréotype négatif fondé sur leur âge ».

[304] Une bonne part de l'analyse de la Charte que fait ensuite le Tribunal est axée sur la dignité de MM. Vilven et Kelly. Comme il a été mentionné précédemment, le Tribunal n'a pas pu bénéficier des motifs rendus par la Cour suprême dans l'arrêt *Kapp* à l'époque où il a rendu sa décision dans la présente affaire. Il est donc compréhensible qu'il ait mis l'accent sur la dignité de MM. Vilven et Kelly et qu'il se soit servi de la dignité comme critère décisif par rapport au paragraphe 15(1) de la Charte. Néanmoins, l'accent qu'a mis le Tribunal sur la question de la dignité illustre le problème même que la Cour suprême relève dans l'arrêt *Kapp*.

[305] C'est-à-dire que la décision du Tribunal, à savoir qu'au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes, on ne pouvait pas dire raisonnablement que la dignité de MM. Vilven et Kelly avait été défavorablement touchée par le fait qu'on avait empêché ces derniers de contester les gestes d'Air Canada en vertu de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, était forcément subjective et se rapportait à une notion essentiellement abstraite : voir *Kapp*, au paragraphe 22.

[306] Pour conclure que la dignité de MM. Vilven et Kelly n'avait pas été touchée par leur incapacité de contester leur mise à la retraite obligatoire par Air Canada

Canada under the provisions of the *Canadian Human Rights Act*, the Tribunal found that the effect of mandatory retirement on Messrs. Vilven and Kelly could not be viewed at an isolated point in time. Rather, regard had to be given to the impact of mandatory retirement over the “life cycle” of the applicants’ careers with the airline.

[307] In this regard, the Tribunal considered the fact that Messrs. Vilven and Kelly were aware of the mandatory retirement policy when they commenced their employment with Air Canada, and that they had benefited from the policy through the course of their careers. According to the Tribunal, it was not unreasonable to expect them to have to bear the burden of the policy at the end of their careers. There are several problems with the Tribunal’s finding in this regard.

[308] First of all, it is not the impact of Air Canada’s mandatory retirement policy on Messrs. Vilven and Kelly that is in issue in this case, but rather the effect of paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*.

[309] The Tribunal’s conclusion that paragraph 15(1)(c) of the Act did not have a negative impact on Messrs. Vilven and Kelly’s dignity was largely based upon its assessment of the specific mandatory retirement policy at Air Canada, and the role that mandatory retirement played in the entirety of their careers with the airline. I agree with the arbitrator in *CKY-TV* that in this regard the Tribunal “slipped” to some extent “from a constitutional review of legislation into an assessment of Air Canada’s particular policy as applied to its pilots”: at paragraph 188.

[310] Furthermore, it appears that similar “life cycle” arguments were advanced in *McKinney*, a case that involved another group of well-educated and well-paid individuals who were able to advance in their careers through seniority and who were entitled to substantial pension benefits as a result of their employment. Nevertheless, the Supreme Court of Canada had no difficulty in finding that the legislative provision in issue in that case deprived the claimants of the equal protection

en vertu des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le Tribunal a jugé que l’on ne pouvait pas considérer à un moment isolé dans le temps les répercussions de la retraite obligatoire sur ces deux hommes. Il fallait plutôt tenir compte des répercussions de la retraite obligatoire sur le « cycle de vie » de la carrière des demandeurs au sein du transporteur aérien.

[307] À cet égard, le Tribunal a tenu compte du fait que MM. Vilven et Kelly étaient au courant de l’existence de la politique de retraite obligatoire quand ils sont entrés au service d’Air Canada, et qu’ils avaient bénéficié de cette politique durant toute leur carrière. Selon le Tribunal, il n’était pas déraisonnable de s’attendre à ce qu’ils aient à supporter le fardeau de cette politique à la fin de leur carrière. La conclusion du Tribunal à cet égard pose un certain nombre de problèmes.

[308] Tout d’abord, ce ne sont pas les répercussions de la politique de retraite obligatoire d’Air Canada sur MM. Vilven et Kelly qui sont en litige dans la présente affaire, mais plutôt l’effet de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[309] La conclusion du Tribunal selon laquelle l’alinéa 15(1)c) de la Loi n’a pas eu de répercussions négatives sur la dignité de MM. Vilven et Kelly est essentiellement fondée sur l’évaluation que le Tribunal a faite de la politique de retraite obligatoire en vigueur à Air Canada, et du rôle que la retraite obligatoire a joué dans l’intégralité de la carrière de ces deux hommes au sein du transporteur aérien. Je suis d’accord avec l’arbitre, dans la décision *CKY-TV*, que, à cet égard, le Tribunal est [TRADUCTION] « passé jusqu’à un certain point d’un examen constitutionnel d’une disposition législative à une évaluation de l’application de la politique particulière d’Air Canada à ses pilotes » : au paragraphe 188.

[310] De plus, il semble que des arguments semblables, fondés sur le « cycle de vie », aient été avancés dans l’arrêt *McKinney*, une affaire qui mettait en cause un autre groupe de personnes bien instruites et bien rémunérées, qui étaient en mesure de progresser dans leur carrière grâce à l’ancienneté et qui avaient droit, du fait de leur emploi, à des prestations de retraite élevées. Cependant, la Cour suprême du Canada n’a eu aucune difficulté à conclure que la disposition législative qui

of the law on the basis of an enumerated ground. This in turn conveyed the message that the claimants were less deserving of concern, respect and consideration, thus violating subsection 15(1) of the Charter: see paragraph 76.

[311] It is also difficult to reconcile the Tribunal's recognition that Messrs. Vilven and Kelly each suffered a blow to their self-esteem when they were forced to retire from Air Canada with its conclusion that denying them the right accorded to others to challenge their forced retirement under the provisions of the *Canadian Human Rights Act* did not have a negative impact on their dignity.

[312] That is, after being forced to leave the jobs that they loved, Messrs. Vilven and Kelly were told that, unlike other Canadians, they did not enjoy the protection of the *Canadian Human Rights Act* because 60 was the normal age of retirement for their type of positions. Unlike other Canadians facing age-based workplace discrimination, Messrs. Vilven and Kelly were not afforded "an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have ... without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on ... age": see *Canadian Human Rights Act*, section 2.

[313] To add insult to injury, as the dominant player in the Canadian airline industry, it was Air Canada's own mandatory retirement policy that effectively set the industry norm and deprived Messrs. Vilven and Kelly of the equal benefit of the law. In other words, paragraph 15(1)(c) of the Act allowed Air Canada's own discriminatory conduct to provide the company with a defence to Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints.

[314] ACPA argues that paragraph 15(1)(c) was intended to allow for a negotiated age of retirement, and that no negative stereotyping results if an entire industry is regulated in that fashion. In this regard, I note that in

était en litige dans cette affaire privait les demandeurs de la même protection de la loi pour un motif énuméré. Cela dénotait, par ricochet, que les demandeurs méritaient moins de respect, de déférence et de considération, ce qui était contraire au paragraphe 15(1) de la Charte : voir le paragraphe 76.

[311] Il est également difficile de concilier la reconnaissance, par le Tribunal, du fait que MM. Vilven et Kelly ont subi chacun un dur coup à leur estime d'eux-mêmes lorsqu'ils ont été contraints de prendre leur retraite d'Air Canada et sa conclusion selon laquelle le fait de les priver du droit, accordé à d'autres, de contester leur mise à la retraite obligatoire en application des dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'avait pas une incidence négative sur leur dignité.

[312] C'est-à-dire que, après avoir été obligés de quitter les emplois qu'ils appréciaient beaucoup, MM. Vilven et Kelly se sont fait dire que, contrairement à d'autres Canadiens, ils ne bénéficiaient pas de la protection de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, parce que 60 ans était l'âge de la retraite qui était en vigueur pour le genre d'emploi qu'ils occupaient. Contrairement à d'autres Canadiens victimes de discrimination au travail fondée sur l'âge, MM. Vilven et Kelly n'ont pu bénéficier du « droit de tous les individus [...] à l'égalité des chances d'épanouissement [...] indépendamment des considérations fondées sur [...] l'âge » : voir l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[313] Le comble, c'est que c'était la propre politique de retraite obligatoire d'Air Canada — l'acteur dominant dans l'industrie canadienne du transport aérien — qui fixait en pratique la norme applicable dans l'industrie et privait MM. Vilven et Kelly du même bénéfice de la loi. Autrement dit, l'alinéa 15(1)c) de la Loi autorisait la propre conduite discriminatoire d'Air Canada et fournissait à cette dernière un moyen de se défendre contre les plaintes de MM. Vilven et Kelly relatives aux droits de la personne.

[314] L'APAC soutient que l'alinéa 15(1)c) est destiné à autoriser un âge de la retraite négocié, et que si une industrie tout entière est réglementée de cette manière il n'en résulte aucun stéréotype négatif. Je signale à cet



*McKinney*, Justice LaForest accepted that 65 was the normal age of retirement for university professors in Canada, yet he still found that denying the equal protection of the law to university professors over that age violated subsection 15(1) of the Charter as it perpetuated the stereotypical assumption that older workers were less valued members of society.

[315] Moreover, the assertion that employers should be allowed to terminate an individual's employment, solely because of the employee's age, as long as many other employees performing similar jobs are experiencing similar treatment contradicts the guarantee of equality embodied in subsection 15(1) of the Charter, that "all persons enjoy equal recognition at law as human beings ... equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration": *Law*, at paragraph 88, as discussed at paragraph 174 of *CKY-TV*.

[316] Indeed, the Supreme Court of Canada has specifically rejected the proposition that pervasive discrimination may preclude a finding that subsection 15(1) of the Charter has been breached. In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, the Court held that the fact that departures from the principles enshrined in subsection 15(1) of the Charter may have been widely condoned in the past is no answer to a claim that the equality provisions of the Charter have been breached. In this regard, the Supreme Court stated that the fact that the consequences of such an approach "would be novel and disturbing is not, in my respectful view, an acceptable approach to the interpretation of Charter provisions": at page 1328.

[317] All of this having been said, there are any number of arguments that have been advanced in favour of mandatory retirement as an employment practice, primarily supported in this case by the evidence of Professor Carmichael. (It should be noted that contrary arguments were advanced by Professor Kesselman. Professor Kesselman holds a PhD in economics, and is a Professor in the Graduate Public Policy Program at Simon Fraser University.)

égard que, dans l'arrêt *McKinney*, le juge LaForest a admis que 65 ans était l'âge normal de la retraite pour les professeurs d'université au Canada, mais qu'il a quand même conclu que le fait de priver les professeurs d'université ayant plus de 65 ans de la même protection de la loi violait le paragraphe 15(1) de la Charte, car cela perpétuait la présomption stéréotypée voulant que les travailleurs plus âgés soient des membres de la société moins valorisés.

[315] Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle les employeurs devraient être autorisés à mettre fin à l'emploi d'une personne, juste à cause de son âge, tant qu'un grand nombre d'employés occupant des emplois semblables sont soumis à un traitement analogue, contredit la garantie d'égalité qui est intégrée au paragraphe 15(1) de la Charte, à savoir que « tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains [...] tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération » : *Law*, au paragraphe 88, tel qu'analysé au paragraphe 174 de la décision *CKY-TV*.

[316] En fait, la Cour suprême du Canada a expressément rejeté la thèse voulant qu'une discrimination généralisée puisse empêcher de conclure qu'il y a eu violation du paragraphe 15(1) de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, la Cour a déclaré que le fait que l'on ait peut-être, dans le passé, toléré la transgression des principes qu'incorpore le paragraphe 15(1) de la Charte n'est pas une réponse à une demande selon laquelle les dispositions en matière d'égalité de la Charte ont été violées. À cet égard, la Cour suprême a déclaré que le fait qu'une telle approche « aurait des conséquences nouvelles et troublantes, me paraît, quant à moi, une façon inacceptable d'aborder l'interprétation des dispositions de la Charte » : à la page 1328.

[317] Tout cela étant dit, nombreux sont les arguments qui ont été formulés en faveur de la retraite obligatoire en tant que pratique d'emploi, principalement soutenus en l'espèce par le témoignage du professeur Carmichael. (Il convient de signaler que le professeur Kesselman a évoqué des arguments contraires. Ce dernier est titulaire d'un doctorat en économie, et il est professeur au sein du programme d'études supérieures en politiques publiques à l'Université Simon Fraser.)

[318] Amongst other arguments, Professor Carmichael and the respondents point out that mandatory retirement policies exist primarily in organized workplaces. Mandatory retirement ages are negotiated through the collective bargaining process, as part of a complex, integrated lifetime contractual arrangement that will usually include deferred compensation in the form of pension benefits. Mandatory retirement policies allow for stability in pension schemes. Moreover, such policies spare older workers the pain of having their jobs terminated because of age-related deterioration in their performance, allowing them instead to leave the workplace with their dignity intact.

[319] The respondents further argue that mandatory retirement allows both the employer and the employee to plan for the employee's retirement. They contend that mandatory retirement is also integral to the seniority system, which will ultimately benefit all employees, including those who will eventually be retired in accordance with the retirement policy. Compelling the retirement of employees at a fixed age also allows for "new blood" to enter the workplace, renewing the workforce and creating opportunities for younger workers.

[320] Indeed, the respondents point out that the Supreme Court of Canada observed in the majority decision in *McKinney* that mandatory retirement "has become part of the very fabric of the organization of the labour market in this country": at page 295.

[321] The respondents' arguments raise what was described in *McKinney* as a complex socio-economic problem—one that "involves the basic and interconnected rules of the workplace throughout the whole of our society": at page 302.

[322] Whatever the merits may be of the arguments advanced by the respondents to justify the statutory provision allowing for the continuation of mandatory retirement in certain circumstances, the question arises as to where it is that these arguments should be considered. That is, do they form part of the section 15

[318] Le professeur Carmichael et les défendeurs font remarquer, notamment, que c'est surtout dans les lieux de travail syndiqués qu'il existe des politiques de retraite obligatoire. Les âges de la retraite obligatoire sont négociés par l'entremise du processus de négociation collective, dans le cadre d'une entente contractuelle permanente intégrée et complexe, qui comporte habituellement une rémunération différée revêtant la forme de prestations de retraite. Les politiques de retraite obligatoire offrent une stabilité aux régimes de retraite. De plus, elles évitent aux travailleurs plus âgés la douleur de voir que l'on met fin à leur emploi parce que, en raison de leur âge, leur rendement s'est détérioré, et elles leur permettent plutôt de quitter le travail sans que leur dignité en souffre.

[319] Les défendeurs soutiennent de plus que la retraite obligatoire permet à la fois à l'employeur et à l'employé de planifier la retraite de l'employé. La retraite obligatoire, soutiennent-ils, fait également partie intégrante du régime d'ancienneté, lequel bénéficiera en fin de compte à tous les employés, y compris ceux qui, à terme, seront mis à la retraite conformément à la politique de retraite. Forcer les employés à prendre leur retraite à un âge fixe permet aussi à du [TRADUCTION] « sang neuf » d'accéder aux lieux de travail, ce qui renouvelle l'effectif et crée des ouvertures pour les travailleurs plus jeunes.

[320] En fait, selon les défendeurs, la Cour suprême du Canada a fait remarquer dans la décision rendue à la majorité dans l'arrêt *McKinney* que la retraite obligatoire « fait maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays » : à la page 295.

[321] Les arguments des défendeurs soulèvent ce qui a été décrit dans l'arrêt *McKinney* comme un problème socio-économique complexe — un problème qui « fait intervenir les règles fondamentales et intimement liées du milieu du travail à l'intérieur de toute notre société » : à la page 302.

[322] Quel que puisse être le bien-fondé des arguments invoqués par les défendeurs pour justifier le fait que la disposition législative autorise le maintien de la retraite obligatoire dans certaines circonstances, il convient de se demander à quel endroit il faudrait examiner ces arguments : font-ils partie de l'analyse relative à l'article 15,

analysis, or should they more properly be taken into account at the section 1 stage of the inquiry?

[323] In *McKinney*, arguments of the type advanced by the respondents in this case to justify a similar statutory provision were all addressed by the Supreme Court in the context of its section 1 analysis.

[324] It is true that since *Law*, the line between the section 15 analysis, and that required by section 1 of the Charter is not always clear: see William Black and Lynn Smith, “The Equality Rights”, previously cited, at page 959. Indeed, a review of the jurisprudence from the Supreme Court of Canada since *Law* reveals that Justices of the Supreme Court of Canada have not always agreed as to whether certain factors should be considered as part of the section 15 analysis, or are more properly dealt with at the section 1 stage: see, for example, *Gosselin*, previously cited.

[325] I have considered the respondents’ “life cycle” argument in assessing the impact that paragraph 15(1)(c) had on Messrs. Vilven and Kelly’s self-worth. I also recognize that there has been an evolution in the section 15 Charter jurisprudence since the days of *McKinney*. Nevertheless, I am of the view that the other arguments advanced by the respondents in this case to justify the perpetuation of mandatory retirement policies through paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* are ones that should be addressed in considering whether the statutory provision can be justified as a reasonable limitation in a free and democratic society.

[326] This view is borne out by an examination of recent jurisprudence. By way of example, in the *Assn. of Justices of the Peace of Ontario* case cited earlier, it was argued that justices of the peace did not suffer a loss of dignity when they were forced to retire at the age of 70, because they had enjoyed security of tenure until that point. Their forced retirement did not, it was argued, reflect on them as individuals, but rather served to preserve judicial independence.

ou faudrait-il plutôt en tenir compte au stade de l’examen portant sur l’article premier?

[323] Dans l’arrêt *McKinney*, la Cour suprême a examiné tous les arguments semblables à ceux que les défendeurs ont invoqués en l’espèce pour justifier l’existence d’une disposition législative analogue dans le contexte de son analyse concernant l’article premier.

[324] Il est vrai que depuis l’arrêt *Law*, la ligne de démarcation entre l’analyse de l’article 15 et celle qu’exige l’article premier de la Charte n’est pas toujours bien nette : voir William Black et Lynn Smith, « The Equality Rights », document précité, à la page 959. En fait, il ressort d’un examen de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis l’arrêt *Law* que les juges de cette Cour ne sont pas toujours d’accord sur la question de savoir si certains facteurs devraient être examinés dans le cadre de l’analyse de l’article 15, ou s’il est préférable d’en traiter au stade relatif à l’article premier : voir, par exemple, l’arrêt *Gosselin*, précité.

[325] J’ai examiné l’argument du « cycle de vie » des défendeurs au moment d’apprécier les répercussions que l’alinéa 15(1)c) a eues sur l’estime qu’avaient MM. Vilven et Kelly d’eux-mêmes. Je reconnais aussi que, depuis l’époque de l’arrêt *McKinney*, la jurisprudence entourant l’article 15 de la Charte a évolué. Néanmoins, je suis d’avis que les autres arguments qu’ont invoqués les défendeurs en l’espèce pour justifier la perpétuation des politiques de retraite obligatoire par l’entremise de l’alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* devraient être examinés au moment de déterminer si cette disposition législative peut se justifier à titre de limite raisonnable dans une société libre et démocratique.

[326] Cette opinion ressort d’un examen de la jurisprudence récente. À titre d’exemple, dans la décision *Assn. of Justices of the Peace of Ontario* citée précédemment, il a été soutenu que les juges de paix ne subissaient aucune perte de dignité lorsqu’ils étaient contraints de prendre leur retraite à l’âge de 70 ans, parce que, avant cela, ils avaient bénéficié de l’inamovibilité. Il était allégué que leur retraite forcée ne leur portait pas préjudice en tant qu’individus, mais contribuait plutôt à préserver l’indépendance judiciaire.

[327] The trial Judge held that this argument related to the object of the legislation in issue, and not whether it was discriminatory. As a consequence, he was of the view that the argument should properly be taken into account as a justification for the statutory provision in question under section 1 of the Charter, as opposed to “the negation of the limit from the outset”: *Assn. of Justices of the Peace of Ontario*, at paragraphs 109–110. The same may be said of the respondents’ arguments in this case.

[328] Section 1 allows for the limitation of the rights guaranteed under section 15 of the Charter where such limitations are “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” The section 1 test originally articulated by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 requires that consideration be given to whether the objective of the law is “pressing and substantial”. In addition, the party invoking section 1 must demonstrate that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves an assessment of proportionality.

[329] There are three components to the proportionality test. Firstly, “the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question”, and “must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations.” Rather they must “[be] rationally connected to the objective.” Secondly, the measures “should impair ‘as little as possible’ the right or freedom in question”. Finally, “there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of ‘sufficient importance’”: *Oakes*, at page 139.

[330] In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, the Supreme Court observed that the application of the *Oakes* test “requires close attention to the context in which the impugned legislation operates”, and that “where the legislation under consideration involves the balancing of competing interests and matters of social policy, the *Oakes* test

[327] Le juge de première instance a déclaré que cet argument était lié à l’objet de la disposition législative en litige, et non pas à la question de savoir si celle-ci était discriminatoire. Il a donc exprimé l’avis qu’il fallait plutôt considérer l’argument comme une justification de la disposition législative en question au regard de l’article premier de la Charte, plutôt que comme [TRADUCTION] « la négation de la limite dès le départ » : *Assn. of Justices of the Peace of Ontario*, aux paragraphes 109 et 110. On pourrait dire la même chose des arguments qu’invoquent les demandeurs en l’espèce.

[328] L’article premier permet de restreindre les droits que garantit l’article 15 de la Charte lorsque cette restriction constitue « des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Le critère relatif à l’article premier, qui a été formulé initialement par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, oblige à déterminer si l’objectif de la disposition législative est « urgent et réel ». En outre, la partie qui invoque cet article doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et justifiés. Cela comporte une évaluation de la proportionnalité.

[329] Le critère de la proportionnalité comporte trois éléments. Premièrement, « les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l’objectif en question » et « [e]lles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles ». Il faut plutôt qu’elles aient « un lien rationnel avec l’objectif en question ». Deuxièmement, les mesures « doi[vent] être de nature à porter “le moins possible” atteinte au droit ou à la liberté en question ». Enfin, « il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l’objectif reconnu comme “suffisamment important” » : *Oakes*, à la page 139.

[330] Dans l’arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, la Cour suprême a fait remarquer que l’application du critère formulé dans l’arrêt *Oakes* « commande un examen attentif du contexte dans lequel s’inscrit le texte de loi attaqué » et que « dans les cas où l’examen du texte en cause exige que soient soupesés des intérêts opposés et

should be applied flexibly, and not formally or mechanically”: at paragraph 85.

[331] Thus, the arguments advanced by the respondents including the context in which paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* operates, the importance of collective bargaining as a constitutionally protected right, the need for certainty in pension plans, the link between age and declining health, as well as the arguments relating to the balancing of competing interests and matters of social policy, would all have to be taken into account by the Tribunal in determining whether the statutory provision is saved by section 1 of the Charter.

[332] At the same time, the Tribunal would also have to have regard to matters such as evolving societal attitudes with respect to age discrimination, including the fact that a number of Canadian provinces have now outlawed mandatory retirement, in determining whether there is still a pressing and substantial legislative objective behind the legislation: see also the discussion regarding issues such as this in *Assn. of Justices of the Peace of Ontario*, previously cited, at paragraphs 33 to 45, and in *Greater Vancouver Regional District Employees’ Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 220, at paragraph 127.

[333] The evidence provided by Dr. Kesselman as to the negative effects of mandatory retirement, and the limited fallout that has resulted from the abolition of mandatory retirement in a number of jurisdictions would also have to be addressed in relation to the section 1 issue. So too would other considerations, such as the extent to which improvements in fitness testing have obviated the need for across-the-board safety-related retirement rules.

(d) Conclusion with respect to the subsection 15(1) Charter issue

des questions de politique sociale, le critère de l’arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, et non de manière formaliste ou mécanique » : au paragraphe 85.

[331] C’est donc dire que, pour déterminer si la disposition législative est sauvegardée par l’article premier de la Charte, il faudrait que le Tribunal tienne compte de tous les arguments invoqués par les défendeurs, y compris le contexte dans lequel s’inscrit l’alinéa 15(1)(c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l’importance de la négociation collective en tant que droit constitutionnellement protégé, le besoin de certitude dans les régimes de retraite, le lien entre l’âge et l’amoin-drissement de l’état de santé, de même que les arguments liés au fait de soupeser des intérêts opposés et des questions de politique sociale.

[332] En même temps, il faudrait aussi que le Tribunal tienne compte de questions telles que l’évolution des attitudes sociales à l’égard de la discrimination fondée sur l’âge, y compris le fait qu’un certain nombre de provinces canadiennes ont maintenant déclaré la retraite obligatoire illégale, afin de déterminer s’il y a toujours un objectif législatif urgent et réel qui sous-tend la disposition législative : voir aussi l’analyse concernant les questions telles que celles-ci dans *Assn. of Justices of the Peace of Ontario*, décision précitée, aux paragraphes 33 à 45, ainsi que dans la décision *Greater Vancouver Regional District Employees’ Union v. Greater Vancouver Regional District*, 2001 BCCA 435, 206 D.L.R. (4th) 420, au paragraphe 127.

[333] Il serait également nécessaire de traiter, par rapport à la question de l’article premier, du témoignage de M. Kesselman quant aux effets négatifs de la retraite obligatoire, ainsi que des conséquences restreintes de l’abolition de la retraite obligatoire dans un certain nombre de provinces. Ce serait également le cas d’autres questions, telles que la mesure dans laquelle l’amélioration des tests d’aptitude physique a rendu inutile le besoin de fixer des règles de retraite générales liées à la sûreté.

d) La conclusion concernant la question relative au paragraphe 15(1) de la Charte

[334] The effect of the Supreme Court of Canada's decisions in *Andrews, Law* and *Kapp* is that to succeed in a claim under subsection 15(1) of the Charter, it will not be enough for a claimant to show that he or she is not receiving equal treatment before and under the law, or that the law has a differential impact on him or her in the protection or benefits accorded by the law in question.

[335] A claimant must also be able to show that the legislative impact of the law is discriminatory. Two questions must be addressed in determining whether the impact of a law is discriminatory: first, does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground; and second, does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping: see *Ermineskin Indian Band and Nation*, previously cited, at paragraph 188.

[336] Regard must be had to the "particular traits and circumstances" of the individual claimant, as well as to "the larger context of the legislation in question, and society's past and present treatment of the claimant and of other persons or groups with similar characteristics or circumstances": *Law*, at paragraph 59.

[337] Paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* denies older workers such as Messrs. Vilven and Kelly the equal protection of the law that has been described by the Supreme Court of Canada as "the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised": *Zurich Insurance Co.*, previously cited, at page 339.

[338] In so doing, paragraph 15(1)(c) of the Act has the effect of perpetuating the group disadvantage and prejudice faced by older workers in this country. Viewed both objectively, and from the subjective perspective of Messrs. Vilven and Kelly, the statutory provision promotes the perception that older workers such as Messrs. Vilven and Kelly are less worthy and less deserving of the equal protection of the law than are younger workers who lose their jobs for age-related reasons at an age below the normal age of retirement for a particular type of position.

[334] L'effet des arrêts qu'a rendus la Cour suprême du Canada dans les affaires *Andrews, Law* et *Kapp* est le suivant : pour obtenir gain de cause dans une demande visée par le paragraphe 15(1) de la Charte, il ne sera pas suffisant qu'un demandeur démontre qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle accorde.

[335] Le plaignant doit également pouvoir montrer que la loi a un effet discriminatoire sur le plan législatif. Pour déterminer si une loi a un effet discriminatoire, il y a deux questions auxquelles il faut répondre : premièrement, la loi établit-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et, deuxièmement, la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes : voir *Bande et nation indiennes d'Ermineskin*, précité, au paragraphe 188.

[336] Il est nécessaire de tenir compte du fait qu'un demandeur particulier a « des caractéristiques et une situation propres », ainsi que du « contexte global des dispositions en question et [du] traitement passé et actuel accordé par la société au demandeur et aux autres personnes ou groupes partageant des caractéristiques ou une situation semblables » : *Law*, au paragraphe 59.

[337] L'alinéa 15(1)c) de la *Loi sur les droits de la personne* prive les travailleurs plus âgés, tels que MM. Vilven et Kelly, de la même protection de la loi qui a été décrite par la Cour suprême du Canada comme étant « le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation » : *Zurich Insurance Co.*, précité, à la page 339.

[338] Ce faisant, l'alinéa 15(1)c) de la Loi a pour effet de perpétuer les désavantages et les préjugés dont sont collectivement victimes les travailleurs plus âgés au Canada. Considérée d'une manière objective, ainsi que sous l'angle subjectif de MM. Vilven et Kelly, la disposition législative renforce la perception selon laquelle les travailleurs plus âgés comme MM. Vilven et Kelly ont moins de valeur et méritent moins la même protection de la loi que les travailleurs plus jeunes qui perdent leur emploi pour des motifs liés à leur âge, à un âge inférieur à l'âge de la retraite en vigueur pour un genre d'emploi en particulier.

[339] Moreover, the statutory provision can only serve to perpetuate the stereotypical view that older workers are less capable, or are less deserving of recognition or value as human beings or as members of Canadian society. As a consequence, I find that paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* violates subsection 15(1) of the Charter.

#### IX. Disposition

[340] Because of its conclusion in relation to the subsection 15(1) issue, the Tribunal did not turn its mind to whether paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* could be justified under section 1 of the Charter. Accordingly, the subsection 15(1) aspect of the Tribunal's decision is set aside, and the matter is remitted to the Tribunal to determine on the basis of the existing record whether paragraph 15(1)(c) of the Act can be demonstrably justified as a reasonable limit in a free and democratic society.

[341] In the event that the Tribunal determines that paragraph 15(1)(c) of the Act is not saved under section 1 of the Charter, the Tribunal will then have to address the merits of Messrs. Vilven and Kelly's human rights complaints, including Air Canada's contention that requiring that all of its pilots be younger than 60 amounts to a *bona fide* occupational requirement within the meaning of section 15 of the *Canadian Human Rights Act*.

#### X. Costs

[342] I see no reason why costs should not follow the events insofar as Messrs. Vilven and Kelly are concerned. Given that they were represented by the same counsel, and that their applications were heard together, they are entitled to a single set of costs on the ordinary scale, payable jointly and severally by the respondents. Having regard to the complexity of the issues involved, Messrs. Vilven and Kelly are entitled to the costs of second counsel.

[339] En outre, la disposition législative ne peut que servir à perpétuer l'opinion stéréotypée selon laquelle les travailleurs plus âgés sont moins aptes, ou moins dignes d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne. En conséquence, je conclus que l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole le paragraphe 15(1) de la Charte.

#### IX. La décision

[340] À cause de sa conclusion concernant la question relative au paragraphe 15(1), le Tribunal ne s'est pas penché sur la question de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pouvait se justifier sous le régime de l'article premier de la Charte. Par conséquent, l'aspect relatif au paragraphe 15(1) de la décision du Tribunal est infirmé, et l'affaire est renvoyée à ce dernier pour qu'il décide, sur le fondement du dossier existant, si la justification de l'alinéa 15(1)c) de la Loi en tant que limite raisonnable peut être démontrée dans une société libre et démocratique.

[341] Si jamais le Tribunal décidait que l'alinéa 15(1)c) de la Loi n'est pas sauvegardé par l'article premier de la Charte, il faudra donc qu'il traite du bien-fondé des plaintes de MM. Vilven et Kelly relatives aux droits de la personne, ce qui inclut l'argument d'Air Canada selon lequel le fait d'exiger que tous ses pilotes soient âgés de moins de 60 ans équivaut à une exigence professionnelle justifiée, aux termes de l'article 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

#### X. Les dépens

[342] Je ne vois pas pourquoi les dépens ne devraient pas suivre le sort de la cause en ce qui concerne MM. Vilven et Kelly. Comme ils ont été représentés par le même avocat, et comme leurs demandes ont été entendues conjointement, ils ont droit à un seul mémoire de frais selon l'échelle ordinaire, payable solidairement par les défendeurs. Vu la complexité des questions en cause, MM. Vilven et Kelly ont droit aux dépens d'un second avocat.

[343] The Commission was unsuccessful in relation to the issues raised in its application for judicial review with respect to paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act*, and was not involved in the Charter issue on which Messrs. Vilven and Kelly's application ultimately succeeded. Having regard to all of the circumstances, including the public interest mandate of the Canadian Human Rights Commission, I make no order of costs with respect to the Commission.

[343] La Commission n'a pas eu gain de cause par rapport aux questions soulevées dans sa demande de contrôle judiciaire concernant l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, et elle n'a pas pris part à la question relative à la Charte à l'égard de laquelle la demande de MM. Vilven et Kelly a été fructueuse en fin de compte. Eu égard à toutes les circonstances, y compris le mandat d'intérêt public conféré à la Commission canadienne des droits de la personne, je ne rends aucune ordonnance d'adjudication de dépens à l'égard de la Commission.

### JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. Paragraph 15(1)(c) of the *Canadian Human Rights Act* violates subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;
2. The applications for judicial review of Messrs. Vilven and Kelly are allowed. Their human rights complaints are remitted to the same panel of the Tribunal, if available, for the determination of the remaining outstanding issues in accordance with these reasons, on the basis of the existing record;
3. Messrs. Vilven and Kelly are entitled to a single set of costs with respect to their applications for judicial review, including the costs of second counsel, to be calculated at the middle of Column III of the table to Tariff B of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]; and
4. The application for judicial review of the Canadian Human Rights Commission is dismissed, without costs.

### APPENDIX

Relevant provisions of the *Canadian Human Rights Act*

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the

### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
2. les demandes de contrôle judiciaire de MM. Vilven et Kelly sont accueillies; leurs plaintes relatives aux droits de la personne sont renvoyées à la même formation du Tribunal, si ses membres sont disponibles, en vue de se prononcer sur les questions qui restent à régler, conformément aux présents motifs, sur le fondement du dossier existant;
3. MM. Vilven et Kelly ont droit à un seul mémoire de frais par rapport à leurs demandes de contrôle judiciaire, y compris les dépens d'un second avocat, lesquels dépens seront calculés au milieu de la colonne III du tableau du tarif B des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)];
4. la demande de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne est rejetée, sans frais.

### ANNEXE

Dispositions applicables de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du



legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members 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, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

3. (1) For all purposes of this Act, the prohibited grounds of discrimination are race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability and conviction for which a pardon has been granted.

...

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.

...

9. (1) It is a discriminatory practice for an employee organization on a prohibited ground of discrimination

(a) to exclude an individual from full membership in the organization;

(b) to expel or suspend a member of the organization; or

(c) to limit, segregate, classify or otherwise act in relation to an individual in a way that would deprive the individual of employment opportunities, or limit employment opportunities or otherwise adversely affect the status of the individual, where the individual is a member of the organization or where any of the obligations of the organization pursuant to a collective agreement relate to the individual.

(2) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice for an employee organization to exclude, expel or suspend an individual from membership in the organization because that individual has reached the normal age of retirement

Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

3. (1) 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, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

[...]

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

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

[...]

9. (1) Constitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour une organisation syndicale :

a) d'empêcher l'adhésion pleine et entière d'un individu;

b) d'expulser ou de suspendre un adhérent;

c) d'établir, à l'endroit d'un adhérent ou d'un individu à l'égard de qui elle a des obligations aux termes d'une convention collective, que celui-ci fasse ou non partie de l'organisation, des restrictions, des différences ou des catégories ou de prendre toutes autres mesures susceptibles soit de le priver de ses chances d'emploi ou d'avancement, soit de limiter ses chances d'emploi ou d'avancement, ou, d'une façon générale, de nuire à sa situation.

(2) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) le fait pour une organisation syndicale d'empêcher une adhésion ou d'expulser ou de suspendre un adhérent en appliquant la règle de l'âge normal de la retraite en vigueur

for individuals working in positions similar to the position of that individual.

...

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

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

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

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

...

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

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

...

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

...

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

...

(8) This section applies in respect of a practice regardless of whether it results in direct discrimination or adverse effect discrimination.

pour le genre de poste occupé par l'individu concerné.

[...]

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

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

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

[...]

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

(8) Le présent article s'applique à tout fait, qu'il ait pour résultat la discrimination directe ou la discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

T-1200-08  
2009 FC 344

T-1200-08  
2009 CF 344

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Canadian Merchant Service Guild** (*Respondent*)

**La Guilde de la Marine Marchande du Canada**  
(*défenderesse*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADIAN MERCHANT SERVICE GUILD (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GUILDE DE LA MARINE MARCHANDE DU CANADA (C.F.)**

Federal Court, Hughes J.—Ottawa, April 1 and 2, 2009.

Cour fédérale, juge Hughes—Ottawa, 1<sup>er</sup> et 2 avril 2009.

*Public Service — Labour Relations — Judicial review of adjudicator’s decision, order dealing with policy grievance raised by respondent as bargaining agent against Treasury Board (Department of Fisheries and Oceans) — Respondent representing ship officers employed by federal government — Parties subject to collective agreement — Employer unilaterally issuing “Fleet Circular” altering manner in which officers to be compensated for “familiarization” — Respondent filing grievance on own behalf, on behalf of members — Requesting in particular retroactive compensation for employees negatively affected by Circular — Grievance denied — Adjudicator allowing grievance, ordering retroactive compensation — Whether Public Service Labour Relations Act (PSLRA), s. 232 restricting adjudicator’s power in policy grievance to grant retroactive compensation — While s. 232 limiting broader powers of adjudicator in considering policy grievance, provision coming into play only if individual or group grievance pre-existed or could have existed — In present case, grievance filed shortly after release of Circular, when no individual or group who could start grievance on own behalf could be identified — Therefore, no individual or group grievance herein “could have been brought” when policy grievance instituted, PSLRA, s. 232 inapplicable on facts of case — Even if s. 232 applicable, adjudicator having jurisdiction to award retroactive compensation based on s. 232(a), (b), which state that adjudicator may give decision “declaring” that collective agreement be given certain interpretation or that award has been contravened — Use of word “requiring” in PSLRA, s. 232(c) contemplating something more than simple declaration — Words “requiring the employer to ... apply ... administer ... collective agreement” in s. 232(c) sufficiently broad to contemplate order for retroactive payment — Therefore adjudicator properly exercising powers conferred by PSLRA, s. 232 in granting order — Application dismissed.*

*Fonction publique — Relations du travail — Contrôle judiciaire de la décision et de l’ordonnance d’un arbitre portant sur un grief de principe présenté par la défenderesse à titre d’agente négociatrice contre le Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans) — La défenderesse représentait les officiers de navire qui travaillaient pour le gouvernement fédéral — Les intéressés étaient assujettis à une convention collective — L’employeur avait publié unilatéralement une « circulaire de la flotte » qui modifiait la façon dont les officiers étaient rémunérés pour la « familiarisation » — La défenderesse a déposé un grief en son propre nom et au nom de ses membres — Elle a demandé un dédommagement rétroactif pour les employés ayant subi des répercussions par suite de l’application de la circulaire — Le grief a été rejeté — L’arbitre a accueilli le grief et a ordonné une rémunération rétroactive — Il s’agissait de savoir si l’art. 232 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique (la Loi) restreint les pouvoirs dont dispose un arbitre dans le cadre d’un grief de principe d’accorder une rémunération rétroactive — Bien que l’art. 232 restreint les pouvoirs généraux de l’arbitre qui a à connaître d’un grief de principe, cette disposition n’entre en jeu que si un grief individuel ou collectif existait déjà ou aurait pu exister — En l’espèce, le grief a été déposé très peu de temps après la publication de la circulaire, à un moment où on n’a pu mentionner un particulier ou un groupe qui aurait pu présenter un grief en son propre nom — Par conséquent, aucun grief individuel ou collectif n’« aurait pu » avoir été présenté au moment où le grief de principe a été formulé; l’art. 232 de la Loi ne s’appliquait pas compte tenu des faits — Même si l’art. 232 devait s’appliquer, l’arbitre avait le pouvoir d’attribuer une rémunération rétroactive en application des art. 232a) et b), qui disposent que l’arbitre peut, dans sa décision, donner une certaine interprétation à la convention collective ou conclure qu’il a été contrevenu à la décision arbitrale — L’emploi du mot « enjoindre » à l’art. 232c) de la Loi vise davantage que le simple pouvoir de donner une interprétation — L’expression « enjoindre à l’employeur [...] d’appliquer la*

*Construction of Statutes — Public Service Labour Relations Act, s. 232 limiting broader powers of adjudicator in considering policy grievance — Adjudicator nevertheless having jurisdiction to award retroactive compensation based on s. 232(a), (b), which state that adjudicator may give decision “declaring” that collective agreement be given certain interpretation or that award has been contravened — Use of word “requiring” in PSLRA, s. 232(c) contemplating something more than simple declaration — Words “requiring the employer to ... apply ... administer ... collective agreement” in s. 232(c) sufficiently broad to contemplate order for retroactive payment — Individual or persons whose agreement interpreted as affording retroactive payments should not be required to engage in second grievance to obtain payments — Holding that PSLRA, s. 232(c) precluding adjudicator’s power to grant retroactive award of compensation would lead to absurd result.*

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, ss. 208–214, 215–219, 220–232.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Public Service Alliance of Canada v. NAV Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 284, 112 D.L.R. (4th) 68, 17 C.C.E.L. (3d) 26 (C.A.).

#### AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2008.

APPLICATION for judicial review of an adjudicator’s decision and order (2008 PSLRB 52) dealing with a policy grievance raised by the respondent as bargaining agent representing ship officers against the Treasury

*convention collective » à l’art. 232c) est d’assez large portée pour que soit visée une ordonnance de paiement rétroactif — En conséquence, l’arbitre a correctement exercé les pouvoirs que lui confère l’art. 232 de la Loi en rendant l’ordonnance — Demande rejetée.*

*Interprétation des lois — L’art. 232 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique restreint les pouvoirs dont dispose un arbitre dans le cadre d’un grief de principe — L’arbitre avait néanmoins le pouvoir d’attribuer une rémunération rétroactive en application des art. 232a) et b), qui disposent que l’arbitre peut, dans sa décision, donner une certaine interprétation à la convention collective ou conclure qu’il a été contrevenu à la décision arbitrale — L’emploi du mot « enjoindre » à l’art. 232c) de la Loi vise davantage que le simple pouvoir de donner une interprétation — L’expression « enjoindre à l’employeur [...] d’appliquer la convention collective » à l’art. 232c) est d’assez large portée pour que soit visée une ordonnance de paiement rétroactif — Une personne ou un groupe de personnes dont la convention est interprétée de telle manière que des paiements rétroactifs lui sont accordés ne devrait pas avoir à présenter un deuxième grief pour obtenir ces paiements — Statuer que l’art. 232c) de la Loi interdit à l’arbitre d’attribuer une rémunération rétroactive entraînerait un résultat absurde.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art 2., art. 208 à 214, 215 à 219, 220 à 232.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Public Service Alliance of Canada v. NAV Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 284, 112 D.L.R. (4th) 68, 17 C.C.E.L. (3d) 26 (C.A.).

#### DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada Inc., 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision et de l’ordonnance (2008 CRTFP 52) d’un arbitre portant sur un grief de principe présenté par la défenderesse à titre d’agente négociatrice d’officiers de navire contre le

Board (Department of Fisheries and Oceans). Application dismissed.

Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans). Demande rejetée.

APPEARANCES

*Caroline E. M. Engmann* for applicant.  
*David J. Jewitt* and *Jodi Martin* for respondent.

ONT COMPARU

*Caroline E. M. Engmann* pour le demandeur.  
*David J. Jewitt* et *Jodi Martin* pour la défenderesse.

SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Jewitt McLuckie & Associates* for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Jewitt McLuckie & Associates* pour la défenderesse.

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

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

[1] HUGHES J.: This application deals with a narrow issue, the scope of section 232 of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2. The issue arises out of a decision and order of an adjudicator who dealt with a policy grievance raised by the Canadian Merchant Service Guild as bargaining agent against the Treasury Board (Department of Fisheries and Oceans). That decision is dated July 9, 2008 and may be cited as [*Canadian Merchant Service Guild v. Treasury Board (Department of Fisheries and Oceans)*] 2008 PSLRB 52.

[1] LE JUGE HUGHES : La présente demande a trait à une question restreinte, soit celle de la portée de l'article 232 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2. Cette question découle d'une décision et d'une ordonnance rendues par un arbitre de grief (l'arbitre) qui avait à statuer sur un grief de principe présenté par la Guilde de la marine marchande du Canada, à titre d'agente négociatrice, contre le Conseil du Trésor — ministère des Pêches et des Océans. La référence de cette décision, datée du 9 juillet 2008, est [*Guilde de la Marine marchande du Canada c. Conseil du Trésor (ministère des Pêches et des Océans)*] 2008 CRTFP 52.

[2] For the reasons that follow I find that the adjudicator properly exercised the powers conferred by section 232 of the Act in granting the order at issue in a manner consistent with the proper interpretation of that section. Therefore the application for judicial review of that decision is dismissed.

[2] Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'arbitre a correctement exercé les pouvoirs que l'article 232 de la Loi lui confère en rendant l'ordonnance en cause d'une manière s'accordant avec la juste interprétation de cet article. La demande de contrôle judiciaire de cette décision est par conséquent rejetée.

[3] It is appropriate to start with the *Public Service Labour Relations Act*, newly enacted in 2003. That Act provides, in section 208 and following, for a number of types of grievances. Those grievances may proceed through various levels and ultimately may be referred to an adjudicator for final determination. Those different types of grievances are:

[3] Notre point de départ se doit d'être la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, nouvellement édictée (2003). La Loi prévoit, en ses articles 208 et suivants, l'existence de divers types de griefs. Un grief, après être passé par les divers paliers de la procédure applicable, peut être renvoyé à un arbitre de grief, qui rendra une décision finale. Les différents types de griefs sont les suivants.

a. Individual grievance as provided for in sections 208 to 214 of the Act. In general the scope of such a grievance is defined in paragraphs 208(1)(a) and (b):

**208.** (1) Subject to subsections (2) to (7), an employee is entitled to present an individual grievance if he or she feels aggrieved

(a) by the interpretation or application, in respect of the employee, of

(i) a provision of a statute or regulation, or of a direction or other instrument made or issued by the employer, that deals with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award; or

(b) as a result of any occurrence or matter affecting his or her terms and conditions of employment.

b. Group grievance as provided for in sections 215 to 219 of the Act. In general the scope of such a grievance is defined in subsection 215(1):

**215.** (1) The bargaining agent for a bargaining unit may present to the employer a group grievance on behalf of employees in the bargaining unit who feel aggrieved by the interpretation or application, common in respect of those employees, of a provision of a collective agreement or an arbitral award.

c. Policy grievance as provided for in sections 220 to 232 of the Act. In general the scope of such a grievance is defined in subsection 220(1):

**220.** (1) If the employer and a bargaining agent are bound by an arbitral award or have entered into a collective agreement, either of them may present a policy grievance to the other in respect of the interpretation or application of the collective agreement or arbitral award as it relates to either of them or to the bargaining unit generally.

[4] Section 232 of the Act provides limitations as to an adjudicator's decision respecting a policy grievance where the matter was or could have been the subject of an individual grievance or a group grievance. It says:

**232.** If a policy grievance relates to a matter that was or could have been the subject of an individual grievance or a

a. Le grief individuel, régi par les articles 208 à 214 de la Loi. La portée d'un tel grief est circonscrite de manière générale, comme suit, aux alinéas 208(1)a) et b) :

**208.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (7), le fonctionnaire a le droit de présenter un grief individuel lorsqu'il s'estime lésé :

a) par l'interprétation ou l'application à son égard :

(i) soit de toute disposition d'une loi ou d'un règlement, ou de toute directive ou de tout autre document de l'employeur concernant les conditions d'emploi,

(ii) soit de toute disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale;

b) par suite de tout fait portant atteinte à ses conditions d'emploi.

b. Le grief collectif, régi par les articles 215 à 219 de la Loi. La portée d'un tel grief est circonscrite de manière générale, comme suit, au paragraphe 215(1) :

**215.** (1) L'agent négociateur d'une unité de négociation peut présenter un grief collectif à l'employeur au nom des fonctionnaires de cette unité qui s'estiment lésés par la même interprétation ou application à leur égard de toute disposition d'une convention collective ou d'une décision arbitrale.

c. Le grief de principe, régi par les articles 220 à 232 de la Loi. La portée d'un tel grief est circonscrite de manière générale, comme suit, au paragraphe 220(1) :

**220.** (1) Si l'employeur et l'agent négociateur sont liés par une convention collective ou une décision arbitrale, l'un peut présenter à l'autre un grief de principe portant sur l'interprétation ou l'application d'une disposition de la convention ou de la décision relativement à l'un ou l'autre ou à l'unité de négociation de façon générale.

[4] L'article 232 de la Loi, reproduit ci-après, assortit de restrictions la décision d'un arbitre de grief sur un grief de principe qui porte sur une question qui a fait ou aurait pu faire l'objet d'un grief individuel ou d'un grief collectif.

**232.** Dans sa décision sur un grief de principe qui porte sur une question qui a fait ou aurait pu faire l'objet d'un grief

group grievance, an adjudicator's decision in respect of the policy grievance is limited to one or more of the following:

- (a) declaring the correct interpretation, application or administration of a collective agreement or an arbitral award;
- (b) declaring that the collective agreement or arbitral award has been contravened; and
- (c) requiring the employer or bargaining agent, as the case may be, to interpret, apply or administer the collective agreement or arbitral award in a specified manner.

[5] It is this provision, section 232, which is presently before this Court for consideration. I am advised that this section has not previously been the subject of judicial interpretation.

[6] The underlying factual basis of the adjudicator's decision is not in dispute. The respondent, Canadian Merchant Service Guild, is the certified bargaining agent for ship's officers employed by the federal government for instance on Coast Guard and Defence vessels. These officers are required to work up to 12 hours a day for up to 28 consecutive days. They are paid according to a scheme that takes into account days designated as "off-duty" or "on-duty" including provisions as to a "lay-day" bank. The parties are subject to a collective agreement including a letter of understanding.

[7] In January 2007, the management of the Department of Fisheries [and Oceans] unilaterally issued a "Fleet Circular" which altered the manner in which officers were to be compensated for what was termed "familiarization". The respondent filed a grievance on its own behalf and on behalf of its officer members. At that time no particular member or group of members could be identified who would be subject to the "Fleet Circular" in question but it was expected that at least some officers would be subject to the effect of that Circular. Included in that grievance was a request for a declaration and for retroactive compensation as follows:

The Guild ... hereby requests a declaration that the Fleet Circular FC-03-2007 is in breach of the Employer's obligations under the collective agreement and further requests an Order compensating any officer affected retroactively.

individuel ou d'un grief collectif, l'arbitre de grief ne peut prendre que les mesures suivantes :

- a) donner l'interprétation ou l'application exacte de la convention collective ou de la décision arbitrale;
- b) conclure qu'il a été contrevenu à la convention collective ou à la décision arbitrale;
- c) enjoindre à l'employeur ou à l'agent négociateur, selon le cas, d'interpréter ou d'appliquer la convention collective ou la décision arbitrale selon les modalités qu'il fixe.

[5] C'est cette disposition de la Loi, l'article 232, qui fait l'objet de l'examen actuel de la Cour. Cet article, m'a-t-on informé, n'a jamais été interprété par les tribunaux.

[6] Aucune des parties ne conteste le contexte factuel dans lequel s'inscrit la décision de l'arbitre. La défenderesse, la Guilde de la marine marchande du Canada, est l'agente négociatrice accréditée des officiers de navire qui travaillent pour le gouvernement fédéral, par exemple à bord de vaisseaux de la Garde côtière ou de la Défense. Ces officiers doivent travailler jusqu'à 12 heures par jour, et ce, jusqu'à 28 jours d'affilée. Leur régime de rémunération comporte des jours désignés en tant que jours « en repos » et « de service », et prévoit une banque de « jours de relâche ». Les intéressés sont assujettis à une convention collective, ce qui comprend une lettre d'accord.

[7] En janvier 2007, la direction du ministère des Pêches [et des Océans] a publié unilatéralement une « circulaire de la flotte » qui modifiait la façon dont les officiers devaient être rémunérés pour ce qu'on désignait la « familiarisation ». La défenderesse a déposé un grief en son propre nom et au nom de ses membres officiers. À l'époque, on n'avait pu mentionner un membre ou un groupe de membres en particulier qui auraient été visés par la circulaire en cause, mais on estimait qu'au moins certains officiers en subiraient les effets. On demandait notamment dans ce grief, comme suit, un jugement déclaratoire ainsi qu'un dédommagement rétroactif :

[TRADUCTION] La Guilde [...] demande par les présentes un jugement déclaratoire selon lequel la circulaire de la flotte FC-03-2007 constitue un manquement aux obligations de l'employeur prévues dans la convention collective ainsi qu'une

[8] The grievance was denied and the relief sought refused. The respondent sought adjudication on the basis of a policy grievance. The adjudicator on July 9, 2008 gave the decision presently under review and ordered (at paragraphs 48–51):

#### V. Order

The policy grievance is allowed.

Fleet Circular FC 03-2007 must be amended by deleting any reference to job familiarization under the heading Application.

Employees who have been negatively affected by the application of Fleet Circular FC 03-2007 in the case of job familiarization must be compensated retroactively.

I will remain seized for a period of 120 days from the date of this decision to address any matters relating to its implementation.

[9] The applicant takes no issue with the order except as to paragraph 50 which requires retroactive compensation. The applicant says that section 232 of the Act restricts the power of an adjudicator in a policy grievance such that retroactive compensation cannot be granted. I am advised that at no time during the grievance or adjudication was this point raised. Other than the order itself, the adjudicator's decision does not address this point.

#### SCOPE OF REVIEW

[10] Counsel for the parties are agreed that the scope of review of the adjudicator's decision must be considered in light of the recent decisions of the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. *Dunsmuir* states that there are now only two standards of judicial review, reasonableness and correctness. The standard of correctness applies to a determination of true

ordonnance de dédommagement rétroactif de tout officier touché.

[8] Le grief a été rejeté, et le redressement demandé a été refusé. La défenderesse a alors demandé l'arbitrage d'un grief de principe. Le 9 juillet 2008, l'arbitre a rendu la décision à l'examen et a ordonné ce qui suit (aux paragraphes 48 à 51) :

#### V. Ordonnance

Le grief de principe est accueilli.

La circulaire de la flotte FC 03-2007 doit être modifiée par la suppression de toute mention de la familiarisation avec l'emploi sous la rubrique Application.

Les employés ayant subi des répercussions de l'application de la circulaire de la flotte FC 03-2007 dans le cas de la familiarisation avec l'emploi doivent être rémunérés rétroactivement.

Je demeure saisi de l'affaire pour une période de 120 jours à compter de la date de la présente décision afin de me prononcer sur toutes les questions concernant son exécution.

[9] Le demandeur ne conteste pas l'ordonnance, si ce n'est son paragraphe 50 qui impose une rémunération rétroactive. Selon lui, l'article 232 de la Loi restreint les pouvoirs dont dispose un arbitre de grief dans le cadre d'un grief de principe, de telle sorte qu'une rémunération rétroactive ne puisse être accordée. On m'a informé que cette question n'avait jamais été soulevée pendant la procédure de règlement de grief ou d'arbitrage. Si ce n'est dans l'ordonnance elle-même, la décision de l'arbitre ne traite pas de cette question.

#### PORTÉE DU CONTRÔLE

[10] Les avocats des parties s'entendent pour dire qu'il convient d'examiner la question de la portée du contrôle de la décision de l'arbitre en tenant compte des arrêts récents *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, de la Cour suprême du Canada. On a déclaré dans l'arrêt *Dunsmuir* qu'il n'y avait désormais plus que deux normes de contrôle judiciaire, soit la norme de la raisonabilité



questions of jurisdiction. The majority of the Supreme Court in *Dunsmuir* wrote at paragraph 59:

Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. “Jurisdiction” is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. In that case, the issue was whether the City of Calgary was authorized under the relevant municipal acts to enact bylaws limiting the number of taxi plate licences (para. 5, *per* Bastarache J.). That case involved the decision-making powers of a municipality and exemplifies a true question of jurisdiction or *vires*. These questions will be narrow. We reiterate the caution of Dickson J. in *CUPE* that reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so.

[11] This does not mean that, even in applying a “correctness” standard, the Court should not take into consideration the manner in which a tribunal has interpreted its own statutes. Such interpretation can be instructive and accorded deference. As stated by the majority in *Khosa* at paragraph 25:

I do not share Rothstein J.’s view that absent statutory direction, explicit or by necessary implication, no deference is owed to administrative decision-makers in matters that relate to their special role, function and expertise. *Dunsmuir* recognized that with or without a privative clause, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular

et celle de la décision correcte. Cette dernière norme s’applique aux véritables questions de compétence, les juges de la majorité à la Cour suprême du Canada ayant déclaré ce qui suit dans l’arrêt *Dunsmuir* au paragraphe 59 :

Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l’arrêt *SCFP*. Il importe en l’espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l’idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s’entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question. L’interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d’exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L’affaire *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, constitue un bon exemple. Il s’agissait de savoir si les dispositions municipales en cause autorisaient la ville de Calgary à limiter par règlement le nombre de permis de taxi délivrés (par. 5, le juge Bastarache). Cette affaire relative aux pouvoirs décisionnels d’une municipalité offre un exemple de véritable question de compétence ou de constitutionnalité. L’examen relatif à l’une et l’autre questions a une portée restreinte. Il convient de rappeler la mise en garde du juge Dickson selon laquelle, en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence (*SCFP*).

[11] Cela ne veut pas dire que, même lorsqu’elle applique la norme de la décision « correcte », la Cour ne doit pas prendre en considération la manière dont un tribunal administratif a interprété ses propres lois. Une telle interprétation peut s’avérer instructive et une certaine déférence s’impose à son endroit. Les juges de la majorité ont ainsi déclaré ce qui suit dans l’arrêt *Khosa* au paragraphe 25 :

Je ne partage pas l’opinion du juge Rothstein selon laquelle, en l’absence d’une directive législative expresse ou nécessairement implicite, la cour de révision n’a pas à faire preuve de déférence à l’endroit d’un décideur administratif dans les affaires ayant trait au rôle, à la fonction et à l’expertise propres à ce décideur. Dans *Dunsmuir*, notre Cour a reconnu que, sans

decision had been allocated to an administrative decision-maker rather than to the courts. This deference extended not only to facts and policy but to a tribunal's interpretation of its constitutive statute and related enactments because "there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported" (*Dunsmuir*, at para. 41). A policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (*Dunsmuir*, at para. 49, quoting Professor David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93). Moreover, "[d]eference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context" (*Dunsmuir*, at para. 54).

[12] In the present case I am satisfied that the appropriate standard of review is that of correctness since the question is one of interpretation of section 232 of the Act having regard to the jurisdiction of the adjudicator in making the order in question and in particular, paragraph 50 of that order requiring retroactive compensation.

#### INTERPRETING SECTION 232

[13] Section 232 operates as a limitation to the broader powers of an adjudicator in considering a policy grievance. I repeat that section:

**232.** If a policy grievance relates to a matter that was or could have been the subject of an individual grievance or a group grievance, an adjudicator's decision in respect of the policy grievance is limited to one or more of the following:

- (a) declaring the correct interpretation, application or administration of a collective agreement or an arbitral award;
- (b) declaring that the collective agreement or arbitral award has been contravened; and

égard à l'existence d'une clause privative, il est maintenant admis qu'une certaine déférence s'impose lorsqu'une décision particulière a été confiée à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires. Cette déférence s'étend non seulement aux questions touchant aux faits et à la politique, mais aussi à l'interprétation, par le tribunal administratif, de sa loi constitutive et des dispositions législatives connexes étant donné « qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41). Le principe de la déférence « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Dunsmuir*, par. 49, citant le professeur David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93). En outre, la déférence « peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé » (*Dunsmuir*, par. 54).

[12] En l'espèce, je suis convaincu que la norme de contrôle appropriée est la décision correcte, étant donné que la question en jeu concerne l'interprétation de l'article 232 de la Loi et la compétence qu'aurait l'arbitre de rendre l'ordonnance en cause, et en particulier le paragraphe 50 imposant le versement rétroactif d'une rémunération.

#### INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 232

[13] L'article 232, reproduit ci-après, restreint les pouvoirs généraux de l'arbitre de grief qui a à connaître d'un grief de principe.

**232.** Dans sa décision sur un grief de principe qui porte sur une question qui a fait ou aurait pu faire l'objet d'un grief individuel ou d'un grief collectif, l'arbitre de grief ne peut prendre que les mesures suivantes :

- a) donner l'interprétation ou l'application exacte de la convention collective ou de la décision arbitrale;
- b) conclure qu'il a été contrevenu à la convention collective ou à la décision arbitrale;

(c) requiring the employer or bargaining agent, as the case may be, to interpret, apply or administer the collective agreement or arbitral award in a specified manner.

c) enjoindre à l'employeur ou à l'agent négociateur, selon le cas, d'interpréter ou d'appliquer la convention collective ou la décision arbitrale selon les modalités qu'il fixe.

[14] This provision only comes into play if one of two circumstances has occurred:

[14] Cette disposition n'entre en jeu que dans l'une ou l'autre des situations suivantes :

a. There was an individual or group grievance already. This is not the circumstance here.

a. il y avait déjà un grief individuel ou collectif — tel n'est pas le cas en l'espèce;

b. There could have been an individual or group grievance.

b. il aurait pu y avoir un grief individuel ou collectif.

[15] In considering what is meant by “could have been” an individual or group grievance one must consider whether, and to what extent, those words are intended to apply to a situation other than one where, for instance, an individual or group grievance was threatened or prepared but never actually instituted. Such a question does not need to be answered here since, on the facts of this case, the grievance was filed very shortly after the release of the Fleet Circular in question and at a time when no particular individual or group who could possibly start a grievance on their own behalf could be identified. Retroactive compensation was requested as stated at paragraph 3 of the agreed statement of facts as provided to the adjudicator (applicant's record, at pages 253 and 254) simply on behalf of “any Officer affected retroactively”. Thus, no individual or group grievance “could have been brought” at the time that the policy grievance was instituted.

[15] Lorsqu'on examine ce que vise la disposition en disant qu'il « aurait pu » y avoir un grief individuel ou collectif, on doit se demander si, et dans quelle mesure, ces termes sont censés s'appliquer à une situation autre que celle où, par exemple, on a menacé de présenter un tel grief ou on s'est préparé à en formuler un, mais où cela ne s'est jamais véritablement produit en fin de compte. Il n'y a pas lieu de se pencher ici sur cette question, puisqu'en l'espèce le grief a été déposé très peu de temps après que la circulaire de la flotte en cause a été publiée, à un moment où l'on n'a pu mentionner un individu ou un groupe en particulier qui aurait pu présenter un grief en son propre nom. Tel qu'il est mentionné au paragraphe 3 de l'exposé conjoint des faits soumis à l'arbitre (dossier du demandeur, aux pages 253 et 254), le versement rétroactif de la rémunération a simplement été demandé en l'espèce au nom de [TRADUCTION] « tout officier touché ». Ainsi, aucun grief individuel ou collectif n'« aurait pu » avoir été présenté au moment où le grief de principe a été formulé.

[16] I find therefore, on the facts in this case, section 232 of the Act is inapplicable.

[16] Je conclus donc, compte tenu des faits de l'espèce, que l'article 232 de la Loi n'est pas applicable.

[17] In any event, even if section 232 were to apply, I find that the adjudicator had jurisdiction to award retroactive compensation. Looking at the structure of section 232 we find that paragraphs (a) and (b) provide that, even in these restrictive circumstances, the adjudicator may give a decision “declaring” that a certain interpretation be given respecting a collective agreement or an award has been contravened. Thus the section is quite clear as to what it means when it comes to the power to “declare” something.

[17] Quoi qu'il en soit, même si l'article 232 devait s'appliquer, je conclus que l'arbitre avait le pouvoir d'attribuer une rémunération rétroactive. Si l'on examine la structure de l'article 232, l'on peut constater que les alinéas a) et b) prévoient que, malgré la restriction prévue à l'article, l'arbitre de grief peut, dans sa décision, « donner » une certaine interprétation à la convention collective, ou « conclure » qu'il a été contrevenu à la décision arbitrale. L'article 232 est donc clair quant au sens à donner au pouvoir de donner une interprétation ou de conclure.

[18] Paragraph 232(c) uses a different word, it uses the word “requiring” certain things to be done. It is clear that something more than a simple declaration is contemplated. What may be “required” to be done is that an employer or bargaining agent is to “interpret, apply or administer” the collective agreement or arbitral award in “a specified manner”. One of the ways in which the agreement is to be applied and administered is to pay persons subject to the agreement in accordance with the manner as determined by the adjudicator.

[19] The applicant’s counsel argues that all an adjudicator can do given the restrictions of paragraph 232(c) is make a declaration as to the manner in which payment ought to be made and leave it to the parties, possibly to a subsequent individual or group grievance, to secure payment if it is not forthcoming. This would render the process futile and absurd. Why go through a second process when the matter has already been determined. The words “requiring the employer to ... apply and administer the collective agreement” are sufficiently broad so as to contemplate an order for retroactive payment.

[20] In this regard, I refer to the excellent analysis by the late Catzman J.A. in giving the reasons of the Ontario Court of Appeal in *Public Service Alliance of Canada v. NAV Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 284.

[21] At paragraphs 27 to 35 he reviewed the progress of the law, particularly at the Supreme Court of Canada level, from affording only a narrow approach to judicial interpretation of statutes respecting arbitral powers in labour matters to one of giving judicial deference to the arbitration process. He said at paragraph 33:

In subsequent cases, the Supreme Court continued to recognize expanded powers of labour arbitrators. *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. v. Canadian Paperworkers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, 28 D.L.R. (4th) 1, held that courts have no jurisdiction to entertain damage claims for breach of rights under collective agreements and that such jurisdiction resides exclusively with the arbitrator. Writing for the court, Estey J. recognized that Canadian labour law had moved toward

[18] L’alinéa 232c) recourt pour sa part à un terme différent : il s’agit d’« enjoindre » de faire quelque chose. L’on vise manifestement davantage que le simple pouvoir de donner une interprétation ou de conclure. Ce que l’arbitre de grief peut « enjoindre » à un employeur ou à un agent négociateur de faire, c’est « d’interpréter ou d’appliquer » la convention collective ou la décision arbitrale selon « les modalités qu’il fixe ». Or, l’une des façons d’appliquer la convention collective consiste à payer les personnes qu’elle régit de la manière établie par l’arbitre de grief.

[19] L’avocate du demandeur soutient que tout ce que peut faire un arbitre de grief, compte tenu des restrictions prévues à l’alinéa 232c), c’est déclarer la manière dont un paiement devrait être fait, puis laisser le soin aux parties, peut-être au moyen d’un grief individuel ou collectif subséquent, d’obtenir le paiement s’il n’est pas fait. Cela, toutefois, rendrait le processus futile et absurde. Pourquoi en effet recourir à une seconde procédure lorsque la question a déjà été tranchée. L’expression « enjoindre à l’employeur [...] d’appliquer la convention collective » est d’assez large portée pour que soit visée une ordonnance de paiement rétroactif.

[20] Je renvoie à cet égard à l’excellente analyse qu’a faite feu le juge Catzman dans ses motifs de l’arrêt *Public Service Alliance of Canada v. NAV Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 284, de la Cour d’appel de l’Ontario.

[21] Aux paragraphes 27 à 35 de l’arrêt, le juge Catzman s’est penché sur l’évolution du droit, particulièrement de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada : l’on est passé d’une interprétation étroite de la loi par les tribunaux quant aux pouvoirs des arbitres à l’égard des questions de travail, pour en arriver à une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d’arbitrage. Le juge s’est exprimé comme suit à ce sujet (au paragraphe 33) :

[TRADUCTION] Dans les arrêts subséquents, la Cour suprême a continué à reconnaître davantage de pouvoirs aux arbitres du travail. Elle a ainsi statué dans l’arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. Ltd. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, 28 D.L.R. (4th) 1, que les tribunaux n’avaient pas compétence pour instruire les demandes en dommages-intérêts pour violation de droits découlant de conventions collectives, les arbitres ayant

recognizing broad arbitral powers and that “[w]hat is left is an attitude of judicial deference to the arbitration process” (p. 721 S.C.R.).

[22] The same line of thinking should apply here. It would be absurd, given the language of paragraph 232(c), to hold that a person or group of persons who have been successful in obtaining an interpretation of an agreement that would afford them retroactive payments should possibly have to engage in a second grievance to obtain those payments. I refer to Professor Sullivan where she says in her book *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed., LexisNexis, at pages 300–301:

**Propositions comprising consequential analysis.** The modern understanding of the “golden rule” or the presumption against absurdity includes the following propositions.

- (1) It is presumed that the legislature does not intend its legislation to have absurd consequences.
- (2) Absurd consequences are not limited to logical contradictions or internal incoherence but include violations of established legal norms such as rule of law; they also include violations of widely accepted standards of justice and reasonableness.
- (3) Whenever possible, an interpretation that leads to absurd consequences is rejected in favour of one that avoids absurdity.
- (4) The more compelling the absurdity, the greater the departure from ordinary meaning that is tolerated.

[23] To hold that paragraph 232(c) of the Act precludes a retroactive award of compensation would be an absurd result.

## CONCLUSION AND COSTS

[24] In the result, therefore, I will dismiss the application to quash the adjudicator’s decision and order.

compétence exclusive en la matière. S’exprimant au nom de la Cour suprême, le juge Estey a dit constater qu’en droit canadien du travail on reconnaissait désormais de larges pouvoirs aux arbitres, et qu’il « en rest[ait] une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d’arbitrage » (R.C.S., à la page 721).

[22] Il convient de suivre en l’espèce le même courant de pensée. Il serait absurde de statuer, vu le libellé de l’alinéa 232c), qu’une personne ou un groupe de personnes ayant obtenu qu’une convention collective soit interprétée de telle manière que des paiements rétroactifs lui soient accordés puisse avoir à présenter un deuxième grief pour obtenir ces paiements. Je renvoie à cet égard aux commentaires suivants de la professeure Sullivan, tirés de son ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd., LexisNexis, (aux pages 300 et 301) :

[TRADUCTION] **Principes s’appliquant à l’analyse des conséquences.** Il se dégage de la façon moderne de comprendre la « règle d’or », ou présomption contre les absurdités, les principes qui vont suivre.

- (1) Le législateur est présumé ne pas souhaiter que sa loi ait des conséquences absurdes.
- (2) Les conséquences absurdes ne sont pas uniquement les contradictions logiques ou les incohérences internes, mais aussi les violations des normes juridiques établies, comme celle de la primauté du droit, ainsi que des normes du juste et du raisonnable largement acceptées.
- (3) Autant que possible, toute interprétation qui comporte des conséquences absurdes est rejetée en faveur d’une autre exempte d’absurdité.
- (4) Plus l’absurdité est flagrante, plus l’éloignement du sens ordinaire des termes est toléré.

[23] Statuer que l’alinéa 232c) de la Loi interdit d’attribuer une rémunération rétroactive entraînerait un résultat absurde.

## CONCLUSION ET DÉPENS

[24] Je vais rejeter, par conséquent, la demande d’annulation de la décision et de l’ordonnance de l’arbitre.

[25] The respondent was successful and is entitled to costs. Having regard to my discussion with counsel at the hearing, I fix those costs at \$2 500.

[25] La défenderesse a eu gain de cause et a droit aux dépens. Compte tenu des discussions que j'ai eues avec les avocats à l'audience, je fixe le montant des dépens à 2 500 \$.

JUDGMENT

JUGEMENT

FOR THE REASONS GIVEN,

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS,

THIS COURT ADJUDGES that:

LA COUR ORDONNE :

1. The application is dismissed;

1. La demande est rejetée.

2. The respondent is awarded costs fixed at the sum of \$2 500.

2. Les dépens, fixés à 2 500 \$, sont attribués à la défenderesse.

A-346-08  
2009 FCA 105

A-346-08  
2009 CAF 105

**The Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Le procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Daniel King** (*Respondent*)

**Daniel King** (*intimé*)

**INDEXED AS: KING v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES AND SOCIAL DEVELOPMENT) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : KING c. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES HUMAINES ET DU DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Décary, Sexton and Blais JJ.A—Toronto, March 2; Ottawa, April 2, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Décary, Sexton et Blais, J.C.A—Toronto, 2 mars; Ottawa, 2 avril 2009.

*Pensions — Appeal from Federal Court decision holding “erroneous advice” within meaning of Canada Pension Plan (CPP), s. 66(4) given to Minister of Human Resources and Skills Development (Minister) — Federal Court erring in interpretation of word “advice” in concluding decision to award, deny disability pension made by Minister on advice provided by civil servants — While CPP stating “the Minister” considers, decides pension applications, decision whether disability severe, prolonged in fact exercised by medical adjudicators — This practice in accordance with Interpretation Act, s. 24(2)(d) that where statute granting minister power to make decision, power may be exercised by department officials appointed to do so — Here, letters conveying, confirming decision denying pension not constituting advice within plain, ordinary meaning of word as no evidence of any communication to Minister regarding respondent’s case — S. 66(4) not purporting to deal with situations where Minister’s decision reversed — Erroneous advice referring to advice given by Department to member of public — Appeal allowed.*

*Pensions — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a statué qu’un « avis erroné » au sens de l’art. 66(4) du Régime des pensions du Canada (RPC) avait été donné à la ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences (la ministre) — La Cour fédérale a erré dans son interprétation du mot « avis », concluant que lorsqu’une décision est prise d’octroyer ou de refuser une pension d’invalidité, la décision est prise par la ministre, sur la foi d’avis que lui donnent ses fonctionnaires — Même si le RPC énonce que « le ministre » examine les demandes de pension et statue sur celles-ci, ce sont des évaluateurs médicaux qui exercent le pouvoir de décider si l’invalidité d’un requérant est grave et prolongée — Cette pratique est conforme à l’art. 24(2)d) de la Loi d’interprétation, qui dispose que lorsqu’une loi confère à un ministre le pouvoir de prendre une décision, ce pouvoir peut être exercé par des fonctionnaires du ministère nommés à cette fin — En l’espèce, les lettres communiquant et confirmant la décision de refuser une pension ne constituaient pas un avis selon le sens ordinaire de ce mot puisqu’il n’y avait aucune preuve d’une communication adressée à la ministre concernant le cas de l’intimé — L’art. 66(4) ne vise pas les situations où une décision de la ministre a été infirmée — Les mots « avis erroné » s’entendent d’avis que le Ministère donne à un membre du public — Appel accueilli.*

*Construction of Statutes — Canada Pension Plan (CPP), s. 66(4) allowing Minister to provide remedy to person having been denied pension as result of erroneous advice, administrative error in administration of CPP — Plain, ordinary meaning of word “advice” contemplating communication of some sort — No advice provided to Minister herein as no evidence of any communication to Minister regarding respondent’s case — Meaning of “advice” not ambiguous, unsettled; no doubt arising from CPP, s. 66(4) — Not Parliament’s intention that phrase “erroneous advice or administrative error” be equated*

*Interprétation des lois — L’art. 66(4) du Régime des pensions du Canada (RPC) permet à la ministre de prendre des mesures correctives au profit d’une personne qui s’est vu refuser une pension en raison d’un avis erroné ou d’une erreur administrative survenus dans le cadre de l’application du RPC — Le mot « avis », selon son sens ordinaire, évoque une certaine forme de communication — Aucun avis n’a été communiqué à la ministre en l’espèce puisqu’il n’y avait aucune preuve d’une communication de quelque nature adressée à la ministre concernant le cas de l’intimé — Le sens du mot « avis » n’est*

with “decision” — *Erroneous advice referring to advice given by Department to member of public.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court (motions Judge) holding that “erroneous advice” within the meaning of subsection 66(4) of the *Canada Pension Plan* (CPP) had been given to the Minister of Human Resources and Skills Development (Minister). Subsection 66(4) of the CPP allows the Minister to provide a remedy to a person who has been denied a pension as a result of erroneous advice or administrative error in the administration of the CPP. The issue arose from the refusal by the Minister to award interest on a retroactive disability pension payment awarded to the respondent by the Pension Appeals Board (PAB). On judicial review of this decision by the Minister, the motions Judge concluded that Department officials had given the Minister advice that the respondent’s disability was not “severe and prolonged”, and that this advice had been proven to be erroneous by reason of the decision of the PAB to reverse the Minister’s decision.

*Held*, the appeal should be allowed.

The motions Judge erred in his interpretation of the word “advice” in concluding that when a decision is made to award or deny a disability pension, the decision is made by the Minister, acting on advice provided to her by civil servants. While the CPP requires a person to make an application for benefits to “the Minister” and states that “the Minister” considers and decides pension applications, the Department’s practice is that the power to decide whether a disability is severe and prolonged is exercised by medical adjudicators appointed for this purpose. This practice is in accordance with paragraph 24(2)(d) of the *Interpretation Act*, which states that where a statute grants a minister the power to make a decision, that power may also be exercised by department officials who are appointed to do so. Such an official may make a binding decision without delivering advice or consulting with the minister and without any personal intervention by the minister.

Here, the letters conveying and confirming the decision to deny the respondent a disability pension were signed by employees of the Income Security Programs Branch, and neither constituted advice being relayed to the Minister. There was no “advice” being provided to the Minister within the plain and ordinary meaning of that word, which contemplates a communication of some sort, as there was no evidence of any communication to the Minister regarding the respondent’s case.

*ni ambigu ni controversé; le libellé de l’art. 66(4) du RPC ne soulève aucun doute — Le législateur n’entendait pas que les mots « un avis erroné ou une erreur administrative » équivalent au mot « décision » — Les mots « avis erroné » s’entendent d’avis que le Ministère donne à un membre du public.*

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale (le juge des requêtes) a statué qu’un « avis erroné » au sens du paragraphe 66(4) du *Régime des pensions du Canada* (le RPC) avait été donné à la ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences (la ministre). Le paragraphe 66(4) du RPC permet à la ministre de prendre des mesures correctives au profit d’une personne qui s’est vu refuser une pension en raison d’un avis erroné ou d’une erreur administrative survenus dans le cadre de l’application du RPC. La question en litige découlait du refus de la ministre d’accorder des intérêts sur un versement rétroactif de pension d’invalidité octroyé à l’intimé par la Commission d’appel des pensions (la CAP). Dans le cadre du contrôle judiciaire de cette décision de la ministre, le juge des requêtes a conclu que des fonctionnaires du Ministère avaient donné à la ministre un avis selon lequel l’invalidité de l’intimé n’était pas « grave et prolongée », et que cet avis s’était révélé erroné du fait de la décision de la CAP d’infirmier la décision de la ministre.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

Le juge des requêtes a erré dans son interprétation du mot « avis », concluant que lorsqu’une décision est prise d’octroyer ou de refuser une pension d’invalidité, la décision est prise par la ministre, qui agit sur la foi d’avis que lui donnent ses fonctionnaires. Même si le RPC exige qu’une personne présente une demande de prestation au « ministre » et énonce que « le ministre » doit examiner les demandes de pension et statuer sur celles-ci, ce sont des évaluateurs médicaux nommés à cette fin qui, suivant la pratique du Ministère, exercent le pouvoir de décider si l’invalidité d’un requérant est grave et prolongée. Cette pratique est conforme au paragraphe 24(2)d) de la *Loi d’interprétation*, qui dispose que lorsqu’une loi confère à un ministre le pouvoir de prendre une décision, ce pouvoir peut également être exercé par des fonctionnaires du ministère nommés à cette fin. Un tel fonctionnaire peut lui-même prendre une décision obligatoire, sans donner d’avis au ministre ou le consulter et sans aucune intervention personnelle du ministre.

En l’espèce, les lettres communiquant et confirmant la décision de refuser à l’intimé une pension d’invalidité ont été signées par des employés de la Direction générale des programmes de la sécurité du revenu, et ni l’une ni l’autre de ces lettres ne constituait un avis qui avait été transmis à la ministre. Il n’y avait aucun « avis » donné à la ministre selon le sens ordinaire de ce mot, qui évoque une certaine forme de communication, puisqu’il n’y avait aucune preuve d’une communication de



There is no doubt arising from the language of subsection 66(4); the meaning of the word “advice” is not ambiguous or unsettled. The motions Judge erred in relying on *Whitton v. Canada (Attorney General)*, distinguishable on its facts, to support the conclusion that it is the Minister acting on advice who makes decisions under the CPP. Such a conclusion is at odds with both the authority conferred on Department officials by paragraph 24(2)(d) of the *Interpretation Act* and the plain and ordinary meaning of the word “advice”. The Minister simply bears ultimate legal responsibility for administrative decisions made by Department officials.

Subsection 66(4) of the CPP, when permitting the Minister to grant a remedy where she finds that erroneous advice has been given or administrative error has occurred, does not purport to deal with situations where a decision of the Minister has been reversed. The phrase “erroneous advice or administrative error” cannot be equated with the word “decision”. This was not Parliament’s intent. It cannot be said that the words “erroneous advice or administrative error”, read in their entire context and grammatical and ordinary sense, refer to “a decision”; that to so construe those words would cause subsection 66(4) to be read harmoniously with the scheme of the CPP; or that the object of the CPP was to create extra remedies to be available to the Minister where her decision is reversed. Erroneous advice refers to advice given by the Department to a member of the public concerning eligibility for benefits, deadlines for filing, and so forth. Where incorrect information is given by Department officials, resulting in the denial of a benefit, the Minister may decide to provide a remedy.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 60(6) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 28), (7), 66(4) (as enacted *idem*, s. 34; S.C. 1991, c. 44, s. 17; 1995, c. 33, s. 31).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89).
- Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 32 (as am. by S.C. 1995, c. 33, s. 18).
- Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, ss. 42(10) (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 225(z.19)(E)), (11) (as am. *idem*).
- Special Retirement Arrangements Act*, S.C. 1992, c. 46, Sch. I, s. 23.
- War Veterans Allowance Act*, R.S.C., 1985, c. W-3, s. 26.

quelque nature adressée à la ministre concernant le cas de l’intimé. Le libellé du paragraphe 66(4) ne soulève aucun doute; le sens du mot « avis » n’est ni ambigu ni controversé. Le juge des requêtes a commis une erreur en s’appuyant sur *Whitton c. Canada (Procureur général)*, dont les faits sont différents, pour étayer sa conclusion selon laquelle c’est la ministre agissant sur la foi d’avis qui prend les décisions en vertu du RPC. Cette conclusion est incompatible à la fois avec le pouvoir que l’alinéa 24(2)d) de la *Loi d’interprétation* confère aux fonctionnaires du Ministère et avec le sens ordinaire du mot « avis ». La ministre assume tout simplement la responsabilité juridique en dernier ressort des décisions administratives prises par les fonctionnaires du Ministère.

Le paragraphe 66(4) du RPC, en permettant à la ministre de prendre une mesure corrective lorsqu’elle conclut qu’un avis erroné a été donné ou qu’une erreur administrative est survenue, ne vise pas les situations où une décision de la ministre a été infirmée. Les mots « un avis erroné ou une erreur administrative » ne sauraient être considérés comme équivalant au mot « décision ». Ce n’était pas l’intention du législateur. On ne saurait dire que les mots « un avis erroné ou une erreur administrative », lus dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical, signifient une « décision »; qu’une telle interprétation de ces mots traduit une lecture du paragraphe 66(4) qui s’harmonise avec l’esprit du RPC; ou que l’objet du RPC était de créer des mesures correctives additionnelles auxquelles la ministre pourrait recourir lorsque sa décision est infirmée. Les mots « avis erroné » s’entendent d’avis que le Ministère donne à un membre du public concernant le droit à des prestations, les délais pour présenter une demande, et ainsi de suite. Lorsqu’un fonctionnaire communique des renseignements inexacts à un membre du public, et qu’il s’ensuit le refus d’une prestation, la ministre peut décider de prendre une mesure corrective.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89).
- Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 42(10) (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 225z.19(A)), (11) (mod., *idem*).
- Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 32 (mod. par L.C. 1995, ch. 33, art. 18).
- Loi sur les allocations aux anciens combattants*, L.R.C. (1985), ch. W-3, art. 26.
- Loi sur les régimes de retraite particuliers*, L.C. 1992, ch. 46, ann. I, art. 23.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 60(6) (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 28), (7), 66(4) (édicte, *idem*, art. 34; L.C. 1991, ch. 44, art. 17; 1995, ch. 33, art. 31).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193.

## DISTINGUISHED:

*Whitton v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 46, [2002] 4 F.C. 126, 19 C.C.E.L. (3d) 1, 291 N.R. 318.

## CONSIDERED:

*King v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, November 26, 2002, CP10922; *King v. Canada*, 2007 FC 272, 310 F.T.R. 120; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Wiemer* (1998), 228 N.R. 341, 42 R.F.L. (4th) 242 (F.C.A.); *Kissoon v. Canada (Minister of Human Development Resources)*, 2004 FC 24, 245 F.T.R. 152, affd 2004 FCA 384, 329 N.R. 232.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Camp Mini-Yo-We Inc. v. Canada*, 2006 FCA 413, [2006] G.S.T.C. 154, 2007 GTC 1394, 357 N.R. 318; *Pincombe v. Canada (Attorney General)* (1995), 189 N.R. 197 (F.C.A.); *Leskiw v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 582, 233 F.T.R. 182, affd 2004 FCA 177, 320 N.R. 175, leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] 3 S.C.R. ix; *Cowton v. Canada (Human Resources Development)*, 2004 FC 530; *Graceffa v. Canada (Minister of Social Development)*, 2006 FC 1513, 306 F.T.R. 193.

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "advice".

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

*Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2009, "avis".

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "advice".

APPEAL from a decision of the Federal Court (2008 FC 777, 88 Admin. L.R. (4th) 14, 330 F.T.R. 217) holding that "erroneous advice" within the meaning of subsection 66(4) of the *Canada Pension Plan* had been

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Whitton c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 46, [2002] 4 C.F. 126.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*King c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 26 novembre 2002, CP10922; *King c. Canada*, 2007 CF 272; *Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines) c. Wiemer*, [1998] A.C.F. n° 809 (C.A.) (QL); *Kissoon c. Canada (Ministre du Développement des Ressources humaines)*, 2004 CF 24, conf. par 2004 CAF 384.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Camp Mini-Yo-We Inc. c. Canada*, 2006 CAF 413; *Pincombe c. Canada (Procureur général)*, [1995] A.C.F. n° 1320 (C.A.) (QL); *Leskiw c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 582, conf. par 2004 CAF 177, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 3 R.C.S. ix; *Cowton c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2004 CF 530; *Graceffa c. Canada (Ministre de Développement social)*, 2006 CF 1513.

## DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn. : West, 2004, « advice ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

*Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2009, « avis ».

*Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1989, « advice ».

APPEL à l'encontre de la décision (2008 CF 777) par laquelle la Cour fédérale a statué qu'un « avis erroné » au sens du paragraphe 66(4) du *Régime des pensions du Canada* avait été donné à la ministre des Ressources

given to the Minister of Human Resources and Skills Development. Appeal allowed.

humaines et du Développement des compétences. Appel accueilli.

#### APPEARANCES

*Michel Mathieu and Joël J. Robichaud* for appellant.  
*Frank J. Provenzano and Peter Sengbusch* for respondent.

#### ONT COMPARU

*Michel Mathieu et Joël J. Robichaud* pour l'appellant.  
*Frank J. Provenzano et Peter Sengbusch* pour l'intimé.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Provenzano Law Firm*, Sault Ste. Marie, Ontario, and  
*Peter Sengbusch*, London, Ontario, for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Provenzano Law Firm*, Sault Ste. Marie (Ontario), et  
*Peter Sengbusch*, London (Ontario), pour l'intimé.

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

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

SEXTON J.A.:

LE JUGE SEXTON, J.C.A. :

#### INTRODUCTION

[1] The issue in this case arose from the refusal by the Minister of Human Resources and Skills Development (the Minister), as she is now known, to award interest on a retroactive disability pension payment awarded to the respondent by the Pension Appeals Board (PAB). The Federal Court [2008 FC 777, 88 Admin. L.R. (4th) 14] determined a preliminary question of law set out in an order of the Federal Court, concerning the proper interpretation of subsection 66(4) of the *Canada Pension Plan* (CPP). That section allows the Minister to provide a remedy to a person who has been denied a pension as a result of erroneous advice or administrative error in the administration of the CPP. The motions Judge held that in the circumstances of this case, “erroneous advice” had been given to the Minister by reason of the Pension Appeals Board having reversed the Minister’s initial decision to deny the respondent a disability pension. For the reasons that follow, I disagree with this conclusion, and would allow the Crown’s appeal.

#### INTRODUCTION

[1] La question en litige en l’espèce découle du refus de la ministre des Ressources humaines et du Développement des compétences (la ministre) — tel est maintenant son titre —, d’accorder des intérêts sur un versement rétroactif de pension d’invalidité octroyé à l’intimé par la Commission d’appel des pensions (la CAP). Dans une ordonnance, la Cour fédérale [2008 CF 777] a cerné et énoncé une question de droit préliminaire concernant l’interprétation correcte du paragraphe 66(4) du *Régime de pensions du Canada* (le RPC). Cette disposition permet à la ministre de prendre des mesures correctives au profit d’une personne qui s’est vu refuser une pension en raison d’un avis erroné ou d’une erreur administrative survenus dans le cadre de l’application du RPC. Le juge des requêtes a statué que, dans les circonstances de l’espèce, un « avis erroné » avait été donné à la ministre du fait que la Commission d’appel des pensions avait infirmé la décision initiale de la ministre de refuser une pension d’invalidité à l’intimé. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d’accord avec cette conclusion, et je ferais droit à l’appel de Sa Majesté.

## LEGISLATION

[2] The question stated by the Federal Court requires the Court to consider the interpretation of subsection 66(4) [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 34; S.C. 1991, c. 44, s. 17; 1995, c. 33, s. 31] of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8:

66. (1) ...

(4) Where the Minister is satisfied that, as a result of erroneous advice or administrative error in the administration of this Act, any person has been denied

(a) a benefit, or portion thereof, to which that person would have been entitled under this Act,

(b) a division of unadjusted pensionable earnings under section 55 or 55.1, or

(c) an assignment of a retirement pension under section 65.1,

the Minister shall take such remedial action as the Minister considers appropriate to place the person in the position that the person would be in under this Act had the erroneous advice not been given or the administrative error not been made.

## FACTS

[3] The facts relevant to the appeal are straightforward. The respondent initially applied for disability benefits under the CPP on May 13, 1996. That application was denied on September 12, 1996, and the denial was confirmed upon reconsideration on October 30, 1996. The Review Tribunal [Canada Pension Plan — Old Age Security Review Tribunal] dismissed the respondent's appeal on July 24, 1998. All of these decision makers were of the opinion that his disability was not "severe and prolonged" within the meaning of the CPP.

[4] However, the PAB, in a decision dated November 26, 2002, allowed the respondent's appeal of the Review Tribunal's decision [*King v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, CP10922]. The PAB concluded that he had suffered from a "severe and prolonged" disability since February 1995. He has received a regular disability pension since that decision, and received a

## LOI

[2] La question formulée par la Cour fédérale oblige la Cour à examiner l'interprétation du paragraphe 66(4) [édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 34; L.C. 1991, ch. 44, art. 17; 1995, ch. 33, art. 31] du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 :

66. (1) [...]

(4) Dans le cas où le ministre est convaincu qu'un avis erroné ou une erreur administrative survenus dans le cadre de l'application de la présente loi a eu pour résultat que soit refusé à cette personne, selon le cas :

a) en tout ou en partie, une prestation à laquelle elle aurait eu droit en vertu de la présente loi,

b) le partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension en application de l'article 55 ou 55.1,

c) la cession d'une pension de retraite conformément à l'article 65.1,

le ministre prend les mesures correctives qu'il estime indiquées pour placer la personne en question dans la situation où cette dernière se retrouverait sous l'autorité de la présente loi s'il n'y avait pas eu avis erroné ou erreur administrative.

## FAITS

[3] Les faits pertinents dans le cadre du présent appel sont simples. L'intimé a initialement demandé des prestations d'invalidité en vertu du RPC le 13 mai 1996. Cette demande a été refusée le 12 septembre 1996, et le refus a été confirmé au terme d'un réexamen le 30 octobre 1996. Le tribunal de révision [tribunal de révision Régime de pensions du Canada — Sécurité de la vieillesse] a rejeté l'appel de l'intimé le 24 juillet 1998. Tous ces décideurs étaient d'avis que l'invalidité de l'intimé n'était pas « grave et prolongée » au sens du RPC.

[4] Cependant, la CAP a fait droit à l'appel de l'intimé à l'encontre de la décision du tribunal de révision le 26 novembre 2002 [*King c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, CP10922]. La CAP a conclu que l'intimé avait souffert d'une invalidité « grave et prolongée » depuis février 1995. Il a reçu une pension d'invalidité régulière depuis cette date, et il a

lump sum amount of retroactive benefits. The CPP does not provide for the automatic payment of interest on retroactive benefits in such instances.

[5] The respondent initially filed an action in the Federal Court, seeking to recover interest on his retroactive benefits. In an order dated March 8, 2007, the Court determined that it did not have the jurisdiction to consider this claim in the context of an action (2007 FC 272, 310 F.T.R. 120, at paragraph 32 [*King v. Canada*]). The Court indicated that the proper course was for the respondent to make a request for a remedy under subsection 66(4) of the CPP (at paragraph 33).

[6] The respondent made a request for interest pursuant to subsection 66(4) on March 9, 2007. He claimed that the Minister acted on “erroneous advice” and/or made an “administrative error” in her initial decision to deny him a disability pension, made clear by the fact that the PAB later ruled in his favour. The Minister denied this request on July 18, 2007, finding that no erroneous advice had been given, nor had any administrative error occurred.

[7] The respondent commenced an application for judicial review of this decision, asking that the application proceed as a class action. Following a case management conference, the Federal Court issued an order on February 22, 2008 referring the following preliminary question of law for determination:

Does the decision of the Pension Appeals Board that the Applicant is entitled to a disability pension mean that the initial decision of the Minister of Human Resources and Social Development denying him a disability pension was based on “erroneous advice” within the meaning of subsection 66(4) of the *Canada Pension Plan*?

[8] On June 20, 2008, the motions Judge answered the question of law in the affirmative (2008 FC 777). In his view, the word “erroneous” had a “common meaning of a ‘mistake’ or wrong in the sense of ‘incorrect’.” He also held that “erroneous” had a legal meaning, including “incorrect in the sense of that which is disagreed with by a higher authority” (at paragraph 24).

reçu un montant forfaitaire de prestations rétroactives. Le RPC ne prévoit pas le paiement automatique d'intérêts sur des prestations rétroactives en pareils cas.

[5] L'intimé a d'abord intenté une action en Cour fédérale en vue de recouvrer des intérêts sur ses prestations rétroactives. Dans une ordonnance datée du 8 mars 2007, la Cour a jugé qu'elle n'avait pas compétence pour examiner cette demande dans le cadre d'une action (2007 CF 272, au paragraphe 32 [*King c. Canada*]). La Cour a indiqué que le recours approprié consisterait pour l'intimé à demander une mesure corrective en vertu du paragraphe 66(4) du RPC (au paragraphe 33).

[6] L'intimé a demandé des intérêts en vertu du paragraphe 66(4) le 9 mars 2007. Il a soutenu que la ministre avait agi sur la foi d'un « avis erroné » et/ou avait commis une « erreur administrative » dans sa décision initiale de lui refuser une pension d'invalidité, comme le démontrait clairement le fait que la CAP avait par la suite rendu une décision en sa faveur. La ministre a refusé cette demande le 18 juillet 2007, concluant qu'aucun avis erroné n'avait été donné, ni qu'aucune erreur administrative n'était survenue.

[7] L'intimé a déposé une demande de contrôle judiciaire de cette décision, en demandant à ce que la demande soit instruite en tant que recours collectif. À la suite d'une conférence de gestion de l'instance, la Cour fédérale a prononcé, le 22 février 2008, une ordonnance renvoyant la question de droit préliminaire qui suit pour décision :

[TRADUCTION] La décision de la Commission d'appel des pensions selon laquelle le demandeur a droit à une pension d'invalidité implique-t-elle que la décision initiale de la ministre des Ressources humaines et du Développement social lui refusant une pension d'invalidité était fondée sur un « avis erroné » au sens du paragraphe 66(4) du *Régime des pensions du Canada*?

[8] Le 20 juin 2008, le juge des requêtes a répondu à la question de droit par l'affirmative (2008 CF 777). À son avis, le mot « erroné » signifiait, [TRADUCTION] « selon le sens courant, une “erreur”, ou mal fondé au sens d’“incorrect” » Il a aussi statué qu'« erroné » avait un sens juridique, à savoir notamment [TRADUCTION] « incorrect au sens de ce avec quoi une autorité supérieure est en désaccord » (au paragraphe 24).

[9] The motions Judge found, as a matter of law, that the Minister makes the decision to award or deny a disability pension, on the advice of Department officials (at paragraph 33). He found support for this conclusion in *Whitton v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 46, [2002] 4 F.C. 126 (*Whitton*).

[10] On the facts of this case, the motions Judge concluded that Department officials had given the Minister erroneous advice that the respondent's disability was not "severe and prolonged". In his view, this advice had been proven to be erroneous by reason of the decision of the PAB to reverse the decision of the Review Tribunal, and thus the decision of the Minister denying the pension to the respondent (at paragraph 38). The motions Judge also concluded that such advice was factually incorrect because the evidence before the PAB was "essentially the same" as that before the Minister (at paragraph 41).

[11] Finally, the motions Judge dismissed the Crown's argument that this conclusion fettered the Minister's discretion to determine whether "erroneous advice" had been given in any particular case. He held that even where the PAB ultimately disagrees with the Minister's initial assessment, the advice may not have been erroneous at the time it was given if the PAB's decision is made on the basis of "new facts, or alternatively old facts seen in a new context" (at paragraph 40). On these specific facts of this case, however, the motions Judge felt that the facts before the Minister and those before the PAB were "essentially the same" (at paragraph 41).

## ISSUE

[12] There is only one issue in this appeal, namely whether the motions Judge erred in answering the preliminary question of law in the affirmative. The parties are agreed that this is a question of law reviewable on a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8; *Camp Mini-Yo-We v. Canada*, 2006 FCA 413, [2006] G.S.T.C. 154, at paragraph 16). This Court is therefore entitled to substitute its opinion for that of the motions Judge.

[9] Le juge des requêtes a conclu en droit que la ministre prend la décision d'octroyer ou de refuser une pension d'invalidité sur la foi de l'avis de fonctionnaires du Ministère (au paragraphe 33). Il a jugé que l'arrêt *Whitton c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 46, [2002] 4 C.F. 126 (*Whitton*) était cette conclusion.

[10] Vu les faits de l'espèce, le juge des requêtes a conclu que des fonctionnaires du Ministère avaient donné à la ministre un avis erroné selon lequel l'invalidité de l'intimé n'était pas « grave et prolongée ». Selon lui, cet avis s'était révélé erroné du fait de la décision de la CAP d'infirmier la décision du tribunal de révision et, partant, la décision de la ministre refusant la pension à l'intimé (au paragraphe 38). Le juge des requêtes a aussi conclu que pareil avis était mal fondé en fait parce que les éléments de preuve dont disposait le CAP étaient [TRADUCTION] « essentiellement les mêmes » que ceux dont disposait la ministre (au paragraphe 41).

[11] Enfin, le juge des requêtes a rejeté l'argument de Sa Majesté selon lequel cette conclusion entravait le pouvoir discrétionnaire de la ministre de déterminer si un « avis erroné » avait été donné dans un cas particulier. Il a jugé que, même lorsque la CAP est en désaccord avec l'évaluation initiale de la ministre, il se peut que l'avis n'ait pas été erroné au moment où il a été donné si la décision de la CAP se fonde sur [TRADUCTION] « des faits nouveaux, ou encore sur d'anciens faits appréciés dans un nouveau contexte » (au paragraphe 40). En l'espèce, toutefois, le juge des requêtes estimait que les faits dont disposait la ministre et ceux dont disposait la CAP étaient « essentiellement les mêmes » (au paragraphe 41).

## QUESTION À TRANCHER

[12] Cet appel soulève une seule question, soit celle de savoir si le juge des requêtes a erré en répondant par l'affirmative à la question de droit préliminaire. Les parties conviennent qu'il s'agit d'une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8; *Camp Mini-Yo-We c. Canada*, 2006 CAF 413, au paragraphe 16). La Cour peut donc substituer son opinion à celle du juge des requêtes.

## ANALYSIS

[13] In my view, the motions Judge erred in his interpretation of the word “advice”. He concluded that when a decision is made to award or deny a disability pension, the decision is made by the Minister, acting on advice provided to her by civil servants.

[14] It is true that subsection 60(6) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 30, s. 28] of the CPP requires a person to make an application for benefits to “the Minister”, and that subsection 60(7) states that “the Minister” must consider and decide pension applications. However, there is no suggestion that the Minister herself actually considers every one of the more than 60 000 applications that are made for disability benefits annually. The practice of the Department of Human Resources and Skills Development is that the power to decide whether an applicant’s disability is severe and prolonged is exercised by medical adjudicators appointed for this purpose.

[15] This practice is in accordance with subsection 24(2) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89] of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides:

24. (1) ...

(2) Words directing or empowering a minister of the Crown to do an act or thing, regardless of whether the act or thing is administrative, legislative or judicial, or otherwise applying to that minister as the holder of the office, include

(a) a minister acting for that minister or, if the office is vacant, a minister designated to act in the office by or under the authority of an order in council;

(b) the successors of that minister in the office;

(c) his or their deputy; and

(d) notwithstanding paragraph (c), a person appointed to serve, in the department or ministry of state over which the minister presides, in a capacity appropriate to the doing of the act or thing, or to the words so applying.

[16] Paragraph 24(2)(d) states that where a statute grants a minister the power to make a decision, that power may

## ANALYSE

[13] À mon avis, le juge des requêtes a erré dans son interprétation du mot « avis ». Il a conclu que, lorsqu’une décision est prise d’octroyer ou de refuser une pension d’invalidité, la décision est prise par la ministre, qui agit sur la foi d’avis que lui donnent ses fonctionnaires.

[14] Il est vrai que le paragraphe 60(6) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 30, art. 28] du RPC exige qu’une personne présente une demande de prestation au « ministre », et que le paragraphe 60(7) énonce que « le ministre » doit examiner les demandes de pension et statuer sur celles-ci. Cependant, rien n’indique que la ministre elle-même procède effectivement à l’examen de chacune des quelque 60 000 demandes de prestations d’invalidité qui sont faites chaque année. Suivant la pratique du ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences, ce sont des évaluateurs médicaux nommés à cette fin qui exercent le pouvoir de décider si l’invalidité d’un requérant est grave et prolongée.

[15] Cette pratique est conforme au paragraphe 24(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89] de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui dispose :

24. (1) [...]

(2) La mention d’un ministre par son titre ou dans le cadre de ses attributions, que celles-ci soient d’ordre administratif, législatif ou judiciaire, vaut mention :

a) de tout ministre agissant en son nom ou, en cas de vacance de la charge, du ministre investi de sa charge en application d’un décret;

b) de ses successeurs à la charge;

c) de son délégué ou de celui des personnes visées aux alinéas a) et b);

d) indépendamment de l’alinéa c), de toute personne ayant, dans le ministère ou département d’État en cause, la compétence voulue.

[16] L’alinéa 24(2)d) énonce que lorsqu’une loi confère à un ministre le pouvoir de prendre une décision, ce

also be exercised by department officials who are appointed to do so. That is, such an official may make a binding decision herself, without consulting with the minister and without any personal intervention by the minister, and without delivering advice to anyone.

[17] The operation of paragraph 24(2)(d) was explained by Justice Létourneau in *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Wiemer* (1998), 228 N.R. 341 (F.C.A.), at paragraph 11, another case concerning a decision made under the CPP:

There is no requirement under the Act that approval of an application for a division of unadjusted pensionable earnings be given by the Minister personally. Under subsection 24(2) of the *Interpretation Act*, R.C.S. 1985, c. I-21, powers given to a Minister to do an act or a thing can be exercised by a person appointed to serve in the department over which the Minister presides in a capacity appropriate to the doing of the act. Indeed, s. 24 merely recognizes in legislation an existing practice dictated by the diversity and complexities of modern public administrations. Prior to the enactment of this provision, our courts had recognized the existence of a principle of implied delegation of ministerial powers in order to ensure a proper and efficient functioning of public administrations. Recently, the Supreme Court of Canada reasserted the principle when Major J., writing for the court, concluded that the express delegation or devolution of powers to department officials found in s. 7 of the *Fisheries Act* may appear unnecessary today. “When power is entrusted to a Minister of the Crown, Major J. wrote, the acts will generally be performed not by the Minister but by delegation to responsible officials in his department”. [Endnotes omitted.]

[18] This was clearly the pattern followed in this case. The letter conveying the initial decision to deny the respondent a disability pension was signed by an employee of the Income Security Programs Branch, Northern Ontario Area. The letter confirming that decision upon reconsideration was signed by L. Bates, who was identified as a registered nurse with the same department. Neither decision was signed by the Minister. Further, there is no suggestion that either letter constituted advice that was being relayed to the Minister.

pouvoir peut également être exercé par des fonctionnaires du ministère nommés à cette fin. Autrement dit, un tel fonctionnaire peut lui-même prendre une décision obligatoire, sans consulter le ministre et sans aucune intervention personnelle du ministre, et sans donner d’avis à qui que soit.

[17] Le juge Létourneau a expliqué l’application de l’alinéa 24(2)d) dans l’arrêt *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Wiemer*, [1998] A.C.F. n° 809 (C.A.) (QL), au paragraphe 11, une autre affaire concernant une décision rendue en vertu du RPC :

La Loi ne prévoit pas que le ministre doive personnellement approuver une demande de partage des gains non ajustés ouvrant droit à pension. En vertu du paragraphe 24(2) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, les pouvoirs conférés à un ministre peuvent être exercés par une personne nommée ayant, dans le ministère en cause, la compétence voulue. En effet, l’article 24 ne fait que reconnaître dans une loi une pratique courante rendue nécessaire par la diversité et la complexité de l’administration publique moderne. Avant l’adoption de cette disposition, la délégation implicite des pouvoirs ministériels était déjà une pratique reconnue par les tribunaux afin de garantir une gestion saine et efficace de l’administration publique. D’ailleurs, la Cour suprême du Canada a récemment confirmé l’existence de cette pratique lorsque le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a statué que la délégation explicite de pouvoirs à des agents du ministère, qui est effectuée à l’art. 7 de la *Loi sur les pêches*, peut sembler inutile aujourd’hui. Comme l’a écrit le juge Major, « [l]orsqu’un pouvoir est conféré à un ministre, les mesures nécessaires seront prises généralement non pas par le ministre lui-même, mais par les fonctionnaires compétents de son ministère, en vertu d’une délégation de pouvoir ». [Notes en fin de texte omises.]

[18] C’est clairement cette pratique qui a été suivie en l’espèce. La lettre communiquant la décision initiale de refuser à l’intimé une pension d’invalidité a été signée par un employé de la Direction générale des programmes de la sécurité du revenu, Bureau régional du Nord de l’Ontario. La lettre confirmant cette décision après réexamen a été signée par L. Bates, qui a été identifiée comme une infirmière autorisée au sein du même ministère. Ni l’une ni l’autre de ces décisions n’est signée par la ministre. En outre, rien ne porte à croire que l’une ou l’autre lettre ait constitué un avis qui était transmis à la ministre.



[19] In these circumstances, there is no “advice” being provided to the Minister, within the plain and ordinary meaning of that word. *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed., defines “advice” as an “[o]pinion given or offered as to action; counsel. *spec.* medical or legal counsel”. Similarly, *Black’s Law Dictionary*, 8th ed., defines “advice” as “[g]uidance offered by one person, esp. a lawyer, to another.” Also, the word “avis”, which is used in the French text, has an equivalent meaning in French dictionaries. See, for example, *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2009 “[o]pinion que l’on donne à qqn touchant la conduite qu’il doit avoir”. In short, the plain and ordinary meaning of the word advice contemplates a communication of some sort. There is no evidence of any communication to the Minister at all regarding the respondent’s case.

[20] The respondent argues, relying on *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (*Rizzo*), at paragraph 36, that remedial legislation such as the CPP, and subsection 66(4) in particular, should be given a broad and generous interpretation, and that “[a]ny doubt arising from difficulties of language should be resolved in favour of the claimant”. However, there is no doubt arising from the language of subsection 66(4) of the CPP. The meaning of the word “advice” is not ambiguous or unsettled. As such, this passage from *Rizzo* does not assist the respondent.

[21] I also reject the argument that the decisions of medical adjudicators are, by operation of law, deemed to be advice always accepted by the Minister. This Court has not been referred to any authority standing for this proposition.

[22] The motions Judge relied on *Whitton* to support the conclusion that it is the Minister acting on advice who makes decisions under the CPP. In my view, he erred in doing so. In that case, Mr. Whitton’s old age pension was suspended, pending an investigation into allegations that he had been cashing benefit cheques made out to his deceased mother. The Minister argued that he was entitled to set-off the amounts Mr. Whitton had allegedly fraudulently obtained against monies

[19] Dans ces circonstances, il n’y a aucun « avis » donné à la ministre, selon le sens ordinaire de ce mot. *The Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., définit « advice » (avis) comme une [TRADUCTION] « [o]pinion donnée relativement à une action; conseil, en particulier conseil médical ou juridique ». Dans la même veine, le *Black’s Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., définit « advice » (avis) comme [TRADUCTION] « [d]es conseils donnés à une personne, en particulier par un avocat, à une autre personne ». Aussi, le mot « avis », qui est employé dans le texte français, a un sens équivalent dans les dictionnaires français. Voir, par exemple, *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2009 : « [o]pinion que l’on donne à qqn touchant la conduite qu’il doit avoir ». En bref, le sens ordinaire du mot « avis » évoque une certaine forme de communication. Il n’y a aucune preuve d’une communication de quelque nature adressée à la ministre concernant le cas de l’intimé.

[20] L’intimé, s’appuyant sur l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo*), au paragraphe 36, soutient qu’une loi réparatrice comme le RPC, et le paragraphe 66(4) en particulier, devrait recevoir une interprétation large et généreuse, et que « [t]out doute découlant de l’ambiguïté des textes doit se résoudre en faveur du demandeur ». Cependant, le libellé du paragraphe 66(4) du RPC ne soulève aucun doute. Le sens du mot « avis » n’est ni ambigu ni controversé. Ainsi, ce passage de l’arrêt *Rizzo* n’aide pas l’intimé.

[21] Je rejette aussi l’argument selon lequel les décisions des évaluateurs médicaux sont, par l’effet de la loi, réputées être des avis toujours acceptés par la ministre. Aucun précédent n’a été porté à l’attention de la Cour au soutien de cette prétention.

[22] Le juge des requêtes s’est appuyé sur l’arrêt *Whitton* pour étayer sa conclusion selon laquelle c’est la ministre agissant sur la foi d’avis qui prend les décisions en vertu du RPC. À mon avis, il s’agit là d’une erreur. Dans l’arrêt *Whitton*, la pension de la sécurité de la vieillesse de M. Whitton avait été suspendue pendant qu’une enquête était menée relativement à des allégations selon lesquelles M. Whitton aurait encaissé des chèques de prestations faits à l’ordre de sa mère décédée. Le

admittedly owing to Mr. Whitton for his own old age pension.

[23] This Court concluded that there was no authority under the CPP for the Minister to recover by set-off, that Mr. Whitton was legally entitled to his old age pension, and that the Minister was illegally refusing to pay it. To this end, this Court issued an order of *mandamus*, requiring that Mr. Whitton's benefits be reinstated.

[24] Having already found that the requirements for *mandamus* were met, the Court went on to say (at paragraph 37):

To conclude on this point, I will refer to section 32 of the [Old Age Security] Act, which was reproduced earlier. At this point, the Minister must be satisfied that, as a result of erroneous advice, the appellant has been denied benefits to which he would have been entitled. The Minister must take the necessary action to place the appellant into the position he would be in, had an administrative error not been made. The action that must be taken is to reinstate the pension forthwith and repay the benefits that were suspended, with interest.

[25] First and foremost, *Whitton* is distinguishable on its facts. It involved a decision taken by Department officials, in the absence of legal authority, to deny an individual his pension, not by reason of his failure to prove entitlement, but rather for extraneous reasons. In my view, its reasoning is not applicable to a situation where a department official, in the ordinary course of her duties and in accordance with the CPP, makes a decision on an application for a disability pension, even if that decision is subsequently disagreed with by the PAB.

[26] Further, the application of section 32 [as am. by S.C. 1995, c. 38, s. 18] of the *Old Age Security Act* [R.S.C., 1985, c. O-9] (an equivalent provision to subsection 66(4) of the CPP) was not directly in issue in *Whitton*. What was in issue was the appropriate remedy available to the Minister to recover the monies allegedly

ministre soutenait qu'il pouvait opérer une compensation entre les montants que M. Whitton aurait touchés frauduleusement et les montants dont il admettait qu'ils étaient dus à M. Whitton au titre de sa pension de la sécurité de la vieillesse.

[23] La Cour a conclu que le RPC n'habilitait pas le ministre à recouvrer des créances par voie de compensation, que M. Whitton avait légalement droit à sa pension de la sécurité de la vieillesse, et que le ministre refusait illégalement de la payer. La Cour a donc rendu une ordonnance de *mandamus* exigeant le rétablissement des prestations de M. Whitton.

[24] Après avoir déjà conclu que les conditions d'un *mandamus* étaient remplies, la Cour a ajouté (au paragraphe 37) :

Je me référerai, en terminant sur ce point, à l'article 32 de la Loi, dont le texte a été reproduit ci-haut. Le ministre, à l'heure actuelle, ne peut qu'être convaincu que l'appelant s'est vu refuser des prestations auxquelles il avait droit par suite d'un avis erroné. Il doit prendre les mesures qui s'imposent pour replacer l'appelant dans la situation où il serait s'il n'y avait pas eu faute de l'administration. La mesure qui s'impose est le rétablissement immédiat du service de la pension et le remboursement avec intérêts des prestations dont le paiement avait été suspendu.

[25] D'abord et avant tout, les faits dans l'arrêt *Whitton* sont différents. Cette affaire concernait une décision prise par des fonctionnaires du Ministère, en l'absence d'autorisation législative, de refuser sa pension à un individu, non pas parce que celui-ci n'avait pas réussi à prouver qu'il y avait droit, mais plutôt pour d'autres raisons. À mon avis, le raisonnement dans l'arrêt *Whitton* n'est pas applicable à la situation où une fonctionnaire du ministère, dans le cours ordinaire de ses fonctions et en conformité avec le RPC, rend une décision relativement à une demande de pension d'invalidité, même si la CAP infirme ultérieurement cette décision.

[26] En outre, l'arrêt *Whitton* ne soulevait pas directement la question de l'application de l'article 32 [mod. par L.C. 1995, ch. 38, art. 18] de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [L.R.C. (1985), ch. O-9] (une disposition équivalente au paragraphe 66(4) du RPC). La question en litige était plutôt celle de savoir à quelle mesure

wrongly received by Mr. Whitton. While the Court held that the Minister could not set-off such monies against Mr. Whitton's own pension, it did not hold that the Minister could not sue to recover such monies. What was at issue was Mr. Whitton's right to an order of *mandamus* requiring payment of his own pension monies to him.

[27] Secondly, in any event I do not read the above-quoted paragraph as establishing the principle that it is the Minister acting on advice who makes decisions under the CPP. The Court did not state this principle expressly in *Whitton*, and it is at odds with both the authority conferred on Department officials by paragraph 24(2)(d) of the *Interpretation Act*, and the plain and ordinary meaning of the word "advice". Contrary to the respondent's argument, the fact that the Minister was ordered to pay the benefit to Mr. Whitton does not lead inexorably to the conclusion that the decision to suspend the benefit was one made by the Minister, on advice. This is simply a reflection of the fact that the Minister bears ultimate legal responsibility for administrative decisions made by Department officials.

[28] Thus I conclude that subsection 66(4) of the CPP, when permitting the Minister to grant a remedy where she finds that erroneous advice has been given or administrative error has occurred, does not purport to deal with situations where a decision of the Minister has been reversed. If this had been Parliament's intention, it would have been very simple for the legislature to use the word "decision". Instead of saying that where a decision is reversed, a remedy may be granted, the legislature provided only that a remedy could be granted where there was "erroneous advice or administrative error". The phrase "erroneous advice or administrative error" cannot be equated with the word "decision".

[29] In *Rizzo*, at paragraph 21, the Supreme Court endorsed Driedger's modern approach to statutory interpretation (cited from *Construction of Statutes*, 2nd ed., 1983, at page 87):

corrective le ministre pouvait recourir pour recouvrer des sommes que M. Whitton aurait touchées à tort. Bien que la Cour ait statué que le ministre ne pouvait pas opérer de compensation entre de telles sommes et la pension de M. Whitton, elle n'a pas statué que le ministre ne pouvait pas engager une poursuite pour recouvrer ces sommes. Le litige concernait le droit de M. Whitton d'obtenir une ordonnance de *mandamus* exigeant que sa propre pension lui soit payée.

[27] Deuxièmement, en tout état de cause, je n'interprète pas le paragraphe précité comme établissant le principe que c'est la ministre agissant sur la foi d'avis qui prend des décisions en vertu du RPC. La Cour n'a pas affirmé ce principe expressément dans l'arrêt *Whitton*, et ce principe est incompatible à la fois avec le pouvoir que l'alinéa 24(2)d) de la *Loi d'interprétation* confère aux fonctionnaires du Ministère et avec le sens ordinaire du mot « avis ». Contrairement à ce que soutient l'intimé, le fait qu'il ait été ordonné au ministre de verser la prestation à M. Whitton ne mène pas inexorablement à la conclusion que la décision de suspendre la prestation avait été prise par le ministre, sur la foi d'avis. Cela traduit simplement le fait que le ministre assume la responsabilité juridique en dernier ressort des décisions administratives prises par les fonctionnaires du Ministère.

[28] Je conclus donc que le paragraphe 66(4) du RPC, en permettant à la ministre de prendre une mesure corrective lorsqu'elle conclut qu'un avis erroné a été donné ou qu'une erreur administrative est survenue, ne vise pas les situations où une décision de la ministre a été infirmée. Si telle avait été l'intention du législateur, il aurait été très simple pour celui-ci d'employer le mot « décision ». Au lieu de dire que, lorsqu'une décision est infirmée, une mesure corrective peut être prise, le législateur a seulement prévu qu'une mesure corrective pouvait être prise advenant « un avis erroné ou une erreur administrative ». Les mots « un avis erroné ou une erreur administrative » ne sauraient être considérés comme équivalant au mot « décision ».

[29] Dans l'arrêt *Rizzo*, au paragraphe 21, la Cour suprême a approuvé la méthode moderne d'interprétation des lois de Driedger (extrait de *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd., 1983, à la page 87) :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[30] Relying on the *Rizzo* approach, it cannot be said:

(a) that the words “erroneous advice or administrative error”, read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, refer to “a decision”;

(b) that to so construe those words would cause subsection 66(4) to be read harmoniously with the scheme of the Act; or

(c) that the object of the CPP and the intention of Parliament was to create extra remedies to be available to the Minister where her decision is simply reversed.

[31] I am of the view that “erroneous advice”, as it appears in subsection 66(4) of the CPP, refers to advice given by the Department of Human Resources and Skills Development to a member of the public, and not to any advice which, on occasion, may be given to the Minister by her officials in the course of deciding whether a pension should be awarded. The CPP is one of the largest social benefit schemes in the country. The statute and its regulations are complex, and many applicants are not represented by counsel. As such, Department officials sometimes provide summary information over the phone or in person at local offices concerning eligibility for benefits, deadlines for filing, and so forth. Where an official gives a member of the public incorrect information, resulting in the denial of a benefit, the Minister may decide to provide a remedy. This has been the situation in all of the previous decisions of this Court and the Federal Court relating to subsection 66(4) (see *Pincombe v. Canada (Attorney General)* (1995), 189 N.R. 197 (F.C.A.); *Leskiw v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 582, 233 F.T.R. 182, affd 2004 FCA 177, 320 N.R. 175, leave to appeal denied [2004] 3 S.C.R. ix; *Cowton v. Canada (Human Resources Development)*, 2004 FC 530; *Graceffa v. Canada (Minister of Social Development)*, 2006 FC 1513, 306 F.T.R. 193).

[TRANSLATION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

[30] Suivant la méthode préconisée dans l’arrêt *Rizzo*, on ne saurait dire :

a) que les mots « un avis erroné ou une erreur administrative », lus dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical, signifient « une décision »;

b) qu’une telle interprétation de ces mots traduit une lecture du paragraphe 66(4) qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi; ou

c) que l’objet du RPC et l’intention du législateur étaient de créer des mesures correctives additionnelles auxquelles la ministre pourrait recourir lorsque sa décision est simplement infirmée.

[31] Je suis d’avis que les mots « avis erroné » au paragraphe 66(4) du RPC s’entendent d’avis que le ministère des Ressources humaines et du Développement des compétences donne à un membre du public, et non aux avis que ses fonctionnaires peuvent donner à l’occasion à la ministre lorsqu’ils décident si une pension devrait être accordée. Le RPC est un des régimes de prestations sociales les plus importants au pays. La loi et ses règlements sont complexes, et de nombreux requérants ne sont pas représentés par avocat. Ainsi, il arrive que des fonctionnaires du Ministère communiquent des renseignements sommaires par téléphone ou en personne dans les bureaux locaux du Ministère concernant le droit à des prestations, les délais pour présenter une demande, et ainsi de suite. Lorsqu’un fonctionnaire communique des renseignements inexacts à un membre du public, et qu’il s’ensuit le refus d’une prestation, la ministre peut décider de prendre une mesure corrective. C’est ce genre de situation dont il a été question dans toutes les décisions antérieures de la Cour et de la Cour fédérale concernant le paragraphe 66(4) (voir *Pincombe c. Canada (Procureur général)*, [1995] A.C.F. n° 1320 (C.A.) (QL); *Leskiw c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 582, conf. par 2004 CAF 177, autorisation de pourvoi refusée [2004] 3 R.C.S. ix; *Cowton c. Canada (Développement*

[32] This conclusion is supported by the fact that, contrary to the conclusion of the Federal Court, the respondent's proposed interpretation of subsection 66(4) would fetter the Minister's discretion to determine whether erroneous advice has been given or administrative error has occurred in any given case. If a decision of the PAB, effectively overruling a decision of the Minister or her delegate, in the absence of new evidence, constitutes proof of erroneous advice having been given, then there is no room left for the Minister to decide this question. This would emasculate the part of subsection 66(4) which provides that the Minister must satisfy herself that an error has been made.

[33] The respondent argued that the Minister does not have the discretion to determine whether there has been erroneous advice or administrative error, and that her discretion is fully exercised by deciding whether a denial of a benefit has resulted, and in choosing the appropriate remedy. However, in *Kissoon v. Canada (Minister of Human Development Resources)*, 2004 FC 24, 245 F.T.R. 152, at paragraph 4 (aff'd 2004 FCA 384, 329 N.R. 232), the Court was clear that the Minister has the discretion to determine whether there has been erroneous advice:

The decision of the Minister under section 66(4) of the CPP is discretionary. Although the Minister "shall" take remedial action that it considers appropriate, this duty arises only once the Minister is satisfied that erroneous advice has been given or that an administrative error has occurred. The requirement to take remedial action is conditional and, therefore, does not fetter the Minister's discretion to first satisfy himself that an error has been made... [Emphasis added.]

[34] Thus, I do not agree with the conclusion of the motions Judge that the discretion is not fettered, simply because the Minister could determine that the evidence before the PAB was different than the evidence presented with the original application.

*des ressources humaines*), 2004 CF 530; *Graceffa c. Canada (Ministre du Développement social)*, 2006 CF 1513).

[32] Cette conclusion est étayée par le fait que, contrairement à la conclusion de la Cour fédérale, l'interprétation que l'intimé propose du paragraphe 66(4) entraverait le pouvoir discrétionnaire de la ministre de déterminer si un avis erroné a été donné ou si une erreur administrative est survenue dans un cas donné. Si une décision de la CAP infirmant une décision de la ministre ou de son délégué, en l'absence d'éléments de preuve nouveaux, constitue la preuve qu'un avis erroné a été donné, cela ne laisse aucune marge de manœuvre à la ministre pour trancher cette question. Cela priverait d'effet la partie du paragraphe 66(4) qui dispose que la ministre doit être convaincue qu'un avis erroné ou une erreur administrative sont survenus.

[33] L'intimé a soutenu que la ministre n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un avis erroné ou une erreur administrative sont survenus, et que son pouvoir discrétionnaire se limitait à décider s'il était résulté un refus d'une prestation et à choisir la mesure corrective indiquée. Cependant, dans la décision *Kissoon c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CF 24, au paragraphe 4 (conf. par 2004 CAF 384), la Cour a clairement affirmé que la ministre avait le pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y avait eu un avis erroné :

La décision du ministre au titre du paragraphe 66(4) du RPC est discrétionnaire. L'obligation du ministre de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées n'intervient que dans le cas où il est convaincu qu'un avis erroné a été donné ou qu'une erreur administrative a été commise. L'obligation de prendre des mesures correctives est conditionnelle. Elle ne limite donc pas le pouvoir discrétionnaire du ministre de déterminer tout d'abord s'il est convaincu qu'une erreur a été commise [...] [Non souligné dans l'original.]

[34] Je ne suis donc pas d'accord avec la conclusion du juge des requêtes selon laquelle le pouvoir discrétionnaire n'est pas entravé, simplement parce que la ministre pourrait conclure que les éléments de preuve dont disposait la CAP étaient différents des éléments de preuve présentés avec la demande originale.

[35] I would also observe, even though in my view it is not relevant to determining whether there is “advice” or not within the meaning of subsection 66(4), that on the facts of this case, it is clear that the PAB had the advantage of a great deal of evidence that wasn’t before the medical adjudicator when the initial decision was made to deny the respondent a disability pension. At the hearing before this Court, counsel for the appellant pointed to 18 significant medical reports that had not been put before the medical adjudicator, but were considered by the PAB. The PAB’s decision makes it clear that it relied on some of this new evidence in reaching its conclusion that the respondent’s disability was severe and prolonged.

[36] Therefore, it cannot possibly be said that the initial decision that the respondent’s disability was not severe and prolonged was based on erroneous advice solely because the PAB reversed the decision to deny him a pension. The PAB had new evidence before it.

[37] In closing, it should be noted that if the respondent were to succeed on this appeal, the financial impact on various government departments might well be substantial. Many benefit-conferring statutes contain similar provisions to subsection 66(4) of the CPP (see, for example *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, section 32; *Special Retirement Arrangements Act*, S.C. 1992, c. 46, Sch. I, section 23; *War Veterans Allowance Act*, R.S.C., 1985, c. W-3, section 26; *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36, subsections 42(10) [as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 225(z.19)(E)] and 42(11) [as am. *idem*]). If this Court were to hold that “erroneous advice” can be taken to have been given any time an initial decision denying a benefit is subsequently reversed by a higher authority, thus triggering an entitlement to a monetary remedy, the floodgates might be open to claims not only under the CPP, but under all of these other statutes, as well. There is no indication that this was Parliament’s intention.

[35] Je ferais aussi remarquer, bien qu’à mon avis cela ne soit pas pertinent pour déterminer s’il y a ou non un « avis » au sens du paragraphe 66(4), que les faits de l’espèce révèlent clairement que la CAP a eu l’avantage de disposer d’un grand nombre d’éléments de preuve dont l’évaluateur médical ne disposait pas au moment où la décision initiale a été prise de refuser à l’intimé une pension d’invalidité. À l’audience devant la Cour, l’avocat de l’appelant a signalé 18 rapports médicaux importants qui n’avaient pas été présentés à l’évaluateur médical, mais que la CAP avait pris en compte. Il ressort clairement de la décision de la CAP que celle-ci s’est appuyée sur certains de ces éléments de preuve nouveaux pour parvenir à sa conclusion selon laquelle l’invalidité de l’intimé était grave et prolongée.

[36] Par conséquent, l’on ne saurait dire que la décision initiale selon laquelle l’invalidité de l’intimé n’était pas grave et prolongée était fondée sur un avis erroné du seul fait que la CAP a infirmé la décision de lui refuser une pension. La CAP disposait d’éléments de preuve nouveaux.

[37] En terminant, il convient d’observer que, si l’appel de l’intimé devait être accueilli en l’espèce, les répercussions financières pour différents ministères pourraient bien s’avérer considérables. De nombreuses lois accordant des prestations comportent des dispositions semblables au paragraphe 66(4) du RPC (voir, par exemple, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, article 32; la *Loi sur les régimes de retraite particuliers*, L.C. 1992, ch. 46, ann. I, article 23; la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*, L.R.C. (1985), ch. W-3, article 26; la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36, paragraphes 42(10) [mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 225z.19)(A)] et 42(11) [mod., *idem*]). Si la Cour devait juger qu’un « avis erroné » pouvait être considéré comme ayant été donné chaque fois qu’une décision initiale refusant une prestation est par la suite infirmée par une autorité supérieure, d’où il s’ensuivrait le droit à une réparation pécuniaire, cela pourrait ouvrir la porte à un déluge de réclamations non seulement en vertu du RPC, mais aussi en vertu de toutes ces autres lois. Or, rien n’indique que telle ait été l’intention du législateur.

## CONCLUSION

[38] For all of the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court and answer the preliminary question of law stated by the Federal Court in the negative. The Crown did not seek costs.

DÉCARY J.A.: I agree.

BLAIS J.A.: I agree.

## CONCLUSION

[38] Pour tous ces motifs, je ferais droit à l'appel, j'infirmerais le jugement de la Cour fédérale, et je répondrais par la négative à la question de droit préliminaire énoncée par la Cour fédérale. Sa Majesté n'a pas demandé de dépens.

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

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

A-165-08  
2009 FCA 81

A-165-08  
2009 CAF 81

**Sergio Adrian Baron and Maria Fernanda Riquelme**  
(Appellants)

v.

**The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness** (Respondent)

**INDEXED AS: BARON V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (F.C.A.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Blais J.J.A.—Toronto, December 1, 2008; Ottawa, March 13, 2009.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of enforcement officer's refusal to defer appellants' removal from Canada on ground application moot — Appellants sought deferral until decision rendered on humanitarian and compassionate application (H&C application) — Federal Court certifying question regarding mootness of deferral request — Per Nadon J.A. (Desjardins J.A. concurring): Since live controversy still existing between parties, judicial review herein not moot — Determination of mootness issue depending on proper characterization of controversy between parties — Proper characterization in this case whether appellants should be removed before determination of H&C application — Since H&C application still pending, practical effect could result from decision on judicial review — Matter not rendered moot by passing of appellants' scheduled removal date — As to enforcement officer's decision not to defer removal, mere existence of H&C application not obstacle to execution of valid removal order — Enforcement officer considering all relevant facts, including best interests of children — Not making reviewable error when considering evidence — Appeal dismissed — Per Blais J.A. (concurring in the result): Enforcement officer's determination on deferral request within narrow discretion, well reasoned — Decision for review in present case whether enforcement officer properly refusing to defer appellants' removal in January 2007, not whether enforcement officer properly determined that removal not taking place before determination of H&C application — Federal Court correct in characterizing dispute as whether appellants should have been required to leave on scheduled removal date — Enforcement officer solely intended to enforce removal order, not to defer*

**Sergio Adrian Baron et Maria Fernanda Riquelme**  
(appelants)

c.

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile** (intimé)

**RÉPERTORIÉ : BARON C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (C.A.F.)**

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Blais, J.C.A.—Toronto, 1<sup>er</sup> décembre 2008; Ottawa, 13 mars 2009.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du refus d'une agente d'exécution de reporter le renvoi des appelants du Canada au motif qu'elle était théorique — Les appelants sollicitaient un report jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire (la demande CH) — La Cour fédérale a certifié une question relative au caractère théorique de la demande de report — Le juge Nadon, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Comme il existait toujours un litige actuel entre les parties, la demande de contrôle judiciaire en l'espèce n'était pas théorique — La réponse à la question du caractère théorique dépendait de la qualification donnée au litige entre les parties — Le litige en l'espèce visait la question de savoir si les appelants devaient être renvoyés avant que ne soit tranchée leur demande CH — Comme la demande CH était encore en instance, une décision sur la demande de contrôle judiciaire pouvait avoir un effet pratique — L'affaire n'était pas devenue théorique du seul fait que la date prévue pour le renvoi des appelants était passée — S'agissant de la décision de l'agente d'exécution de ne pas reporter le renvoi, la simple existence d'une demande CH n'empêchait pas l'exécution d'une mesure de renvoi valide — L'agente d'exécution a tenu compte de tous les faits pertinents, notamment l'intérêt supérieur des enfants — Elle n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle dans son examen de la preuve — Appel rejeté — Le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La décision prise par l'agente d'exécution entrainait parfaitement dans le cadre restreint de son pouvoir discrétionnaire et était bien motivée — La question en l'espèce*



*removal to indeterminate date — H&C applications not intended to obstruct valid removal order — Since removal date having passed, determination of reasonableness of enforcement officer's refusal to defer without consequence.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing the appellants' application for judicial review of an enforcement officer's decision refusing to defer their removal from Canada until a decision had been rendered on their humanitarian and compassionate application (H&C application). The Federal Court dismissed the application on the ground that it was moot. The appellants are failed refugee claimants who subsequently filed an H&C application pursuant to section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (the Act). Their removal date from Canada was originally scheduled for January 2007. They requested to have their removal deferred until their H&C application was decided but the enforcement officer refused their request. The appellants then applied for judicial review of the enforcement officer's decision and their removal was stayed until a decision on their judicial review application was made.

On judicial review, it was found that a decision on the merits of the application would not resolve any controversy between the parties even though an adversarial relationship still existed between them. The Federal Court therefore declined to exercise its discretion to decide the judicial review application but certified the following question: where an applicant who has filed an application for leave and judicial review challenging a refusal to defer removal pending a decision on an outstanding application for landing and a stay of removal is granted, is a matter rendered moot by the passing of the scheduled removal date even though the pending decision remains outstanding when the application for judicial review is considered?

The issues were therefore whether the Federal Court erred by dismissing the judicial review application for mootness and by refusing to exercise its discretion to hear the case and, if so, whether the enforcement officer erred in refusing to defer the

*était de savoir si c'était à bon droit que l'agente d'exécution avait refusé de reporter le renvoi des appelants en janvier 2007, et non de savoir si c'était à bon droit qu'elle avait estimé que le renvoi n'aurait jamais lieu avant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande CH — La Cour fédérale avait raison de décrire le différend comme portant sur la question de savoir si les appelants auraient dû être contraints à quitter le pays à la date prévue de leur renvoi — L'agent d'exécution n'est censé faire rien d'autre que d'exécuter la mesure de renvoi; il n'est pas censé reporter le renvoi à une date indéterminée — Les demandes CH ne sont pas censées faire obstacle aux mesures de renvoi valides — Comme la date du renvoi était passée, il était sans intérêt de savoir si le refus de l'agente d'exécution de reporter la date du renvoi était raisonnable.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire introduite par les appelants à la suite du refus d'une agente d'exécution de reporter leur renvoi du Canada jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande fondée sur des considérations humanitaires (la demande CH) qu'ils avaient présentée. La Cour fédérale a rejeté la demande au motif qu'elle était théorique. Les appelants étaient des demandeurs d'asile déboutés qui ont par la suite présenté une demande CH en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi). Leur renvoi du Canada avait initialement été prévu en janvier 2007. Ils ont réclamé le report de leur renvoi jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande CH, mais l'agente d'exécution a refusé. Les appelants ont ensuite demandé le contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de l'agente d'exécution et il a été sursis à l'exécution de la mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur demande de contrôle judiciaire.

Dans le cadre du contrôle judiciaire, la Cour a conclu que la décision qui pourrait être rendue sur le fond de la demande ne résoudrait pas le litige opposant les parties même s'il existait encore un débat contradictoire entre elles. La Cour fédérale a donc refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher la demande de contrôle judiciaire, mais elle a certifié la question suivante : lorsqu'un demandeur qui a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire contestant un refus de reporter l'exécution d'une mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande pendante de droit d'établissement et lorsqu'un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi est accordé, une question devient-elle théorique du seul fait que la date prévue du renvoi est passée même si la décision demeure pendante à la date où la Cour étudie la demande de contrôle judiciaire?

Les questions à trancher étaient donc celles de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était théorique et en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire

appellants' removal from Canada pending the determination of their outstanding H&C application.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Nadon J.A. (Desjardins J.A. concurring): A live controversy still existed between the parties and therefore the appellants' judicial review application was not moot. The determination of the mootness issue depended on the proper characterization of the controversy that existed between the parties. The proper characterization in this case was whether the appellants should be removed prior to the determination of their H&C application. Since the event which the appellants invoked in seeking a deferral had not yet occurred, it could not be said that there was no existing controversy between the parties and that no practical effect could result from a decision on judicial review. Given the possible effect that a decision on the merits of the appellants' judicial review application would have, it could not be said that the parties would be in the same position as if the Federal Court had dismissed the application for mootness. Therefore, the matter was not rendered moot by the passing of the scheduled removal date.

Pursuant to section 48 of the Act, an enforcement officer's discretion to defer removal is limited. The mere existence of an H&C application does not constitute a bar to the execution of a valid removal order. Absent special considerations, such applications will not justify deferral unless based on a threat to personal safety. It was clear from the enforcement officer's decision that she considered all of the relevant facts, including the best interests of the children. The enforcement officer did not make a reviewable error in her review and consideration of the evidence and it was not open to the Court to reassess the evidence. Her decision was therefore reasonable and had to stand.

*Per* Blais J.A. (concurring in the result): The determination made by the enforcement officer was well within her narrow discretion and was well reasoned. In regards to the certified question of mootness, while the bases of the appellants' deferral request were the best interest of their children and the determination of their H&C application, the decision for review in this case was whether the enforcement officer properly refused to defer the appellants' removal in January 2007, not whether the enforcement officer properly determined that the removal would at no time take place before the H&C application would be determined. It was of no consequence to determine whether the enforcement officer properly refused the request to defer in January 2007 since that removal date had passed and the matter

et, le cas échéant, si l'agente d'exécution a commis une erreur en refusant de reporter le renvoi des appelants du Canada en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de leur demande CH en instance.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Selon le juge Nadon, J.C.A. (la juge Desjardins, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Il existait toujours un litige actuel entre les parties et, en conséquence, la demande de contrôle judiciaire des appelants n'était pas théorique. La réponse à la question du caractère théorique dépendait de la qualification donnée au litige qui existait entre les parties. Le litige entre les parties en l'espèce visait la question de savoir si les appelants devaient être renvoyés avant que ne soit tranchée leur demande CH. Puisque le fait que les appelants invoquaient pour réclamer le report ne s'était pas produit, on ne pouvait prétendre qu'il n'y avait pas de litige actuel entre les parties et qu'une décision sur la demande de contrôle judiciaire n'aurait aucun effet pratique. Compte tenu des conséquences que pourrait avoir une décision sur le fond de la demande de contrôle judiciaire des appelants, on ne pouvait dire que les parties se trouveraient dans la même situation que si la Cour fédérale avait rejeté la demande pour cause de caractère théorique. Par conséquent, l'affaire n'était pas devenue théorique du seul fait que la date prévue pour le renvoi était passée.

Selon l'article 48 de la Loi, le pouvoir discrétionnaire dont dispose un agent d'exécution en matière de report d'une mesure de renvoi est limité. La simple existence d'une demande CH n'empêchait pas l'exécution d'une mesure de renvoi valide. À moins qu'il n'existe des considérations spéciales, ces demandes ne justifient un report que si elles sont fondées sur une menace à la sécurité personnelle. Il ressortait de la décision de l'agente d'exécution qu'elle a tenu compte de tous les faits pertinents, notamment l'intérêt supérieur des enfants. L'agente d'exécution n'a pas commis une erreur susceptible de contrôle dans son examen et analyse de la preuve et il n'était pas loisible à la Cour d'apprécier à nouveau la preuve. Sa décision était donc raisonnable et devait être confirmée.

Selon le juge Blais, J.C.A. (motifs concourants quant au résultat) : La décision prise par l'agente d'exécution entrait parfaitement dans le cadre restreint de son pouvoir discrétionnaire et était bien motivée. S'agissant de la question certifiée relative au caractère théorique, même si les appelants invoquaient au soutien de leur demande de report l'intérêt supérieur de leurs enfants et le prononcé d'une décision au sujet de leur demande CH, la question en l'espèce était de savoir si c'était à bon droit que l'agente d'exécution avait refusé de reporter le renvoi des appelants en janvier 2007, et non de savoir si c'était à bon droit que l'agente d'exécution avait estimé que le renvoi n'aurait jamais lieu avant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande. Il était sans intérêt de savoir si c'était à bon

was therefore rendered moot. The Federal Court was correct in characterizing the dispute as whether the appellants should have been required to leave on the scheduled removal date.

An enforcement officer is intended to do nothing more than enforce a removal order. While enforcement officers are granted the discretion to fix new removal dates, they are not intended to defer removal to an indeterminate date. H&C applications are not intended to obstruct a valid removal order. While the H&C application in the appellants' case was still pending and was unlikely to be imminent, this still did not prevent their removal.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 11(1) (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116), 25 (as am. *idem*, s. 117), 48.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Amsterdam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 244; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Simoès v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.); *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289.

##### CONSIDERED:

*Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, 212 D.L.R. (4th) 139, 20 Imm. L.R. (3d) 119.

##### REFERRED TO:

*Higgins v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 377, 64 Imm. L.R. (3d) 98; *Solmaz v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 607; *Maruthalingam*

droit ou non que l'agente d'exécution avait refusé de reporter le renvoi en janvier 2007, étant donné que la date prévue pour le renvoi était passée et que la question était donc devenue théorique. La Cour fédérale avait raison de décrire le différend comme portant sur la question de savoir si les appelants auraient dû être contraints à quitter le pays à la date prévue de leur renvoi.

L'agent d'exécution n'est censé faire rien d'autre que d'exécuter la mesure de renvoi. Bien que les agents d'exécution aient le pouvoir discrétionnaire de fixer de nouvelles dates de renvoi, ils ne sont pas censés reporter le renvoi à une date indéterminée. Les demandes CH ne sont pas censées faire obstacle aux mesures de renvoi valides. Même si la demande CH des appelants était toujours en instance et n'était vraisemblablement pas imminente, cela n'empêchait toujours pas leur renvoi.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116), 25 (mod., *idem*, art. 117), 48.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Amsterdam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 244; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Simoès c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 936 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Higgins c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 377; *Solmaz c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 607; *Maruthalingam c. Canada (Ministre*

*v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 823, 63 Imm. L.R. (3d) 242; *Vu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1109; *Madani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 1168, 66 Imm. L.R. (3d) 156; *Adams v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, IMM-4121-06, Snider J., order dated November 21, 2007 (F.C.); *Kovacs v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 1247, 68 Imm. L.R. (3d) 218; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183, 324 F.T.R. 133, 69 Imm. L.R. (3d) 293; *Islami v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 364; *Leung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, IMM-3712-07, Gibson J., order dated April 17, 2008 (F.C.); *Palka v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 342, 81 Admin. L.R. (4th) 239, 71 Imm. L.R. (3d) 35; *Lewis v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 719; *Gumbura v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 833; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321, 46 Man. R. (2d) 241; *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302 (F.C.A.); *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 127, (1996), 142 D.L.R. (4th) 554, 209 N.R. 348 (C.A.); *Langner v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 29 C.R.R. (2d) 184, 184 N.R. 230 (F.C.A.).

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183, 324 F.T.R. 133, 69 Imm. L.R. (3d) 293) dismissing the appellants' applications for judicial review of an enforcement officer's decision refusing to defer their removal from Canada until a decision had been rendered regarding their humanitarian and compassionate application. Appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*D. Clifford Luyt* for appellants.  
*Amina Riaz, Maria Burgos* and *J. Manuel Mendelzon* for respondent.

*de la Sécurité publique et de la Protection civile*, 2007 CF 823; *Vu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1109; *Madani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1168; *Adams c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, IMM-4121-06, la juge Snider, ordonnance en date du 21 novembre 2007 (C.F.); *Kovacs c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1247; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 341; *Islami c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 364; *Leung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, IMM-3712-07, le juge Gibson, ordonnance en date du 17 avril 2007 (C.F.); *Palka c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 342; *Lewis c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 719; *Gumbura c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 833; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.* [1987] 1 R.C.S. 110; *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1423 (C.A.F.); *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 127 (C.A.); *Langner c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL).

APPEL d'une décision (2008 CF 341) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire introduite par les appelants à la suite du refus d'une agente d'exécution de reporter leur renvoi du Canada jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande fondée sur des considérations humanitaires qu'ils avaient présentée. Appel rejeté.

#### ONT COMPARU

*D. Clifford Luyt* pour les appelants.  
*Amina Riaz, Maria Burgos* et *J. Manuel Mendelzon* pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD

*D. Clifford Luyt*, Toronto, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] NADON J.A.: This is an appeal from a decision of the Federal Court, 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183 dated March 13, 2008, pursuant to which Madam Justice Dawson dismissed the appellants' judicial review application on the ground that it was moot. In so concluding, the learned Judge certified the following question:

Where an applicant has filed an application for leave and judicial review challenging a refusal to defer removal pending a decision on an outstanding application for landing, and a stay of removal is granted so that the person is not removed from Canada, does the fact that a decision on the underlying application for landing remains outstanding at the date the Court considers the application for judicial review maintain a "live controversy" between the parties, or is the matter rendered moot by the passing of scheduled removal date?

[2] As the certified question makes clear, the appellants filed an application for leave to commence a judicial review following the refusal by an enforcement officer to defer their removal from Canada until a decision had been rendered with regard to a humanitarian and compassionate application (H&C application) made by them pursuant to section 25 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act).

[3] Two issues arise in this appeal. The first one is the issue of mootness to which the certified question pertains. The second issue, which we need address only if we conclude that the judicial review application is not moot, concerns the reasonableness of the enforcement officer's decision to refuse to defer the appellants' removal from Canada.

[4] I now turn to the facts relevant to the disposition of the appeal.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*D. Clifford Luyt*, Toronto, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : Il s'agit de l'appel d'une décision de la Cour fédérale, 2008 CF 341, en date du 13 mars 2008, aux termes de laquelle la juge Dawson a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelants au motif qu'elle était théorique. Ayant tiré cette conclusion, la juge a certifié la question suivante :

Lorsqu'un demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire contestant un refus de reporter l'exécution d'une mesure de renvoi jusqu'à ce qu'il soit statué sur une demande pendante de droit d'établissement [...], et lorsqu'un sursis à l'exécution de la mesure de renvoi est accordé de telle sorte que l'intéressé n'est pas renvoyé du Canada], le fait que la demande de droit d'établissement demeure pendante à la date où la Cour étudie la demande de contrôle judiciaire laisse-t-il subsister un « litige actuel » entre les parties, ou l'affaire est-elle rendue théorique du seul fait que la date prévue du renvoi est passée?

[2] Comme l'indique la question certifiée, les appelants ont présenté une demande en vue d'être autorisés à introduire une demande de contrôle judiciaire à la suite du refus d'une agente d'exécution de reporter l'exécution de la mesure de renvoi du Canada dont ils faisaient l'objet jusqu'à ce qu'il soit statué sur la demande fondée sur des considérations humanitaires (la demande CH) qu'ils ont présentée en vertu de l'article 25 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi).

[3] Le présent appel soulève deux questions. La première vise le caractère théorique de la question certifiée. La seconde, que nous ne devons aborder que si nous concluons que la demande de contrôle judiciaire n'est pas théorique, a trait au caractère raisonnable de la décision de l'agente d'exécution de refuser de reporter l'exécution de la mesure de renvoi des appelants du Canada.

[4] Je passe maintenant aux faits pertinents pour trancher l'appel.

## THE FACTS

[5] The appellants are citizens of Argentina who entered Canada in April 2000 as visitors. In November 2000, shortly after their visas expired, they filed claims for refugee protection which were rejected by the Convention Refugee Determination Division [now the Refugee Protection Division] of the Immigration and Refugee Board on May 30, 2002. As a result, the departure orders made against them when they filed their refugee claims became effective. On October 16, 2002, their application for leave to commence a judicial review application was dismissed by the Federal Court.

[6] On November 30, 2004, counsel for the appellants made an inquiry with regard to an H&C application which, according to counsel, had been submitted on behalf of the appellants in March 2003. The Case Processing Centre in Vegreville responded to this inquiry and advised counsel that it had no record of an H&C application having been filed on behalf of the appellants.

[7] In January 2006, warrants were issued against the appellants by reason of their failure to report for a pre-removal interview. The warrants were executed against them in March and July 2006, at which time they were again informed that there was no record of a pending H&C application made on their behalf.

[8] On September 5, 2006, the appellants filed an H&C application which was returned to them for insufficient funds. The application was resubmitted on December 8, 2006, this time with the proper funds. During that period, the appellants also filed a pre-removal risk assessment (a PRRA) which was refused. As a result, the appellants were served with a direction to report for removal from Canada on January 18, 2007.

[9] The appellants having purchased airline tickets for themselves and their children for a return to Argentina on February 15, 2007, their removal was deferred to that date so as to allow them extra time to make necessary

## LES FAITS

[5] Les appelants sont citoyens de l'Argentine. Ils sont entrés au Canada en avril 2000 avec le statut de visiteurs. En novembre 2000, peu après l'expiration de leur visa de visiteur, ils ont demandé l'asile. Leurs demandes d'asile ont été rejetées le 30 mai 2002 par la section du statut de réfugié [maintenent la Section de la protection des réfugiés] de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. De ce fait, les mesures d'interdiction de séjour conditionnelles qui avaient été prononcées contre eux lorsqu'ils avaient demandé l'asile sont devenues des mesures de renvoi exécutoires. Le 16 octobre 2002, la Cour fédérale a rejeté leur demande visant à obtenir l'autorisation d'introduire une demande de contrôle judiciaire.

[6] Le 30 novembre 2004, l'avocat des appelants a présenté une demande de renseignements au sujet de la demande CH qui, à ses dires, avait été présentée au nom des appelants en mars 2003. Le Centre de traitement des demandes de Vegreville y a répondu en informant l'avocat qu'il ne disposait d'aucun document indiquant qu'une demande CH avait été déposée au nom des appelants.

[7] En janvier 2006, des mandats ont été lancés contre les appelants en raison de leur défaut de se présenter à l'entrevue préalable au renvoi. Les mandats ont été exécutés contre eux en mars et en juillet 2006, et ils ont alors de nouveau été informés qu'il n'y avait aucun document indiquant qu'une demande CH avait été déposée en leur nom.

[8] Le 5 septembre 2006, les appelants ont déposé une demande CH qui leur a été retournée pour cause d'insuffisance de fonds. La demande a de nouveau été soumise le 8 décembre 2006, cette fois avec les fonds suffisants. Au cours de cette période, les appelants ont également déposé une demande d'examen des risques avant renvoi, qui a été refusée. Par conséquent, les appelants ont reçu l'ordre de se présenter pour leur renvoi du Canada le 18 janvier 2007.

[9] Comme les appelants avaient acheté des billets d'avion pour eux-mêmes et leurs enfants pour leur retour en Argentine le 15 février 2007, leur renvoi a été reporté à cette date pour leur donner un peu plus de temps pour

arrangements for their departure from Canada. I should point out here that the appellants have two Canadian-born children, Yan Sebastian who is seven years old and Zoe who is four years old (respectively five and two years old at the time of the enforcement officer's decision).

[10] Notwithstanding the foregoing, on January 26, 2007, the appellants made a further request to have their removal deferred, i.e. that deferral be granted until such time as their H&C application had been decided. On January 29, 2007, the enforcement officer refused to defer their removal.

[11] This led the appellants to seek leave of the Federal Court to commence a judicial review application of the enforcement officer's decision. On February 9, 2007, O'Keefe J. stayed the appellants' removal from Canada until a decision had been made on their judicial review application and on October 19, 2007, leave to pursue a judicial review was granted by the Federal Court.

[12] The appellants' judicial review application was heard by Dawson J. on January 17, 2008. She dismissed it on March 13, 2008. It is to that decision that I now turn.

#### DECISION OF THE FEDERAL COURT

[13] Dawson J. found the appellants' judicial review application to be moot. In her view, a decision on the merits of the application would not resolve any controversy between the parties. The substance of the learned Judge's reasoning appears from paragraphs 33 to 38 of her reasons, which I reproduce:

The applicants are subject to a valid removal order and were directed to report for removal on January 18, 2007, on Air Canada flight #92. In order to issue the direction to report, the CBSA was first required to make a number of travel arrangements, including ensuring the availability of travel documents, an itinerary and airline tickets, and to notify the airline of its requirement to carry a foreign national from Canada.

The effect of the stay issued by the Court was to render those arrangements nugatory when the date scheduled for removal

procéder aux préparatifs nécessaires en vue de leur départ du Canada. Je tiens ici à signaler que les appelants ont deux enfants nés au Canada, Yan Sebastian (sept ans) et Zoe (quatre ans), respectivement âgés de cinq et deux ans au moment de la décision de l'agente d'exécution.

[10] Malgré ce qui précède, le 26 janvier 2007, les appelants ont de nouveau réclamé le report de leur renvoi jusqu'à ce qu'il ait été statué sur leur demande CH. Le 29 janvier 2007, l'agente d'exécution a refusé de reporter leur renvoi.

[11] En raison de ce refus, les appelants ont demandé à la Cour fédérale d'être autorisés à introduire une demande de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision de l'agente d'exécution. Le 9 février 2007, le juge O'Keefe a sursis à l'exécution de la mesure de renvoi du Canada prise contre les demandeurs tant qu'une décision ne serait pas rendue au sujet de leur demande de contrôle judiciaire et, le 19 octobre 2007, la Cour fédérale les a autorisés à introduire une demande de contrôle judiciaire.

[12] La demande de contrôle judiciaire des appelants a été instruite le 17 janvier 2008 par la juge Dawson, qui l'a rejetée le 13 mars 2008. J'examinerai maintenant cette décision.

#### DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[13] La juge Dawson a conclu que la demande de contrôle judiciaire des appelants était théorique. À son avis, toute décision qui pourrait être rendue sur le fond de la demande ne résoudrait pas le litige opposant les parties. On trouve l'essentiel du raisonnement de la juge aux paragraphes 33 à 38 de ses motifs, que je reproduis :

Les demandeurs font l'objet d'une mesure de renvoi valide et ont reçu l'ordre de se présenter pour le renvoi le 18 janvier 2007, pour prendre le vol n° 92 d'Air Canada. Avant d'émettre la convocation, l'ASFC a d'abord dû prendre certaines mesures pour le voyage, notamment veiller à la validité des documents de voyage, choisir un itinéraire et des billets d'avion ainsi qu'aviser le transporteur aérien qu'il aura à transporter un ressortissant étranger du Canada.

Le sursis accordé par la Cour a pour effet de rendre ces mesures inopérantes dès que la date prévue du renvoi passe et

passed and the applicants remained in Canada. Whether the Court now decides that the decision of the enforcement officer was reasonable or not, the applicants have received the deferral that the officer refused. It is now an abstract question whether the enforcement officer ought to have deferred removal.

For the following reasons, I can see no practical effect on the rights of the parties if this case is decided on its merits. If the case is decided and dismissed, the stay will come to an end, the CBSA can make new removal arrangements, and the applicants can request deferral again. That same result will occur if the application is allowed on the same basis as in *Samaroo*, cited above. The validity of the removal order is not affected; the applicants remain subject to removal.

In either event, the parties will only have the benefit of the Court's view of the propriety of removal on stale-dated facts. However, the exercise of discretion to defer removal is very fact-based. There is no way of knowing whether, since the decision at issue was made, there have been intervening circumstances of risk, pregnancy, birth, illness, or the like. Further, the jurisprudence of the Court is to the effect that the length of time that a humanitarian and compassionate application has been outstanding is a relevant consideration when considering requests for deferral. In the present case, the applicants' humanitarian and compassionate application has now been outstanding for an additional 12 months. A decision on stale facts will be of little use to the parties if further removal arrangements are made.

Even if the application is allowed, remitted to a new officer for determination and updated information about the applicants' circumstances is obtained, the parties will be in the same position as if the Court had dismissed the application, either on the merits or on the basis of mootness, and new removal arrangements were made.

Thus, any decision on the merits of this application will not resolve any controversy between the parties. The application is therefore moot and, further, no useful purpose would be served by determining the application on its merits. [Emphasis added.]

[14] Dawson J. then went on to deal with the respondent's argument that the proper characterization of the controversy between the parties was whether the appellants ought to be removed before their H&C

que les demandeurs demeurent au Canada. Que la Cour décide maintenant que la décision de l'agent[e] d'exécution était raisonnable ou non, les demandeurs ont reçu le sursis que l'agent[e] d'exécution leur a refusé. La question de savoir si l'agent[e] d'exécution aurait dû reporter l'exécution de la mesure de renvoi est maintenant abstraite.

Pour les motifs qui suivent, je ne vois pas en quoi les droits des parties seront touchés concrètement si la présente affaire est tranchée sur le fond. Si l'affaire est jugée et rejetée, le sursis prendra fin, l'ASFC prendra de nouvelles dispositions pour l'exécution de la mesure de renvoi et les demandeurs solliciteront de nouveau un report. Le résultat sera le même si la demande est accueillie pour le même motif que dans la décision *Samaroo*, précitée. La validité de la mesure de renvoi n'est pas touchée, les demandeurs font encore l'objet d'une mesure de renvoi.

Dans l'un ou l'autre cas, les parties n'obtiendront que l'avis de la Cour sur le bien-fondé du renvoi, avis formé à partir de faits périmés. Toutefois, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi s'appuie en grande partie sur des faits. Il n'y a aucune façon de savoir si, depuis que la décision en cause a été rendue, des faits pertinents se sont produits relativement à des risques, à une grossesse, à une naissance, à une maladie, etc. En outre, la jurisprudence de la Cour veut que le temps écoulé avant que la demande pour motifs d'ordre humanitaire soit tranchée constitue un facteur pertinent dans le cadre de demandes de sursis. En l'espèce, la demande pour motifs d'ordre humanitaire présentée par les demandeurs est demeurée pendante durant 12 mois de plus. Une décision fondée sur des faits périmés sera de peu d'utilité aux parties si d'autres dispositions sont prises pour exécuter la mesure de renvoi.

Même si la demande était accueillie, renvoyée à un autre agent pour nouvel examen et que des renseignements récents au sujet des circonstances des demandeurs étaient obtenus, les parties se retrouveraient dans la même position que si la Cour avait rejeté la demande, que ce soit sur le fond ou parce que la question est théorique, et de nouvelles dispositions pour l'exécution de la mesure de renvoi seraient prises.

Par conséquent, toute décision sur le fond de la présente demande ne résoudra pas le litige entre les parties. La demande est par conséquent théorique et, en outre, il ne serait d'aucune utilité de trancher la demande sur le fond. [Non souligné dans l'original.]

[14] La juge Dawson a ensuite examiné l'argument de l'intimé suivant lequel le litige entre les parties était en fait la question de savoir si les appelants devraient être renvoyés avant l'examen de leur demande CH. Selon la



application was dealt with. In Dawson J.'s view, that characterization was in error. She explained her opinion as follows at paragraphs 44 and 45:

The officer is charged with the duty of effecting removal as soon as is "reasonably practicable." Equally, subsection 48(2) of the Act requires the subject of an enforceable removal order to leave Canada immediately. In the face of a looming removal date, the officer is presented with a series of facts that are said to warrant deferral at that point in time. The officer then decides whether the facts are such to render removal impracticable, and thus relieve the applicant of his or her obligation to leave immediately. For example, the officer may be asked to defer removal because a humanitarian and compassionate application has been outstanding for 18 months at the time of removal. The officer is not asked to consider, and does not consider, whether removal would be deferred if the application had instead been outstanding for 30 months.

For that reason, I find that the proper characterization of the dispute is whether an applicant should be removed, and is obliged to leave, on the scheduled removal date. [Emphasis added.]

[15] Dawson J. also declined to exercise her discretion to decide the judicial review application. Although she was of the view that an adversarial relationship still existed between the parties, deciding the case on the merits would have, in her view, no practical effect or useful purpose with regard to the parties' rights.

[16] I should point out that Madam Justice Dawson's decision is only one of a number of recently determined cases by the Federal Court where it has been held that a judicial review application of an enforcement officer's decision refusing to defer a person's removal from Canada is moot (see: *Higgins v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 377, 64 Imm. L.R. (3d) 98; *Solmaz v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 607; *Maruthalingam v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 823, 63 Imm. L.R. (3d) 242; *Vu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1109; *Madani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 1168, 66 Imm. L.R. (3d) 156; *Adams v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 21

juge Dawson, cette description du litige était erronée. Elle a expliqué dans les termes suivants son opinion aux paragraphes 44 et 45 :

L'agent a l'obligation de faire exécuter la mesure de renvoi « dès que les circonstances le permettent ». Également, le paragraphe 48(2) de la Loi ordonne à la personne visée par la mesure de renvoi exécutoire de quitter immédiatement le territoire du Canada. À l'approche de la date de renvoi, l'agent se voit présenter une série de faits qui, selon l'intéressé, justifient à ce moment que soit reporté le renvoi. L'agent décide ensuite si les faits sont de nature à rendre irréalisable l'exécution de la mesure de renvoi, dessaisissant ainsi le demandeur de son obligation de quitter le pays immédiatement. Par exemple, il peut être demandé à l'agent de reporter l'exécution de la mesure de renvoi parce qu'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire est en instance depuis 18 mois au moment du renvoi. Il n'est pas demandé à l'agent d'examiner si l'exécution de la mesure de renvoi aurait été reportée si la demande avait plutôt été en instance depuis 30 mois, et il n'a pas à le faire.

Pour cette raison, j'estime que la nature du litige est mieux cernée en posant la question de savoir si un demandeur doit être renvoyé, et est tenu de partir, à la date prévue de son renvoi. [Non souligné dans l'original.]

[15] La juge Dawson a par ailleurs refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour trancher la demande de contrôle judiciaire. Même si elle était d'avis qu'il existait encore un débat contradictoire entre les parties, une décision sur le fond n'aurait, selon elle, aucun effet ou utilité pratique quant aux droits des parties.

[16] Je tiens à signaler que la décision de la juge Dawson s'inscrit dans la foulée d'une série de décisions récentes dans lesquelles la Cour fédérale a jugé théorique toute demande de contrôle judiciaire visant la décision d'un agent d'exécution de refuser de reporter le renvoi d'une personne du Canada (voir *Higgins c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 377; *Solmaz c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 607; *Maruthalingam c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 823; *Vu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1109; *Madani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1168; *Adams c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 21 novembre 2007 (dossier

November 2007 (Court file IMM-4121-06) (F.C.); *Kovacs v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 1247, 68 Imm. L.R. (3d) 218; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 341, 83 Admin. L.R. (4th) 183; *Islami v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 364; *Leung v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 17 April 2008 (Court file IMM-3712-07) (F.C.); *Palka v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 342, 81 Admin. L.R. (4th) 239; *Lewis v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 719; and *Gumbura v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FC 833).

#### THE PARTIES' SUBMISSIONS

[17] The appellants submit that the Judge mischaracterized the nature of the dispute between the parties as being [at paragraph 45] “whether an applicant should be removed, and is obliged to leave, on the scheduled removal date.” Rather, the appellants contend that they had requested that their removal from Canada be deferred “pending a determination of their H&C application”. Therefore, the dispute between the parties was not simply whether the appellants’ removal should proceed or not on the scheduled removal date, but whether it should be deferred pending determination of the H&C application. The appellants submit that this controversy remained live at the time of the judicial review application hearing, and remains alive today, since the decision on the appellants’ H&C application remains pending.

[18] In the alternative, the appellants submit that the Judge erred in declining to exercise her discretion, even if the judicial review application was moot. The appellants contend that the Judge erred in finding that there would be no practical effect on the rights of the parties if she decided the case.

[19] With respect to the decision challenged by the judicial review application, the appellants submit that this Court should find that the enforcement officer erred in refusing to defer their removal pending the

IMM-4121-06) (C.F.); *Kovacs c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1247; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 341; *Islami c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 364; *Leung c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 17 avril 2008 (dossier IMM-3712-07) (C.F.); *Palka c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 342; *Lewis c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 719; *Gumbura c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CF 833).

#### OBSERVATIONS DES PARTIES

[17] Selon les appelants, la juge a erronément décrit la nature du litige entre les parties comme étant [au paragraphe 45] « la question de savoir si un demandeur doit être renvoyé, et est tenu de partir, à la date prévue de son renvoi ». Les appelants prétendent plutôt qu’ils avaient demandé que leur renvoi du Canada soit reporté [TRADUCTION] « jusqu’à ce qu’il ait été statué sur leur demande CH en instance ». Le litige entre les parties ne portait donc pas simplement sur la question de savoir si le renvoi des appelants devait avoir lieu ou non à la date prévue, mais sur celle de savoir si l’exécution de cette mesure de renvoi devait être suspendue tant que leur demande CH ne serait pas tranchée. Les appelants soutiennent que ce litige était toujours actuel au moment de l’instruction de la demande de contrôle judiciaire et qu’il subsiste toujours puisqu’aucune décision n’a encore été rendue au sujet de leur demande CH.

[18] À titre subsidiaire, les appelants soutiennent que la juge a commis une erreur en refusant d’exercer son pouvoir discrétionnaire, même si la demande de contrôle judiciaire était théorique. Selon eux, il était erroné de sa part de conclure qu’il n’y aurait aucun effet pratique sur les droits des parties si elle statuait sur l’affaire.

[19] En ce qui concerne la décision visée par la demande de contrôle judiciaire, les appelants font valoir que notre Cour devrait conclure que l’agente d’exécution a commis une erreur en refusant de reporter leur renvoi jusqu’à ce

determination of their outstanding H&C application. They submit that a very long time has passed since they first attempted to file an H&C application and that the best interests of their Canadian children militate in favour of a deferral.

[20] The respondent submits, as the appellants do, that the judicial review application is not moot. He argues that the correct characterization of the controversy between the parties is whether the appellants should be removed prior to the happening of a particular event, i.e. prior to the determination of their pending H&C application. It is then not the passing of the scheduled removal date which renders the judicial review application moot, but the happening of the event. The respondent disagrees with the Judge's conclusion that a determination on the merits of the application would be of little use to the parties, and argues that a decision on the merits of the enforcement officer's decision would provide a real remedy to the parties. Furthermore, the respondent submits that the mootness determination yields an inequitable outcome, since all stay motions where a stay of removal is granted will prejudice the outcome of the leave and judicial review application, essentially turning stay motions into judicial review applications on short notice and often on a deficient record. The respondent contends that it could not have been intended for the application of the tri-part test to have this effect (see: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1988), 6 Imm. L.R. (2d) 123 (F.C.A.); *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311).

[21] With respect to the merits of the application, the respondent submits that the enforcement officer did not err in refusing to defer removal until a decision had been made on the appellants' pending H&C application. The respondent argues that in light of section 48 of the Act, the Minister was bound to execute the removal order as soon as reasonably practicable.

qu'une décision soit rendue au sujet de la demande CH qu'ils ont présentée. Ils soutiennent qu'une très longue période de temps s'est écoulée depuis leur première tentative de présenter une demande CH et que l'intérêt supérieur de leurs enfants canadiens milite en faveur d'un report.

[20] À l'instar des appelants, l'intimé affirme que la demande de contrôle judiciaire n'est pas théorique. Il fait valoir qu'on peut décrire correctement le litige entre les parties comme étant la question de savoir si les appelants doivent être renvoyés avant que ne survienne un fait précis, en l'occurrence l'examen de leur demande CH en instance. Ce n'est donc pas le fait que la date prévue pour le renvoi soit passée qui rend la demande théorique, mais la survenance de ce fait. L'intimé se dissocie de la conclusion de la juge suivant laquelle il ne serait d'aucune utilité pour les parties de trancher la demande sur le fond. Il soutient au contraire qu'une décision sur le bien-fondé de la décision de l'agente d'exécution permettrait aux parties d'obtenir une véritable réparation. Il fait en outre valoir que la conclusion sur le caractère théorique aboutit à une solution inéquitable, étant donné que toutes les requêtes en sursis qui se soldent par un report du renvoi auront pour effet de sceller le sort de toute demande d'autorisation et de contrôle judiciaire et de transformer essentiellement les requêtes en sursis en demandes de contrôle judiciaire avec peu de préavis et, dans bien des cas, sur le fondement d'un dossier incomplet. Selon l'intimé, les tribunaux ne pouvaient vouloir que l'application du critère à trois volets ait un tel effet (voir les arrêts *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Toth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 1988 CanLII 1423 (C.A.F.); *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311).

[21] Pour ce qui est du fond de la demande, l'intimé fait valoir que l'agente d'exécution n'a pas commis d'erreur en refusant de reporter le renvoi jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet de la demande CH présentée par les appelants. Il ajoute que, compte tenu de l'article 48 de la Loi, le ministre avait l'obligation d'exécuter la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettaient.

[22] Finally, the respondent says that the enforcement officer considered all of the appellants' circumstances, including the best interests of their children.

## THE ISSUES

[23] The questions which we must determine in the present appeal are the following:

1. Did the applications Judge err in law by dismissing the judicial review application for mootness and by refusing to exercise her discretion to hear the case?
2. If the answer to the first question is in the affirmative, did the enforcement officer make a reviewable error in refusing to defer the appellants' removal from Canada pending the determination of their outstanding H&C application?

## ANALYSIS

### A. Standard of review

[24] There is no dispute between the parties that the appropriate standard of review with respect to the mootness issue is the correctness standard. I agree (see: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[25] With respect to the enforcement officer's decision refusing to defer the appellants' removal from Canada, I cannot see how it can be disputed that the applicable standard is that of reasonableness (see: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190).

B. Did the applications Judge err in law by dismissing the judicial review application for mootness and by refusing to exercise her discretion to hear the case?

[22] L'intimé soutient enfin que l'agente d'exécution a tenu compte de la situation des appelants dans son ensemble, y compris l'intérêt supérieur de leurs enfants.

## QUESTIONS À TRANCHER

[23] Les questions à trancher dans le présent appel sont les suivantes :

1. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur de droit en rejetant la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était théorique et en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'agente d'exécution a-t-elle commis une erreur susceptible de contrôle en refusant de reporter le renvoi des appelants du Canada en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de leur demande CH en instance?

## ANALYSE

### A. Norme de contrôle

[24] Les parties s'entendent pour dire que la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne la question du caractère théorique est celle de la décision correcte. Je partage leur avis (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[25] Pour ce qui est de la décision de l'agente d'exécution de refuser de reporter le renvoi des appelants du Canada, je ne vois pas comment on pourrait contester que la norme applicable est celle de la décision raisonnable (voir l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190).

B. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur de droit en rejetant la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était théorique et en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?

[26] Both the appellants and the respondent submit that the Judge erred in law in dismissing the application for judicial review on the basis that it was moot. They argue that a live controversy continues to exist between them and that it is not the passing of the scheduled date of removal, i.e. February 15, 2007, which renders the application moot. In their view, although put forward in slightly different terms, it is the rendering of a decision on the appellants' H&C application that would render the judicial review moot.

[27] I have come to the conclusion that a live controversy still exists between the parties and that, as a result, the appellants' judicial review application is not moot.

[28] To begin with, it is important to make clear what the appellants were seeking when they requested deferral of their removal from Canada on February 15, 2007. As the enforcement officer says in her decision, the appellants' request was put forward on the grounds that they had an outstanding H&C application (which the appellants say they had attempted to file in March 2003) and that it was in the best interests of their Canadian-born children that removal be deferred until the H&C application had been dealt with. In other words, the appellants were not simply asking that they not be removed on February 15, 2007, but that their removal not take place until the determination of their H&C application.

[29] I agree entirely with the parties that the determination of the mootness issue depends on the proper characterization of the controversy that exists between them. In this regard, the parties implicitly concede that if the characterization of the dispute as found by the Judge, i.e. "whether an applicant should be removed, and is obliged to leave, on the scheduled removal date" (paragraph 45 of her reasons), is correct, then the judicial review application is moot. However, they submit that the proper characterization is whether the appellants should be removed prior to the determination of their H&C application. At paragraph 33 of his memorandum of fact and law, the respondent formulates his submission as follows:

[26] Les appelants et l'intimé s'entendent pour dire que la juge a commis une erreur de droit en rejetant la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était théorique. Ils font valoir qu'il existe toujours un litige actuel entre eux et que ce n'est pas le fait que la date prévue pour le renvoi, à savoir le 15 février 2007, soit passée qui rend la demande théorique. À leur avis, bien qu'ils le formulent en des termes légèrement différents, c'est le prononcé d'une décision sur la demande CH des appelants qui rendrait le contrôle judiciaire théorique.

[27] Je suis arrivé à la conclusion qu'il existe toujours un litige actuel entre les parties et qu'en conséquence, la demande de contrôle judiciaire des appelants n'est pas théorique.

[28] D'entrée de jeu, il importe de bien préciser ce que les appelants cherchaient à obtenir lorsqu'ils ont demandé le report de leur renvoi du Canada prévu pour le 15 février 2007. Comme l'agente d'exécution l'explique dans sa décision, la demande des appelants était fondée sur le fait qu'ils avaient une demande CH en instance (que les appelants affirment avoir tenté de déposer en mars 2003) et qu'il était dans l'intérêt supérieur de leurs enfants nés au Canada que le renvoi soit reporté jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande CH. En d'autres termes, les appelants ne demandaient pas simplement de ne pas être renvoyés le 15 février 2007, mais bien que leur renvoi n'ait lieu qu'une fois qu'une décision aurait été rendue au sujet de leur demande CH.

[29] Je suis tout à fait d'accord avec les parties pour dire que la réponse à la question du caractère théorique dépend de la qualification donnée au litige qui existe entre elles. À cet égard, les parties reconnaissent implicitement que si la juge a correctement cerné le litige, soit « la question de savoir si un demandeur doit être renvoyé, et est tenu de partir, à la date prévue de son renvoi » (paragraphe 45 de ses motifs), la demande de contrôle judiciaire est théorique. Elles soutiennent toutefois que le litige entre les parties visait en fait la question de savoir si les appelants doivent être renvoyés avant que ne soit tranchée leur demande CH. Au paragraphe 33 de son mémoire des faits et du droit, l'intimé formule comme suit sa thèse :

The correct characterization of the controversy, however, is whether an applicant should be removed *prior to the happening of a particular event*, such as prior to the determination of a pending H & C application. It is then not the passing of the removal date which renders the judicial review application moot, but the happening of the event. This characterization of whether removal is reasonably practicable prior to the happening of the event is entirely consistent with the enforcement officer's mandate under section 48 of the *IRPA* to execute a removal order as soon as reasonably practicable. It is this characterization of the controversy that the Applications Judge should have adopted, and erred in failing to do so.

[30] Since the appellants' H&C application had not been dealt with at the time of the hearing before the learned applications Judge (and I am not aware of any determination having been made since Dawson J. rendered her decision), the parties take the position that the controversy still exists between them and thus that the matter is not moot.

[31] In my view, the parties have properly characterized the nature of the controversy which exists between them. I find support for this view in the reasons given by Strayer D.J. in *Amsterdam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 244, where he dismissed an application for judicial review of the decision of an enforcement officer who had refused to defer the applicant's removal from Canada. Although Strayer J. was of the view that on the facts before him, the judicial review application was moot, he nonetheless exercised his discretion to decide the application on its merits.

[32] In *Amsterdam*, above, the applicant was scheduled to be removed from Canada on June 6, 2007. On May 31 of that year, he sought a deferral of his removal so as to allow him to attend a family court conference scheduled for July 31, 2007, and to see a medical specialist with whom he had an appointment on September 27, 2007. Notwithstanding this information, the enforcement officer advised the applicant on June 4, 2007, that it would not be appropriate to defer his removal from Canada.

[33] On June 5, 2007, the applicant filed an application for leave and for judicial review and he applied for a stay

[TRADUCTION] Toutefois, la façon correcte de décrire le litige est qu'il s'agit de décider si le demandeur doit être renvoyé *avant que ne se produise un fait déterminé*, comme la décision tranchant la demande CH en instance. Ce n'est donc pas le fait que la date prévue pour le renvoi soit passée qui rend la demande de contrôle judiciaire théorique, mais la survenance du fait en question. Répondre à la question de savoir si le renvoi peut être concrètement exécuté avant que ne se produise le fait en question s'accorde parfaitement avec la mission que l'article 48 de la LIPR confie à l'agent d'exécution, soit d'exécuter la mesure de renvoi dès que les circonstances le permettent. Voilà la description du litige que la juge de première instance aurait dû retenir. Elle a commis une erreur en ne l'adoptant pas.

[30] Comme la demande CH des appelants n'avait pas encore été jugée au moment de l'audience qui s'est déroulée devant la juge de première instance (et je n'ai pas connaissance qu'elle l'ait été depuis que la juge Dawson a rendu sa décision), les parties sont d'avis qu'il existe toujours un litige entre elles, de sorte que le débat n'est pas théorique.

[31] À mon avis, les parties ont correctement décrit la nature du litige qui existe entre elles. Leur position trouve appui dans les motifs du juge suppléant Strayer dans la décision *Amsterdam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 244, dans laquelle il a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'exécution avait refusé de reporter l'exécution de la mesure de renvoi du Canada prise contre le demandeur. Malgré le fait qu'il était d'avis que, vu l'ensemble des faits dont il disposait, la demande de contrôle judiciaire était théorique, le juge Strayer a néanmoins exercé son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur le fond de la demande.

[32] Dans la décision *Amsterdam*, précitée, le renvoi du demandeur du Canada était prévu pour le 6 juin 2007. Le 31 mai de la même année, le demandeur a demandé un report de l'exécution de la mesure de renvoi afin de pouvoir assister à une audience du tribunal de la famille prévue pour le 31 juillet 2007 et pour pouvoir rencontrer un spécialiste avec lequel il avait un rendez-vous le 27 septembre 2007. Malgré ces renseignements, l'agent d'exécution a informé le demandeur, le 4 juin 2007, qu'il ne convenait pas de reporter son renvoi du Canada.

[33] Le 5 juin 2007, le demandeur a déposé une demande d'autorisation et demande de contrôle judiciaire

of removal, which was successful. Leave to commence a judicial review application was subsequently granted and the application on its merits was heard by Strayer J. on February 12, 2008.

[34] As I indicated earlier, Strayer J. believed that the application was moot. At paragraph 11 of his reasons, he said the following:

I am satisfied that the judicial review of the Enforcement Officer's refusal to defer removal is moot due to a stay having been issued by this Court to permit the Applicant's presence in Canada for two events which have long since passed, the very events for which delay was refused in the decision under review. The evidence put before the Court was that it was necessary that the Applicant remain in Toronto to be present at a Family Court Case Conference in the Ontario Superior Court set for July 31, 2007 and for an appointment with a specialist which, by the date of the stay hearing, had been fixed for September 27, 2007. [Emphasis added.]

[35] As I also indicated earlier, Strayer J. then went on, notwithstanding his view on the mootness issue, to deal with the merits of the application. After concluding that the enforcement officer's decision was not unreasonable, he dealt with a request by the applicant that he certify a question very similar to the one certified in this appeal. The question read as follows [at paragraph 14]:

Where an applicant has filed an application for leave and judicial review of a decision not to defer the implementation of a Removal Order outstanding against him or her, does the fact that the applicants' removal is subsequently halted by operation of a stay Order issued by this Court render the underlying judicial review application moot?

[36] Strayer J. was of the view that the above question ought not to be certified. In so concluding, he gave the following explanation at paragraph 15 of his reasons:

Nevertheless, I am not prepared to certify such a question. In the first place if I did, and an appeal were taken, an answer to this question would not be determinative of this case because I have determined that the judicial review should also be

et demandé un sursis de la mesure de renvoi, qu'il a obtenu. L'autorisation d'introduire une demande de contrôle judiciaire lui a par la suite été accordée et le juge Strayer a statué sur le fond de l'affaire le 12 février 2008.

[34] Comme je l'ai déjà mentionné, le juge Strayer estimait que la demande était théorique. Au paragraphe 11 de ses motifs, il a écrit ce qui suit :

Je suis convaincu que le contrôle judiciaire de la décision que l'agent d'exécution a prise de refuser de reporter le renvoi est théorique; la Cour a en effet accordé un sursis, permettant ainsi au demandeur de rester au Canada pour se rendre à deux rendez-vous, qui ont depuis longtemps eu lieu, les mêmes rendez-vous pour lesquels la demande de reporter le renvoi avait été refusée dans le cadre de la décision faisant l'objet du présent contrôle. Les preuves soumises à la Cour visaient à démontrer qu'il était nécessaire que le demandeur demeure à Toronto afin d'assister à une conférence préparatoire du Tribunal de la famille de la Cour supérieure de l'Ontario prévue pour le 31 juillet 2007 et afin de se présenter à un rendez-vous avec un spécialiste qui, au jour où l'audition de la demande de sursis s'est tenue, avait été fixé au 27 septembre 2007. [Non souligné dans l'original.]

[35] Ainsi que je l'ai également déjà précisé, malgré son opinion au sujet du caractère théorique, le juge Strayer a néanmoins décidé de juger l'affaire sur le fond. Après avoir conclu que la décision de l'agent d'exécution n'était pas déraisonnable, il a examiné la requête présentée par le demandeur en vue de faire certifier une question fort semblable à celle qui a été certifiée en l'espèce. Cette question était ainsi libellée [au paragraphe 14] :

Lorsqu'un demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision de ne pas différer l'exécution d'une mesure de renvoi dont il ou elle fait l'objet, le fait que son renvoi soit par la suite empêché en raison d'une ordonnance de sursis délivrée par la présente Cour rend-il théorique la demande de contrôle judiciaire qui porte sur ce renvoi?

[36] Le juge Strayer s'est dit d'avis qu'il n'y avait pas lieu de certifier cette question. Pour justifier cette conclusion, il a donné les explications suivantes, au paragraphe 15 de ses motifs :

Néanmoins, je ne suis pas disposé à certifier une telle question. Premièrement, si je le faisais et qu'on portait ma décision en appel, une réponse à cette question ne saurait être déterminant en l'espèce parce que j'ai décidé que la demande de contrôle

dismissed on its merits apart from being moot. Secondly, with respect I do not think it is a serious question requiring an answer. There seems to be a wide measure of consensus in this Court, indicated in the cases cited above, that such a question should be answered in the affirmative. I find it hard to see how it could be otherwise: if the complaint in the judicial review is that the Enforcement Officer did not defer removal until the occurrence of some event which the Applicant considered justified the deferral, and as a result of a stay granted by this Court that event has in the meantime occurred. In such circumstances there can be no practical effect of a judicial review decision. [Emphasis added.]

[37] As I understand Strayer J.'s reasons, it is the passing of the events in respect to which the applicant was seeking a deferral of his removal, i.e. a Family Court conference and a medical appointment, which rendered the judicial review application moot. In those circumstances, as Strayer J. says above, "there can be no practical effect of a judicial review decision". I cannot but agree with that statement in light of the facts before the learned Judge. It is clear, however, that Strayer J. did not conclude that the application before him was moot simply because the removal date had come and gone, which is the position adopted by the applications Judge.

[38] Thus, in my view, since the event which the appellants invoke in seeking a deferral has not occurred, I cannot see how it can be said that there is no existing controversy between the parties and that no practical effect can result from a decision on the judicial review. While the specific timing of the removal arrangements which had been made prior to the issuance of the stay by O'Keefe J. is no longer valid, this does not, in my respectful view, render the issues raised in the judicial review application moot. The concrete or real controversy between the parties, i.e. the execution of the removal order prior to the determination of the appellants' H&C application, remains alive.

[39] I will briefly examine what effect a decision on the merits of the appellants' judicial review application might have. Prior to such a determination, the appellants could not be removed by reason of the stay granted by

judiciaire devait aussi être rejetée au fond, indépendamment du fait qu'elle est théorique. Deuxièmement, à mon humble avis, je ne pense pas qu'il s'agisse d'une question grave exigeant une réponse. Comme le donnent à penser les affaires susmentionnées, il semble exister un large consensus au sein de la Cour sur le fait qu'on doit répondre à une telle question par l'affirmative. Je vois mal comment il pourrait en être autrement si la plainte qui fait l'objet du contrôle judiciaire consiste à dire que l'agent d'exécution n'a pas reporté le renvoi de façon à permettre à l'intéressé de régler une question qui, selon le demandeur, justifiait le report, et qu'en raison d'un sursis accordé par la Cour la question a été réglée entre-temps. En de telles circonstances, un contrôle judiciaire ne peut avoir aucun effet concret. [Non souligné dans l'original.]

[37] Si j'ai bien compris les motifs du juge Strayer, c'est la survenance des faits au sujet desquels le demandeur réclamait le report de son renvoi, en l'occurrence l'audience du Tribunal de la famille et son rendez-vous chez le médecin, qui rendait la demande de contrôle judiciaire théorique. Dans ces conditions, comme l'affirme le juge Strayer dans l'extrait précité, « un contrôle judiciaire ne peut avoir aucun effet concret ». À la lumière des faits dont disposait le juge, je ne puis qu'abonder dans le même sens que lui. Il est toutefois évident que le juge Strayer n'a pas conclu que la demande dont il était saisi était théorique du simple fait que la date prévue pour le renvoi était passée, ce qui est la position adoptée par la juge de première instance.

[38] Ainsi donc, puisque le fait que les appelants invoquent pour réclamer le report ne s'est pas produit, je ne vois pas comment on pourrait prétendre qu'il n'y a pas de litige actuel entre les parties et qu'une décision sur la demande de contrôle judiciaire n'aurait aucun effet pratique. Bien que la date choisie pour procéder au renvoi des appelants, qui a été fixée avant que le juge O'Keefe ne prononce le sursis, ne soit plus valide, ce fait n'a pas, à mon avis, pour effet de rendre théoriques les questions soulevées par la demande de contrôle judiciaire. Le litige concret ou véritable qui existe entre les parties, c'est-à-dire l'exécution de la mesure de renvoi avant que ne soit tranchée la demande CH des appelants, existe toujours.

[39] Je vais examiner brièvement les conséquences que pourrait avoir une décision sur le fond de la demande de contrôle judiciaire des appelants. Avant que cette décision soit rendue, les appelants ne pourraient pas être renvoyés



O’Keefe J. However, different consequences will follow, depending on the determination of the application.

[40] Should this Court decide the judicial review in favour of the appellants, the matter would then be remitted to an enforcement officer for redetermination in the light of the Court’s reasons. On redetermination, the enforcement officer might grant the request for deferral until the H&C application has been dealt with. As a result of such a determination, the appellants would not be removed until a negative decision, if that be the case, had been rendered on their H&C application. On the other hand, the enforcement officer might again refuse to defer removal and the appellants might challenge that decision by way of a new judicial review application.

[41] Should the Court dismiss the judicial review application on its merits, the stay order would no longer be in effect and a new removal date would most likely be scheduled. While it is true that the appellants could once again ask the enforcement officer for a deferral, new facts, in my view, would have to be put forward, failing which the likely scenario is that the enforcement officer would dismiss the request for deferral. It is also possible that absent new facts, the appellants would not seek a deferral and would leave Canada.

[42] I might add that should the appellants, in the absence of additional material facts, seek a deferral which results in a refusal by the enforcement officer, and should the appellants, in those circumstances, seek to obtain leave to commence a judicial review application and to obtain a stay of removal, it would certainly be open to the Federal Court to take the view that the appellants’ proceedings constitute an abuse of process and deal with those proceedings accordingly.

[43] I am therefore of the view that should this Court dispose of the judicial review application on its merits, it cannot be said that the parties would be in the same position as if the Court had dismissed the application for

en raison du sursis accordé par le juge O’Keefe. Toutefois, des conséquences différentes suivraient selon la décision rendue.

[40] Si notre Cour devait trancher la demande de contrôle judiciaire en faveur des appelants, l’affaire serait renvoyée à un agent d’exécution pour qu’il rende une nouvelle décision en tenant compte des motifs de la Cour. L’agent d’exécution appelé à rendre cette nouvelle décision pourrait alors faire droit à la demande de report du renvoi jusqu’à ce que la demande CH soit tranchée. Par suite d’une telle décision, les appelants ne seraient pas renvoyés tant qu’une décision défavorable, le cas échéant, n’aurait pas été rendue au sujet de leur demande CH. L’agent d’exécution pourrait cependant refuser à nouveau de reporter le renvoi et les appelants pourraient alors contester cette décision en présentant une nouvelle demande de contrôle judiciaire.

[41] Si la Cour devait rejeter la demande de contrôle judiciaire sur le fond, l’ordonnance de sursis ne serait plus exécutoire et il faudrait alors vraisemblablement fixer une nouvelle date de renvoi. Bien qu’il soit vrai que les appelants pourraient de nouveau demander un report à l’agent d’exécution, il faudrait, à mon avis, qu’ils invoquent de nouveaux faits, à défaut de quoi le scénario probable serait que l’agent d’exécution rejeterait leur demande de report. Il se peut aussi qu’à défaut de faits nouveaux, les appelants ne réclameraient pas de report et quitteraient le Canada.

[42] Je tiens à ajouter que dans l’hypothèse où, à défaut de nouveaux faits importants, les appelants solliciteraient un report qui se solderait par un refus de l’agent d’exécution et où, dans ces conditions, les appelants chercheraient à obtenir l’autorisation d’introduire une demande de contrôle judiciaire et à obtenir un sursis à l’exécution de la mesure de renvoi, il serait certainement loisible à la Cour fédérale d’adopter le point de vue que les instances introduites par les appelants constituent un abus de procédure et de traiter ces instances en conséquence.

[43] J’estime donc que, si notre Cour devait statuer sur le fond de la demande de contrôle judiciaire, on ne peut dire que les parties se trouveraient dans la même situation que si la Cour avait rejeté la demande pour cause de

mootness. I would also add that mootness does not necessarily follow because a decision on the merits will not entirely settle the debate between the parties.

[44] A final comment on this issue. In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at paragraphs 29 to 42, the Supreme Court identified three factors that a court should consider in deciding whether or not to exercise its discretion to hear the merits of an action or an application for judicial review which it finds to be moot: (1) the existence of an adversarial relationship between the parties; (2) the concern for judicial economy; and (3) the need for the court not to intrude into the legislative sphere.

[45] In the present matter, it is undisputed that there remains an adversarial relationship between the parties with respect to the execution of a removal order prior to the determination of an H&C application. With respect to judicial economy, a decision from this Court on whether or not a pending H&C application and the interests of Canadian-born children in that specific context warrant a deferral of removal will certainly provide guidance to parties in future cases as well as to the parties in this appeal. Furthermore, these cases are of a recurring nature, in that the dismissal of a judicial review application for mootness means that the case will be returned to the enforcement officer to set a new date for removal, which will likely trigger a new request for deferral of removal and potentially a new application for a stay of removal. Lastly, a decision on the merits of the application will clearly not intrude into the legislative scheme.

[46] Bearing in mind the factors identified by the Supreme Court in *Borowski*, above, had I been of the view that the application was moot, I would have had no hesitation in deciding that this Court ought to deal with the merits of the application.

[47] I now turn to the second issue.

caractère théorique. J'ajouterais aussi que la question ne devient pas nécessairement théorique parce qu'une décision sur le fond ne tranchera pas complètement le débat qui oppose les parties.

[44] Une observation finale sur la question. Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux paragraphes 29 à 42, la Cour suprême a énuméré trois facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour se prononcer sur l'opportunité d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur le fond d'une action ou d'une demande de contrôle judiciaire qu'il considère théorique : 1) l'existence d'un débat contradictoire entre les parties; 2) le souci d'économie des ressources judiciaires; 3) la nécessité pour les tribunaux de ne pas empiéter sur les fonctions législatives.

[45] En l'espèce, il est acquis aux débats qu'il existe toujours un débat contradictoire entre les parties en ce qui concerne l'exécution de la mesure de renvoi avant que ne soit tranchée la demande CH. En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, une décision de notre Cour sur la question de savoir si la demande CH en instance et l'intérêt des enfants nés au Canada justifient, dans ce contexte précis, un report du renvoi servira certainement de guide pour les parties dans les affaires à venir ainsi que pour les parties au présent appel. Qui plus est, ces affaires ont un caractère récurrent, du fait que le rejet d'une demande de contrôle judiciaire pour cause de caractère théorique entraîne le renvoi de l'affaire à un agent d'exécution pour qu'il fixe une nouvelle date pour le renvoi, ce qui déclenchera probablement une nouvelle demande de report du renvoi et, éventuellement, une nouvelle demande de sursis du renvoi. Finalement, une décision sur le fond de la demande ne constituera de toute évidence pas un empiètement sur le domaine législatif.

[46] Compte tenu des facteurs énumérés par la Cour suprême dans l'arrêt *Borowski*, précité, si j'avais été d'avis que la demande est théorique, je n'aurais eu aucune hésitation à décider que notre Cour devrait statuer sur le fond de la demande.

[47] Je passe maintenant à la seconde question.

C. Did the enforcement officer err in refusing to defer the appellants' removal from Canada pending a determination of their outstanding H&C application?

[48] In dealing with the enforcement officer's discretion to defer removal pursuant to section 48 of the Act, it is important to keep in mind the wording of that provision, which is as follows:

48. (1) A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.

(2) If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and it must be enforced as soon as is reasonably practicable. [Emphasis added.]

Thus, where a removal order is enforceable, any person subject thereto must leave the country and the enforcement officer is bound to enforce the order "as soon as is reasonably practicable."

[49] It is trite law that an enforcement officer's discretion to defer removal is limited. I expressed that opinion in *Simoes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.), at paragraph 12:

In my opinion, the discretion that a removal officer may exercise is very limited, and in any case, is restricted to when a removal order will be executed. In deciding when it is "reasonably practicable" for a removal order to be executed, a removal officer may consider various factors such as illness, other impediments to travelling, and pending H & C applications that were brought on a timely basis but have yet to be resolved due to backlogs in the system. For instance, in this case, the removal of the Applicant scheduled for May 10, 2000 was deferred due to medical reasons, and was rescheduled for May 31, 2000. Furthermore, in my view, it was within the removal officer's discretion to defer removal until the Applicant's eight-year old child terminated her school year. [Footnotes omitted.]

[50] I further opined that the mere existence of an H&C application did not constitute a bar to the execution of a valid removal order. With respect to the presence of

C. L'agente d'exécution a-t-elle commis une erreur en refusant de reporter le renvoi des appelants du Canada en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de leur demande CH en instance?

[48] Lorsqu'on examine le pouvoir discrétionnaire que l'article 48 de la Loi confère à l'agent d'exécution en matière de report de renvoi, il importe de garder à l'esprit le libellé de cette disposition :

48. (1) La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis.

(2) L'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être appliquée dès que les circonstances le permettent. [Non souligné dans l'original.]

Ainsi, lorsqu'une mesure de renvoi est exécutoire, toute personne qui en fait l'objet doit quitter le pays et l'agent d'exécution est tenu d'appliquer la mesure « dès que les circonstances le permettent ».

[49] Il est de jurisprudence constante que le pouvoir discrétionnaire dont disposent les agents d'exécution en matière de report d'une mesure de renvoi est limité. J'ai exprimé cet avis dans la décision *Simoes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 936 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 12 :

À mon avis, le pouvoir discrétionnaire que l'agent chargé du renvoi peut exercer est fort restreint et, de toute façon, il porte uniquement sur le moment où une mesure de renvoi doit être exécutée. En décidant du moment où il est « raisonnablement possible » d'exécuter une mesure de renvoi, l'agent chargé du renvoi peut tenir compte de divers facteurs comme la maladie, d'autres raisons à l'encontre du voyage et les demandes fondées sur des raisons d'ordre humanitaire qui ont été présentées en temps opportun et qui n'ont pas encore été réglées à cause de l'arriéré auquel le système fait face. Ainsi, en l'espèce, le renvoi de la demanderesse, qui devait avoir lieu le 10 mai 2000, a pour des raisons de santé été reporté au 31 mai 2000. En outre, à mon avis, l'agent chargé du renvoi avait le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi tant que l'enfant de la demanderesse, qui était âgée de huit ans, n'avait pas terminé son année scolaire. [Notes en bas de page omises.]

[50] J'ai également exprimé l'avis que la simple existence d'une demande CH n'empêchait pas l'exécution d'une mesure de renvoi valide. Au sujet de la présence

Canadian-born children, I took the view that an enforcement officer was not required to undertake a substantive review of the children's best interests before executing a removal order.

[51] Subsequent to my decision in *Simoes*, above, my colleague Pelletier J.A., then a member of the Federal Court Trial Division, had occasion in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682 (F.C.), in the context of a motion to stay the execution of a removal order, to address the issue of an enforcement officer's discretion to defer a removal. After a careful and thorough review of the relevant statutory provisions and jurisprudence pertaining thereto, Mr. Justice Pelletier circumscribed the boundaries of an enforcement officer's discretion to defer. In reasons which I find myself unable to improve, he made the following points:

– There are a range of factors that can validly influence the timing of removal on even the narrowest reading of section 48, such as those factors related to making effective travel arrangements and other factors affected by those arrangements, such as children's school years and pending births or deaths.

– The Minister is bound by law to execute a valid removal order and, consequently, any deferral policy should reflect this imperative of the Act. In considering the duty to comply with section 48, the availability of an alternate remedy, such as a right to return, should be given great consideration because it is a remedy other than failing to comply with a positive statutory obligation. In instances where applicants are successful in their H&C applications, they can be made whole by readmission.

– In order to respect the policy of the Act which imposes a positive obligation on the Minister, while allowing for some discretion with respect to the timing of a removal, deferral should be reserved for those applications where failure to defer will expose the applicant to the risk of death, extreme sanction or inhumane treatment. With

d'enfants nés au Canada, j'ai adopté le point de vue que l'agent chargé du renvoi n'est pas tenu d'effectuer un examen approfondi de l'intérêt des enfants avant d'exécuter la mesure de renvoi.

[51] À la suite de ma décision dans l'affaire *Simoes*, précitée, mon collègue le juge Pelletier, alors juge à la Section de première instance de la Cour fédérale, a eu l'occasion, dans la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682, dans le contexte d'une requête en sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi, d'aborder la question du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'exécution de reporter le renvoi. Après avoir examiné attentivement et à fond les dispositions législatives applicables et la jurisprudence s'y rapportant, le juge Pelletier a circonscrit la portée du pouvoir discrétionnaire d'un agent d'exécution en matière de report de renvoi. Dans des motifs que je ne puis améliorer, il a expliqué ce qui suit :

– Il existe divers facteurs qui peuvent avoir une influence sur le moment du renvoi, même en donnant une interprétation très étroite à l'article 48. Il y a ceux qui ont trait aux arrangements de voyage, et ceux sur lesquels ces arrangements ont une incidence, notamment le calendrier scolaire des enfants et les incertitudes liées à la délivrance des documents de voyage ou les naissances ou décès imminents.

– La loi oblige le ministre à exécuter la mesure de renvoi valide et, par conséquent, toute ligne de conduite en matière de report doit respecter cet impératif de la Loi. Vu l'obligation qui est imposée par l'article 48, on devrait accorder une grande importance à l'existence d'une autre réparation, comme le droit de retour, puisqu'il s'agit d'une réparation autre que celle qui consiste à ne pas respecter une obligation imposée par la Loi. Dans les affaires où le demandeur a gain de cause dans sa demande CH, il peut obtenir réparation par sa réadmission au pays.

– Pour respecter l'économie de la Loi, qui impose une obligation positive au ministre tout en lui accordant une certaine latitude en ce qui concerne le choix du moment du renvoi, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi devrait être réservé aux affaires où le défaut de le faire exposerait le demandeur à un risque de mort, de

respect to H&C applications, absent special considerations, such applications will not justify deferral unless based upon a threat to personal safety.

– Cases where the only harm suffered by the applicant will be family hardship can be remedied by readmitting the person to the country following the successful conclusion of the pending application.

I agree entirely with Mr. Justice Pelletier’s statement of the law.

[52] With these principles in mind, I now turn to the enforcement officer’s decision.

[53] It is clear from the enforcement officer’s decision that she considered all of the relevant facts which were before her. First, she addressed the fact that the appellants had a pending H&C application. She correctly noted that the filing of such an application, at a late stage in the removal process, was not *per se* an impediment to removal. She remarked that the appellants had been informed in 2004 that no H&C application had been filed by them, contrary to what they apparently believed, and that they waited until 2006 to make their application. As a result, she was of the view that deferral on that ground was not warranted.

[54] The enforcement officer then turned her attention to the best interests of the children. She was of the view that if the children left Canada with their parents, “any kind of emotional disturbance the children may suffer due to their removal from Canada will likely be one of a temporary nature”. She also noted that the children were young and that they could easily adapt to a new environment. She also noted that no evidence had been adduced that the children could not enrol in an English medium school where they could learn English as a first or second language. Lastly, she indicated that since both parents would be present in the children’s lives in Argentina and that the appellants’ parents also lived in Argentina, the children would have adequate emotional support and an existing support base in their new country.

sanctions excessives ou de traitement inhumain. Pour ce qui est des demandes CH, à moins qu’il n’existe des considérations spéciales, ces demandes ne justifient un report que si elles sont fondées sur une menace à la sécurité personnelle.

– Il est possible de remédier aux affaires où les difficultés causées à la famille sont le seul préjudice subi par le demandeur en réadmettant celui-ci au pays par suite d’un gain de cause dans sa demande qui était en instance.

Je souscris entièrement à l’exposé du droit du juge Pelletier.

[52] Ayant ces principes à l’esprit, je passe maintenant à la décision de l’agente d’exécution.

[53] Il ressort de la décision de l’agente d’exécution qu’elle a tenu compte de tous les faits pertinents portés à sa connaissance. Elle a d’abord examiné le fait que les appelants avaient une demande CH en instance. Elle a fait observer à juste titre que le dépôt d’une telle demande, à une étape aussi tardive de la procédure de renvoi, ne constituait pas en soi un empêchement au renvoi. Elle a fait remarquer que les appelants avaient été informés en 2004 qu’aucune demande CH n’avait été déposée par eux, contrairement à ce qu’ils semblaient croire, et qu’ils avaient attendu jusqu’en 2006 pour présenter leur demande. L’agente d’exécution s’est par conséquent dite d’avis qu’un report de renvoi pour ce motif n’était pas justifié.

[54] L’agente d’exécution s’est ensuite penchée sur la question de l’intérêt supérieur des enfants. Elle a estimé que, si les enfants quittaient le Canada avec leurs parents, [TRADUCTION] « toute perturbation émotive dont les enfants pourraient souffrir par suite de leur renvoi du Canada ne serait probablement que temporaire ». Elle a également noté que les enfants étaient jeunes et qu’ils pourraient facilement s’adapter à un nouvel environnement. Elle a par ailleurs signalé qu’aucun élément de preuve n’avait été présenté pour démontrer que les enfants ne pouvaient s’inscrire dans une école où ils pourraient apprendre l’anglais comme langue première ou comme langue seconde. Finalement, elle a expliqué que, comme ils pourraient compter sur la présence de leur père et de leur mère en Argentine et que les parents

[55] The enforcement officer concluded her decision by making it clear that had there been a true impediment to removal or if a decision on the H&C application had been imminent, she would have granted a deferral.

[56] In making their submission that the enforcement officer made reviewable errors, the appellants make the following points.

[57] With respect to the best interests of the children, they state that the officer ought to have deferred their removal pending the determination of their H&C application so as to fulfill Canada's obligations under the *Convention on the Rights of the Child* [November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3]. In my view, this argument is without merit. The enforcement officer considered the children's best interests and concluded that no serious practical impediment existed to prevent removal of their parents to Argentina. The fact that the appellants intend to take their children with them to Argentina and that the children might not be able to return until their parents regularize their status in Canada or until they become adults is not, in my view, an impediment to the removal of the parents. The jurisprudence of this Court has made it clear that illegal immigrants cannot avoid the execution of a valid removal order simply because they are the parents of Canadian-born children (see: *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358, paragraph 12; see also with respect to international law: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 127 (C.A.); *Langner v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 29 C.R.R. (2d) 184 (F.C.A.)). I might add that the officer went further than required in her consideration of the children's best interests. As I stated in *Simoës*, above, an enforcement officer has no obligation to substantially review the children's best interest before executing a removal order. I believe that Pelletier J.A.'s reasons in *Wang*, above, support this view.

des appelants vivaient aussi dans ce pays, les enfants bénéficieraient d'un soutien affectif adéquat et d'un encadrement déjà existant dans leur nouveau pays.

[55] L'agente d'exécution a conclu sa décision en précisant dans les termes les plus nets que, s'il y avait eu un véritable empêchement au renvoi ou si une décision avait été sur le point d'être rendue au sujet de la demande CH, elle aurait accordé le report.

[56] À l'appui de leur prétention que l'agente d'exécution a commis des erreurs susceptibles de contrôle, les appelants font valoir ce qui suit.

[57] Concernant l'intérêt supérieur des enfants, ils affirment que l'agente aurait dû reporter leur renvoi en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de leur demande CH pour respecter les obligations du Canada aux termes de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3]. À mon avis, cet argument est sans fondement. L'agente d'exécution a tenu compte de l'intérêt supérieur des enfants et a conclu qu'il n'existait aucun obstacle sérieux sur le plan pratique au renvoi de leurs parents en Argentine. Le fait que les appelants avaient l'intention d'amener leurs enfants avec eux en Argentine et que les enfants ne seraient peut-être pas en mesure de revenir tant que leurs parents n'auraient pas régularisé leur statut au Canada ou tant qu'ils n'auraient pas atteint l'âge adulte ne constitue pas, à mon avis, un empêchement au renvoi de leurs parents. La jurisprudence de la Cour indique clairement que les immigrants illégaux ne peuvent se soustraire à l'exécution d'une mesure de renvoi valide simplement parce qu'ils sont les parents d'enfants nés au Canada (voir *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358, au paragraphe 12; voir aussi, en ce qui concerne le droit international : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 127 (C.A.); et *Langner c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (C.A.) (QL)). Je pourrais ajouter qu'en l'espèce, l'agente est allée plus loin que ce qui était nécessaire dans son analyse de l'intérêt supérieur des enfants. Comme je l'ai dit dans la décision *Simoës*, précitée, l'agent chargé du renvoi n'est pas tenu d'effectuer un examen approfondi de l'intérêt supérieur des enfants avant d'exécuter la mesure de

[58] With respect to their pending H&C application, the appellants submit that the enforcement officer erred in failing to have regard to the special circumstances surrounding their application. They say that the issue was not whether they had submitted an application in 2003 or 2004, but rather that they had attempted, through their former attorney, to submit such an application in March 2003, adding that for reasons unknown to them, the application had never been received in Vegreville. They also say that it is only in 2006 that they became aware of the fact that their March 2003 application had never been received. The appellants further point out that a new delay occurred when a second application in September 2006 was returned to them by reason of insufficient funds, which application they resubmitted in early December 2006. It is for these reasons, the appellants submit, that their attorneys requested that their H&C application be expedited because of almost a four-year delay due to no fault on their part.

[59] Thus, in the appellants' submission, the enforcement officer asked herself the wrong question when she focussed her attention on whether the "original" H&C application had been submitted in 2003 or 2004, and on the fact that their second application had been filed late in the day.

[60] In my view, these arguments cannot succeed. First, I have not been persuaded that the enforcement officer made a reviewable error in her review and consideration of the evidence. What the appellants are asking us, in effect, is to reassess the evidence so as to reach a different conclusion. In my view, that is not open to us. Second, in the light of the principles enunciated in both *Simoës*, above, and *Wang*, above, I fail to see on what ground this Court could interfere with the enforcement officer's decision.

[61] I therefore conclude that the enforcement officer's decision to refuse deferral of the appellants' removal from Canada was reasonable and that the decision must stand.

renvoi. J'estime que les motifs exposés par le juge Pelletier dans la décision *Wang*, précitée, vont dans le même sens.

[58] Pour ce qui est de leur demande CH en instance, les appelants affirment que l'agente d'exécution a commis une erreur en ne tenant pas compte des circonstances spéciales entourant leur demande. Ils affirment qu'il ne s'agit pas de savoir s'ils ont soumis une demande en 2003 ou en 2004, mais bien de se demander s'ils avaient tenté, par le truchement de leur ancien avocat, de soumettre une nouvelle demande en mars 2003, ajoutant que, pour des raisons qu'ils ignorent, le bureau de Vegreville n'a jamais reçu leur demande. Ils affirment également que ce n'est qu'en 2006 qu'ils se sont rendu compte que leur demande de mars 2003 n'était jamais parvenue à destination. Les appelants soulignent par ailleurs qu'il y a eu un nouveau délai lorsqu'une seconde demande leur a été retournée en septembre 2006 pour cause d'insuffisance de fonds et qu'ils ont présenté de nouveau cette demande au début de décembre 2006. C'est pour ces motifs, font valoir les appelants, que leurs avocats réclament le traitement accéléré de leur demande CH en raison du délai de presque quatre ans qui s'est écoulé sans faute de leur part.

[59] Ainsi, suivant les appelants, l'agente d'exécution ne s'est pas posé la bonne question lorsqu'elle a concentré son attention sur la question de savoir si la demande CH « initiale » avait été soumise en 2003 ou en 2004, et sur le fait que la seconde demande des appelants avait été déposée tardivement.

[60] À mon avis, ces arguments ne peuvent être retenus. Premièrement, on ne m'a pas convaincu que l'agente d'exécution a commis une erreur susceptible de contrôle dans son examen et analyse de la preuve. Ce que les appelants nous demandent en fait, c'est d'apprécier à nouveau la preuve pour tirer une conclusion différente. À mon avis, il ne nous est pas loisible de le faire. Deuxièmement, à la lumière des principes énoncés dans les décisions *Simoës*, précitée, et *Wang*, précitée, je ne vois pas sur quoi pourrait se fonder notre Cour pour modifier la décision de l'agente d'exécution.

[61] Je conclus donc que la décision de l'agente d'exécution de refuser de reporter le renvoi des appelants du Canada était raisonnable et que sa décision doit être confirmée.

[62] This is sufficient to dispose of the appeal. However, before concluding, I feel compelled to make a few additional remarks.

[63] It is important to note that in concluding that a deferral was not warranted in the circumstances before her, the enforcement officer emphasized the fact that the appellants had failed to report for their pre-removal interviews of January 21, 2006. The enforcement officer also emphasized the fact that it had been necessary to issue warrants against the appellants, which were executed in March and July of 2006. She could also have emphasized the fact that the appellants, in order to delay their removal scheduled for January 18, 2007, had undertaken to leave the country with their children on February 15, 2007, which undertaking they failed to respect. The enforcement officer could have also considered relevant the fact that the departure orders made against the appellants at the time they filed their refugee claims had become effective on May 30, 2002.

[64] Events of this type, i.e. where persons fail to comply with the requirements of the Act or act in a way so as to prevent the enforcement thereof, should always be high on the list of relevant factors considered by an enforcement officer. It is worth repeating what this Court said at paragraph 19 of its reasons in *Legault*, above. Although the issue before the Court in *Legault*, above, pertained to the exercise of discretion in the context of an H&C application, the words of Décary J.A. are entirely apposite to the exercise of discretion by an enforcement officer:

In short, the *Immigration Act* and the Canadian immigration policy are founded on the idea that whoever comes to Canada with the intention of settling must be of good faith and comply to the letter with the requirements both in form and substance of the Act. Whoever enters Canada illegally contributes to falsifying the immigration plan and policy and gives himself priority over those who do respect the requirements of the Act. The Minister, who is responsible for the application of the policy and the Act, is definitely authorized to refuse the exception requested by a person who has established the existence of humanitarian and compassionate grounds, if he believes, for example, that the circumstances surrounding his entry and stay

[62] Voilà qui suffit pour trancher l'appel. Toutefois, avant de conclure, j'estime devoir formuler quelques observations complémentaires.

[63] Il importe de signaler que, pour conclure qu'un report n'était pas justifié compte tenu des faits portés à sa connaissance, l'agente d'exécution a insisté sur le fait que les appelants ne s'étaient pas présentés à leur entrevue préalable au renvoi du 21 janvier 2006. L'agente d'exécution a également signalé qu'il avait fallu lancer des mandats contre les appelants et que ces mandats avaient été exécutés en mars et en juillet 2006. Elle aurait également pu souligner le fait que, pour reporter leur renvoi prévu pour le 18 janvier 2007, les appelants s'étaient engagés à quitter le pays avec leurs enfants le 15 février 2007, et qu'ils n'avaient pas respecté cet engagement. L'agente d'exécution aurait également pu considérer pertinent le fait que les mesures d'interdiction de séjour conditionnelles qui avaient été prononcées contre eux au moment du dépôt de leur demande d'asile étaient devenues des mesures de renvoi exécutoires le 30 mai 2002.

[64] Des faits de ce genre, c'est-à-dire des situations dans lesquelles des individus font défaut de se conformer aux conditions de la Loi ou agissent de manière à en empêcher l'application, devraient toujours figurer en tête de liste des facteurs pertinents dont peut tenir compte l'agent d'exécution. À cet égard, il vaut la peine de citer les propos que notre Cour a tenus au paragraphe 19 de l'arrêt *Legault*, précité. Même si, dans l'affaire *Legault*, précitée, le débat tournait autour de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans le contexte d'une demande CH, les propos du juge Décary s'appliquent parfaitement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré à l'agent d'exécution :

Bref, la *Loi sur l'immigration* et la politique canadienne en matière d'immigration sont fondées sur la prémisse que quiconque vient au Canada avec l'intention de s'y établir doit être de bonne foi et respecter à la lettre les exigences de fond et de forme qui sont prescrites. Quiconque entre illégalement au Canada contribue à fausser le plan et la politique d'immigration et se donne une priorité sur tous ceux qui, eux, respectent les exigences. Le ministre, qui est responsable de l'application de la politique et de la Loi, est très certainement autorisé à refuser la dispense que demande une personne qui a établi l'existence de raisons d'ordre humanitaire, s'il est d'avis, par exemple, que les circonstances de l'entrée ou du séjour au Canada de cette



in Canada discredit him or create a precedent susceptible of encouraging illegal entry in Canada. In this sense, the Minister is at liberty to take into consideration the fact that the humanitarian and compassionate grounds that a person claims are the result of his own actions. [Emphasis added.]

[65] Thus, if the conduct of the person seeking a deferral of his or her removal either discredits him or creates a precedent which encourages others to act in a similar way, it is entirely open to the enforcement officer to take those facts into consideration in determining whether deferral ought to be granted. Neither enforcement officers nor the courts, for that matter, should encourage or reward persons who do not have “clean hands”.

[66] One last remark. In her discussion of the mischief which might arise as a result of the view that applications such as the one before us in this appeal are moot by reason of the passing of the scheduled removal date, Madam Justice Dawson made a number of highly relevant remarks. One of these remarks is found at paragraph 65 of her reasons, where she says:

Further, the potential for abuse will be mitigated significantly by the Court’s continued discipline when considering stay requests and, where a stay is granted, by careful consideration by the CBSA, before new removal arrangements are made, of the serious issue identified by the Court. It should be remembered that, for a stay to be granted, the Court will have identified at least one issue that carries with it the likelihood of success on the underlying application. It is not enough for the Court to simply find that an issue is not frivolous or vexatious. See: *Wang*, cited above. [Emphasis added.]

These comments take me back to Pelletier J.A.’s reasons in *Wang*, above, where he dismissed the motion before him for a stay of removal because the applicant had not satisfied him that the underlying application raised a serious issue. This conclusion was the result of his view that on such a motion, in determining the “serious issue” prong of the tripartite test enunciated in *Manitoba*, above (and adopted by this Court for the purposes of determining applications for a stay of removal in *Toth*, above), the Judge ought to “go further and closely examine the merits of the underlying application” (paragraph 10 of

personne la discréditent ou créent un précédent susceptible d’encourager l’entrée illégale au Canada. En ce sens, il est loisible au ministre de prendre en considération le fait que les raisons d’ordre humanitaire dont une personne se réclame soient le fruit de ses propres agissements. [Non souligné dans l’original.]

[65] Ainsi, si les agissements de la personne qui réclame le report de son renvoi la discréditent ou créent un précédent susceptible d’inciter d’autres personnes à agir de la même manière, il est parfaitement loisible à l’agent d’exécution d’en tenir compte pour décider s’il y a lieu d’accorder le report demandé. Ni les agents d’exécution ni d’ailleurs les tribunaux ne devraient encourager ou récompenser ceux qui n’ont pas une attitude irréprochable.

[66] Une dernière observation. Dans son analyse des conséquences indésirables que serait susceptible d’entraîner la conclusion qu’une demande comme celle dont nous sommes saisis dans le présent appel devient théorique dès que la date prévue pour le renvoi est passée, la juge Dawson a formulé plusieurs remarques très pertinentes, dont la suivante, que l’on trouve au paragraphe 65 de ses motifs :

En outre, les risques d’abus seront grandement réduits si la Cour fait preuve de constance dans l’examen des requêtes en sursis et, quand le sursis est accordé, si l’ASFC prend en considération les questions importantes relevées par la Cour, avant de prendre de nouvelles dispositions pour l’exécution de la mesure de renvoi. Il ne faut pas oublier que, pour accorder le sursis, la Cour doit avoir relevé au moins une question faisant en sorte qu’il est vraisemblable que la demande principale soit accueillie. Il ne suffit pas que la Cour conclue simplement que la question n’est pas frivole ou vexatoire. Voir la décision *Wang*, précitée. [Non souligné dans l’original.]

Ces observations me ramènent aux motifs du juge Pelletier dans la décision *Wang*, précitée, dans laquelle il a rejeté la requête en sursis du renvoi parce que le demandeur ne l’avait pas convaincu que la demande sous-jacente soulevait une question sérieuse. Cette conclusion découlait de son avis que, pour se prononcer sur le volet de la « question sérieuse » du critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *Manitoba*, précité (que notre Cour a adopté pour statuer sur les requêtes en sursis au renvoi dans l’arrêt *Toth*, précité), le juge « doit aller plus loin que l’application du critère de la « question sérieuse »

his reasons). In other words, the Judge should take a hard look at the issue raised in the underlying application.

[67] While I agree entirely with my colleague's approach to the "serious issue" prong of the tripartite test in the context of a motion to stay a removal order, I would add the following. In determining whether a serious issue exists so as to warrant the granting of a stay of removal, the Judge hearing the motion should clearly have in mind, first of all, that the discretion to defer the removal of a person subject to an enforceable removal order is limited, as explained in *Simoës*, above, and, particularly, in *Wang*, above. Second, the Judge should also have in mind that the standard of review of an enforcement officer's decision is that of reasonableness. Thus, for an applicant to succeed on a judicial review challenge of such a decision, he or she must be able to put forward quite a strong case. In my view, the appellants herein clearly did not have such a case to put forward.

[68] Had O'Keefe J. turned his mind to the limited nature of the enforcement officer's discretion and to the applicable standard of review, he would not have concluded that the judicial review application raised a serious issue and, hence, would not have granted a stay.

[69] It is also clear, in my respectful opinion, that there was no basis for him to conclude that irreparable harm would occur if the removal order was not stayed. As this Court and the Federal Court have constantly repeated, one of the unfortunate consequences of a removal order is hardship and disruption of family life. However, that clearly does not constitute irreparable harm. To paraphrase the words of Pelletier J.A. found at paragraph 48 of his reasons in *Wang*, above, family hardship is the unfortunate result of a removal order which can be remedied by readmission if the H&C application is successful. Further, the fact that the appellants' children might have to pursue their education in Spanish, because of their parents'

et examiner de près le fond de la demande sous-jacente » (au paragraphe 10 de ses motifs). En d'autres termes, le juge doit examiner attentivement la question soulevée dans la demande sous-jacente.

[67] Bien que je souscrive entièrement à l'approche proposée par mon collègue au sujet du volet de la « question sérieuse » du critère à trois volets dans le contexte d'une requête en sursis d'une mesure de renvoi, j'ajouterais ce qui suit. Pour décider s'il existe une question sérieuse justifiant le sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi, le juge saisi de la requête devrait premièrement être bien conscient du fait que le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi de la personne visée par une mesure de renvoi exécutoire est limité, ainsi qu'il a été expliqué dans la décision *Simoës*, précitée, et, plus particulièrement, dans la décision *Wang*, précitée. Deuxièmement, le juge devrait également tenir compte du fait que la norme de contrôle de la décision de l'agent d'exécution est celle de la raisonabilité. Ainsi, pour obtenir gain de cause dans la demande de contrôle judiciaire par laquelle il conteste cette décision, le demandeur doit être en mesure de faire valoir des arguments assez solides, ce qui, à mon avis, n'était de toute évidence pas le cas pour les appelants en l'espèce.

[68] Si le juge O'Keefe avait tenu compte de la portée restreinte du pouvoir discrétionnaire de l'agente d'exécution et de la norme de contrôle applicable, il n'aurait pas conclu que la demande de contrôle judiciaire soulevait une question sérieuse à trancher et il n'aurait donc pas accordé le sursis.

[69] Il est par ailleurs évident, à mon avis, que rien ne lui permettait de conclure que les appelants subiraient un préjudice irréparable si l'exécution de la mesure de renvoi n'était pas suspendue. Ainsi que notre Cour et la Cour fédérale l'ont constamment répété, les difficultés et perturbations causées à la vie familiale sont une des conséquences regrettables entraînées par les mesures de renvoi, mais elles ne constituent manifestement pas un préjudice irréparable. Pour paraphraser le juge Pelletier (voir le paragraphe 48 de ses motifs dans la décision *Wang*, précitée), les difficultés causées à la famille sont la malheureuse conséquence d'une mesure de renvoi, mais on peut y remédier par une réadmission si la

removal to Argentina, clearly does not constitute irreparable harm.

[70] As a result, I would dismiss the appeal and I would answer the certified question as follows:

Because the underlying application for landing remains outstanding at the date the Court considers the application for judicial review, there remains a “live controversy” between the parties and, as a result, the matter is not rendered moot by the passing of the scheduled removal date.

DESJARDINS J.A.: I concur.

\* \* \*

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

[71] BLAIS J.A.: I have read the reasons of my colleague, Nadon J.A., and I respectfully disagree in part.

[72] I will rely on the facts as presented by the Federal Court Judge, Justice Dawson, and my colleague in lieu of reproducing them here.

[73] With respect to my colleague’s analysis of the enforcement officer’s refusal to defer the appellants’ removal, I agree. The determination made by the enforcement officer was well within her narrow discretion, was well reasoned and was within the parameters of previous statements of this Court and the Court below.

[74] With respect to my colleague’s strong statement regarding the granting of a stay on the basis that the pending judicial review of the enforcement officer’s refusal constituted a serious issue, I firmly agree with both my colleague and with Justice Dawson. Recently, claimants have entered into an abusive cycle of deferral requests, judicial review applications and stay of removal

demande CH est accueillie. De plus, le fait que les enfants des appelants pourraient avoir à poursuivre leurs études en espagnol, à la suite du renvoi de leurs parents en Argentine, ne constitue de toute évidence pas un préjudice irréparable.

[70] Je suis donc d’avis de rejeter l’appel et de répondre comme suit à la question certifiée :

Comme la demande de droit établissement sous-jacente n’a toujours pas été tranchée à la date de l’examen de la demande de contrôle judiciaire par la Cour, il subsiste un « litige actuel » entre les parties, de sorte que l’affaire n’est pas devenue théorique du seul fait que la date prévue pour le renvoi est passée.

LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

\* \* \*

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

[71] LE JUGE BLAIS, J.C.A. : J’ai lu les motifs de mon collègue le juge Nadon et je dois en toute déférence me dissocier d’une partie de ses conclusions.

[72] Je vais m’en remettre aux faits exposés par la juge de la Cour fédérale, la juge Dawson, et par mon collègue plutôt que de les reproduire ici.

[73] Je souscris à l’analyse que mon collègue a faite du refus de l’agente d’exécution de reporter le renvoi des appelants. La décision prise par l’agente d’exécution entrainait parfaitement dans le cadre restreint de son pouvoir discrétionnaire, était bien motivée et respectait entièrement les paramètres définis par la jurisprudence de notre Cour et de la Cour de première instance.

[74] En ce qui concerne les affirmations catégoriques du juge Nadon au sujet de l’octroi d’un sursis au motif que la demande de contrôle judiciaire en instance visant le refus de l’agente d’exécution constitue une question sérieuse, j’abonde tout à fait dans le sens de mon collègue et de la juge Dawson. On constate depuis quelque temps chez les demandeurs d’asile une fâcheuse tendance à

applications. This abusive cycle can be mitigated if judges considering stay applications properly determine whether a serious issue exists by reviewing the judicial review application for at least one issue with a probability of success. The judicial review underlying the application for a stay of removal in this case reveals little probability of success considering the enforcement officer's discretion and the ample support she cites in her reasons. The decision granting the appellants' stay has caused them to remain in Canada for an additional two years, allowing for their children to become more settled and for adaptation to be more difficult should the appellants and their children return to Argentina.

[75] With respect, I must disagree with my colleague's conclusion in regards to the certified question of mootness.

[76] The parties argue, and my colleague agrees, that the characterization of the root controversy of the judicial review involves whether the appellants should be removed prior to the determination of their pending humanitarian and compassionate (H&C) application.

[77] While it is true that the bases of the appellants' deferral request were the best interests of their children and the determination of their H&C application, the decision for review in this case is whether the enforcement officer properly refused to defer the appellants' removal in January 2007. It is not whether the enforcement officer properly determined that the removal would at no time take place before the determination of the H&C application. This is clear from the enforcement officer's notes to file, where she wrote:

In conclusion, this officer realizes that she has limited discretion to defer removal. She would do so if there is [*sic*] an impediment to removal or if a decision was imminent on the H&C application. However, this is not the case.

réclamer des reports, à présenter des demandes de contrôle judiciaire et à demander la suspension de l'exécution des mesures de renvoi dont ils font l'objet, le tout de manière abusive. Les juges saisis de requêtes en sursis peuvent freiner cette tendance en vérifiant comme il se doit l'existence d'une question sérieuse à trancher pour déterminer si la demande de contrôle judiciaire comporte au moins une question qui a des chances de succès. Il s'avère qu'en l'espèce, la demande de contrôle judiciaire sous-jacente à la requête en sursis à l'exécution de la mesure de renvoi a peu de chances d'être accueillie compte tenu du pouvoir discrétionnaire dont disposait l'agente d'exécution et des nombreux éléments cités à l'appui de sa décision. La décision d'accorder un sursis aux appelants les a amenés à demeurer deux ans de plus au Canada, permettant ainsi à leurs enfants de mieux s'intégrer et rendant plus difficile leur adaptation dans le cas où les appelants et leurs enfants devraient retourner en Argentine.

[75] Je dois, en toute déférence, me dissocier de la conclusion tirée par mon collègue au sujet de la question certifiée visant le caractère théorique.

[76] Les parties soutiennent — et mon collègue est d'accord avec elles — que pour pouvoir cerner le litige au cœur de la demande de contrôle judiciaire, il faut déterminer si les appelants devraient être renvoyés avant qu'une décision soit rendue au sujet de leur demande CH.

[77] Même si les appelants invoquent au soutien de leur demande de report l'intérêt supérieur de leurs enfants et le prononcé d'une décision au sujet de leur demande CH, la question en l'espèce est de savoir si c'est à bon droit que l'agente d'exécution a refusé de reporter le renvoi des appelants en janvier 2007, et non de savoir si c'est à bon droit que l'agente d'exécution a estimé que le renvoi n'aurait jamaïs lieu avant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande CH, ainsi qu'il ressort de l'extrait suivant des notes qu'elle a versées au dossier :

[TRADUCTION] En conclusion, la soussignée se rend compte qu'elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire limité en matière de report de renvois. Elle accèderait à cette demande s'il y avait un empêchement au renvoi ou si la décision concernant la demande CH était imminente. Ce n'est toutefois pas le cas.

[78] It is of no consequence to determine whether the enforcement officer properly refused the request to defer in January 2007 since that removal date has passed. In addition, the circumstances will have changed such that the enforcement officer's conclusions may no longer be pertinent to the facts as they now stand. In my view, Justice Dawson was correct in characterizing the dispute as whether the appellants should have been required to leave on the scheduled removal date. Further, since the granting of a stay has allowed the appellants to receive the deferral that the enforcement officer refused, the review of the enforcement officer's decision will not change the factual consequence.

[79] The parties argue that the controversy is whether the appellants should be removed prior to the determination of the H&C application. However, this was not the question before the enforcement officer. In fact, the conclusion of the enforcement officer regarding the lack of imminence of a determination on the H&C application makes it clear that her decision was temporally based.

[80] By virtue of subsection 48(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), once a "removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and it must be enforced as soon as is reasonably practicable." I agree with my colleague that jurisprudence is conclusive that the enforcement officer's discretion is limited. However, ultimately an enforcement officer is intended to do nothing more than enforce a removal order. While enforcement officers are granted the discretion to fix new removal dates, they are not intended to defer removal to an indeterminate date. On the facts before us, the date of the decision on the H&C application was unknown and unlikely to be imminent, and thus, the enforcement officer was being asked to delay removal indeterminately. An indeterminate deferral was simply not within the enforcement officer's powers (my emphasis).

[78] Il est sans intérêt de savoir si c'est à bon droit ou non que l'agente d'exécution a refusé de reporter le renvoi en janvier 2007, étant donné que la date prévue pour le renvoi est passée. Qui plus est, la situation a peut-être évolué au point où les conclusions tirées par l'agente d'exécution risquent de ne plus s'appliquer aux faits actuels. À mon avis, la juge Dawson a eu raison de décrire le différend comme portant sur la question de savoir si les appelants auraient dû être contraints à quitter le pays à la date prévue de leur renvoi. De plus, comme l'octroi du sursis a permis aux appelants d'obtenir le report que l'agente d'exécution leur avait refusé, le contrôle de la décision de l'agente d'exécution ne changera rien aux conséquences factuelles.

[79] Les parties affirment que le litige porte sur la question de savoir si les appelants devraient être renvoyés avant qu'une décision ne soit rendue au sujet de leur demande CH. Ce n'était cependant pas la question qui était soumise à l'agente d'exécution. En fait, la conclusion de l'agente d'exécution au sujet du fait qu'une décision sur la demande CH n'était pas imminente démontre bien que sa décision reposait sur des considérations temporelles.

[80] Aux termes du paragraphe 48(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), « [l]'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être appliquée dès que les circonstances le permettent ». Je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'il est de jurisprudence constante que le pouvoir discrétionnaire de l'agent d'exécution est limité. Il n'en demeure pas moins qu'en fin de compte, l'agent d'exécution n'est censé faire rien d'autre que d'exécuter la mesure de renvoi. Bien que les agents d'exécution aient le pouvoir discrétionnaire de fixer de nouvelles dates de renvoi, ils ne sont pas censés reporter le renvoi à une date indéterminée. Vu les faits dont nous disposons, la date de la décision relative à la demande CH était inconnue et il était peu probable qu'elle fût imminente, de sorte que l'on demandait en fait à l'agente d'exécution de reporter le renvoi à une date indéterminée. Or, elle n'avait tout simplement pas le pouvoir de reporter le renvoi à une date indéterminée (non souligné dans l'original).

[81] Over the years, the duties of enforcement officers have not changed, and yet, the bases upon which applicants rely to obtain deferrals have dramatically increased. I am of the view that the scope of the enforcement officer's discretion cannot be changed by virtue of the requests made. An enforcement officer's role is not to assess the best interests of the children or the probability of success of any application. An enforcement officer's role should remain limited and deferral should be contemplated in very limited circumstances.

[82] The legislation has not, to my knowledge, provided a new step to claimants who desire yet another assessment of their circumstances. Claimants already have the refugee application process, the pre-removal risk assessment (PRRA) process and the H&C application in addition to judicial reviews of those processes and the stay before removal.

[83] In this case, it appears that the claimants want to open yet another avenue of review by asking the enforcement officer to reassess information that has already been examined by administrative tribunals and that was the subject of judicial review. For the enforcement officer to comply with this request for reassessment would be akin to the enforcement officer making a quasi-judicial order without the benefit of hearing from opposing counsel. It's time to stop this abusive cycle.

[84] To further illustrate why the question before Justice Dawson was moot, consider the following hypothetical situation: if Justice O'Keefe had not granted the stay, and the appellants had been removed to Argentina, the judicial review before Justice Dawson would still have proceeded. Seeing as the appellants had already been removed on the scheduled removal date, Justice Dawson would likely still determine that the issue was moot, for the decision regarding the specified date had passed. But, if instead of making a finding of mootness, Justice Dawson found that the enforcement officer had made an error in not deferring the removal date, what would be the result? Would the appellants be permitted to return to Canada just for a second removal date to be set to have them removed? Would they request yet another deferral from

[81] Au fil des ans, les fonctions des agents d'exécution n'ont pas changé et pourtant, le nombre de motifs invoqués par les demandeurs pour obtenir des reports ont connu une hausse spectaculaire. J'estime que les demandes présentées ne peuvent modifier la portée du pouvoir discrétionnaire de l'agent chargé de l'exécution des mesures de renvoi. Le rôle de cet agent ne consiste pas à évaluer l'intérêt supérieur des enfants ou les chances de succès d'une demande. Il devrait demeurer limité et un report ne devrait être envisagé que dans des circonstances très limitées.

[82] La loi n'a pas, à ma connaissance, accordé de nouveaux recours aux demandeurs d'asile qui désirent que leur situation fasse l'objet d'une nouvelle évaluation. Les demandeurs d'asile peuvent déjà présenter une demande d'asile, demander un examen des risques avant renvoi (ERAR) et présenter une demande CH, en plus d'avoir la possibilité de demander le contrôle judiciaire de ces décisions et le sursis de la mesure de renvoi.

[83] Dans le cas qui nous occupe, il semble que les demandeurs d'asile veulent ouvrir un recours additionnel en demandant à l'agente d'exécution de réexaminer des éléments d'information qui ont déjà été analysés par des tribunaux administratifs et qui ont fait l'objet d'un contrôle judiciaire. L'agent d'exécution qui accèderait à une telle demande de réexamen rendrait en quelque sorte une ordonnance quasi-judiciaire sans avoir eu l'avantage d'entendre l'avocat de la partie adverse. Le temps est venu de mettre fin à ces abus.

[84] Pour illustrer davantage les raisons pour lesquelles la question soumise à la juge Dawson était théorique, considérons la situation hypothétique suivante : si le juge O'Keefe n'avait pas accordé le sursis et que les appelants avaient été renvoyés en Argentine, la juge Dawson aurait quand même statué sur la demande de contrôle judiciaire. Constatant que les appelants avaient déjà été renvoyés à la date prévue de leur renvoi, la juge Dawson aurait probablement considéré que la question était théorique, puisque la décision serait caduque, étant donné que la date pertinente serait déjà passée. Mais, si au lieu de conclure que la question était théorique, la juge Dawson avait estimé que l'agente d'exécution avait commis une erreur en ne reportant pas la date de renvoi, quel résultat aurait-on obtenu? Les appelants seraient-ils autorisés à

a second enforcement officer? The possibility risks nonsense.

[85] The more likely consequence is that the appellants would wait in Argentina for a determination of their H&C application and, if the application is successful, would be readmitted.

[86] Under subsection 11(1) [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 116] of the IRPA, a foreign national wishing to establish permanent resident status must apply for a visa before entering Canada. The IRPA makes it clear that H&C applications are intended to be used only as exceptions to this requirement. H&C applications are meant to allow for an application to be processed from within Canada where the Minister considers that humanitarian and compassionate grounds make this exemption justified [section 25 (as am. *idem*, s. 117)]:

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative or on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

(2) The Minister may not grant permanent resident status to a foreign national referred to in subsection 9(1) if the foreign national does not meet the province's selection criteria applicable to that foreign national.

[87] H&C applications are not intended to obstruct a valid removal order. Where a PRRA has revealed that the applicants are not at risk if they are returned, then the applicants are intended to make future requests for permanent residence from their home country.

[88] In the appellants' case, the H&C application is still pending. It is my view that this still does not prevent their removal. Removing the appellants will not cause irreparable harm to them or their Canadian-born children.

rentrer au Canada seulement pour qu'une seconde date de renvoi soit fixée en vue de leur renvoi? Réclameraient-ils un autre report d'un autre agent d'exécution? On aboutit à une situation absurde.

[85] La conséquence la plus probable est que les appelants devraient attendre en Argentine que leur demande CH soit tranchée et, dans le cas d'une décision favorable, ils seraient réadmis au Canada.

[86] Aux termes du paragraphe 11(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 116] de la LIPR, l'étranger qui souhaite obtenir le statut de résident permanent doit demander un visa, avant d'entrer au Canada. La LIPR précise bien que les demandes CH ne sont censées être que des exceptions à cette règle. Les demandes CH permettent d'examiner une demande du Canada lorsque le ministre estime que des raisons d'ordre humanitaire justifient cette exception [article 25 (mod., *idem*, art. 117)] :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative ou sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient.

(2) Le statut ne peut toutefois être octroyé à l'étranger visé au paragraphe 9(1) qui ne répond pas aux critères de sélection de la province en cause qui lui sont applicables.

[87] Les demandes CH ne sont pas censées faire obstacle aux mesures de renvoi valides. Lorsque l'ERAR révèle que le demandeur ne serait exposé à aucun risque s'il retournait dans son pays d'origine, on s'attend à ce que le demandeur présente ses demandes de résidence permanente ultérieures de son pays d'origine.

[88] Dans le cas des appelants, la demande CH est toujours en instance, ce qui, à mon avis, n'empêche toujours pas leur renvoi. Ni eux ni leurs enfants nés au Canada ne subiront de préjudice irréparable à cause de

Should a new removal date be scheduled, the appellants are likely to ask the enforcement officer for a deferral. I believe my colleague's indication that new facts would need to be put forward to support such a request is optimistic. These appellants have continued to raise the same arguments throughout their dealings with immigration officials in Canada and the likelihood that they will continue to raise these arguments, or versions thereof consistent with the passing of time, is high.

[89] Therefore, I would dismiss this appeal with costs and answer the certified question as follows:

The removal date having passed, the determination of the reasonableness of the enforcement officer's refusal to defer the removal date in January 2007 is without consequence and therefore the matter is rendered moot.

leur renvoi. Si une nouvelle date de renvoi est fixée, les appelants réclameront probablement un report à l'agent d'exécution. Je crois que mon collègue fait preuve d'optimisme en laissant entendre qu'il faudrait alléguer de nouveaux faits pour pouvoir justifier une telle demande. Les appelants répètent les mêmes arguments depuis qu'ils ont commencé leurs échanges avec les autorités canadiennes de l'immigration et les probabilités qu'ils continuent d'invoquer ces arguments ou des variantes de ceux-ci qui soient compatibles avec l'écoulement du temps sont élevées.

[89] Je suis par conséquent d'avis de rejeter le présent appel avec dépens et de répondre comme suit à la question certifiée :

Comme la date du renvoi est passée, il est sans intérêt de savoir si le refus de l'agente d'exécution de reporter la date du renvoi en janvier 2007 était raisonnable et la question est par conséquent devenue théorique.



A-136-08  
2009 FCA 114

A-136-08  
2009 CAF 114

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**General Motors of Canada Limited** (*Respondent*)

**General Motors du Canada Limitée** (*intimée*)

**INDEXED AS: GENERAL MOTORS OF CANADA LTD. v. CANADA (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : GENERAL MOTORS DU CANADA LTÉE C. CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Blais JJ.A.—Toronto, December 8, 2008; Ottawa, April 16, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Blais, J.C.A.—Toronto, 8 décembre 2008; Ottawa, 16 avril 2009.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Tax Court of Canada decision finding respondent eligible for input tax credits (ITCs) under Excise Tax Act, s. 169(1) in respect of GST paid to investment managers — Respondent administrator of employee pension plans, retaining investment managers — Agreements providing respondent liable for investment services, GST — Canada Revenue Agency rejecting respondent's ITC claim on basis services not acquired in course of commercial activities — Three conditions set out at Act, s. 169(1) for claiming ITC met — Respondent acquiring investment management services, not acting as trustee — Respondent liable for payment of those services — Pension plans integral component of respondent's commercial activities — Appeal dismissed.*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'intimée avait le droit de demander des crédits de taxe sur les intrants (CTI) en vertu de l'art. 169(1) de la Loi sur la taxe d'accise à l'égard de la TPS payée à des gestionnaires de placements — L'intimée, l'administrateur des régimes de pension de ses employés, a retenu les services de gestionnaires de placements — Les conventions précisent que l'intimée est tenue de régler les services de gestion de placements ainsi que la TPS — L'Agence du revenu du Canada a rejeté la demande de CTI de l'intimée parce que les services n'ont pas été acquis dans le cadre de ses activités commerciales — Les trois conditions énoncées à l'art. 169(1) de la Loi pour demander des CTI ont été remplies — L'intimée a acquis des services de gestion de placements; elle n'agissait pas à titre de fiduciaire — L'intimée était chargée de régler ces services — Les régimes de pension faisaient partie intégrante des activités commerciales de l'intimée — Appel rejeté.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision finding that the respondent was eligible for input tax credits (ITCs) under subsection 169(1) of the *Excise Tax Act* in respect of GST paid to investment managers.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'intimée avait le droit de demander des crédits de taxe sur les intrants (CTI) en vertu du paragraphe 169(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* à l'égard de la TPS payée à des gestionnaires de placements.

The respondent, a manufacturer and seller of vehicles, is the administrator of its employees' pension plans. The pension plans are funded through trusts for which a trustee is appointed. The respondent manages the investment funds by retaining investment managers. Investment management agreements between the respondent and the investment managers provide that the respondent is liable to pay for the investment management services and the GST on those services. At the material times, the investment managers invoiced the respondent directly and also collected the GST from the respondent. In an advance

L'intimée, qui fabrique et vend des véhicules, est l'administrateur des régimes de pension de ses employés. Les régimes de pension sont financés par l'entremise de fiducies à l'égard desquelles un fiduciaire est nommé. L'intimée retient les services de gestionnaires de placements pour qu'ils gèrent le placement des fonds. Des conventions de gestion de placements entre l'intimée et les gestionnaires de placements précisent que l'intimée est tenue de régler les services de gestion de placements ainsi que la TPS payable sur ces services. Durant la période en cause, les gestionnaires ont facturé directement l'intimée et ont

GST ruling, the Canada Revenue Agency rejected the respondent's ITC claim because it did not acquire investment management services for consumption, use or supply in the course of its commercial activities. However, the Tax Court of Canada found that the respondent was eligible to claim ITCs because it met the three conditions of subsection 169(1) of the Act in that (1) the respondent acquired the investment management services, (2) the GST was payable or paid by the respondent on the investment management services, and (3) the investment management services were acquired for consumption or use in the course of the respondent's commercial activities.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Tax Court of Canada did not err in finding that the respondent met all three conditions of subsection 169(1) of the Act.

Regarding the first condition, the acts of acquiring the services were not deemed by section 267.1 of the Act to be acts of the trustee. The Tax Court of Canada found that section 267.1 was not applicable, that no evidence was produced to suggest that the respondent took title to the assets under the deed of trust, and that for the purposes of section 267.1, the respondent's roles and duties, distinct from those of the trustee, were that of an administrator of the pension plans. It concluded that the fiduciary duties exercised by the respondent did not mean that it was a trustee, and that consequently, it was the respondent that acquired the investment management services. This conclusion was based on the evidence and as such, was not a reviewable error.

Regarding the second condition, the Tax Court of Canada did not err in concluding that the respondent was the person liable for the payment of the investment management services, even though it resupplied those services to the pension plan trusts and was reimbursed by the trusts. In addition, the agreements with the investment managers established the respondent's liability for payment. It is the person who satisfies the requirement at subsection 169(1) of the Act and who carries the contractual liability to pay that is entitled to claim ITCs.

Regarding the third condition, the fact that the respondent was the key contributor to the trust funds and remained liable to pay the investment management fees even if they were ultimately borne by the trustees had to be taken into account. Also, the factual situation in the case at bar was different from

aussi perçu la TPS d'elle. Dans une décision anticipée sur la TPS, l'Agence du revenu du Canada a rejeté la demande de CTI présentée par l'intimée parce que celle-ci n'a pas acquis les services de gestion de placements pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales. Cependant, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'intimée avait le droit de demander des CTI puisqu'elle avait rempli les trois conditions énoncées au paragraphe 169(1) de la Loi parce que 1) elle a acquis les services de gestion de placements, 2) la TPS était payable ou a été payée par l'intimée à l'égard de services de gestion de placements, et 3) les services de gestion de placements ont été acquis pour consommation ou utilisation dans le cadre des activités commerciales de l'intimée.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué que l'intimée satisfaisait aux trois conditions énoncées au paragraphe 169(1) de la Loi.

En ce qui concerne la première condition, les actes accomplis pour acquérir les services n'étaient pas réputés, en vertu de l'article 267.1 de la Loi, être des actes posés par le fiduciaire. La Cour canadienne de l'impôt a déclaré que l'article 267.1 était inapplicable, qu'aucun élément de preuve donnant à entendre que l'intimée avait acquis un titre sur les actifs aux termes de l'acte de fiducie n'avait été produit et que, pour l'application de l'article 267.1, les tâches et fonctions de l'intimée, distinctes de celles du fiduciaire, étaient celles d'un administrateur des régimes de pension. Elle a précisé que les fonctions fiduciaires exercées par l'intimée ne signifiaient pas qu'elle était un fiduciaire et, en conséquence, que c'était l'intimée qui avait acquis les services de gestion de placements. Cette conclusion reposait sur la preuve et, à ce titre, ne constituait pas une erreur susceptible de contrôle.

En ce qui concerne la deuxième condition, la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué que l'intimée était la personne chargée du règlement des services de gestion de placements, même si elle a réacheminé vers les fiduciaires la fourniture des services de placement et même si les fiduciaires l'ont remboursée. En outre, les conventions avec les gestionnaires de placements prévoyaient que l'intimée était responsable du paiement. La personne qui a le droit de demander des CTI est celle qui satisfait à l'exigence énoncée au paragraphe 169(1) de la Loi et qui s'acquitte de l'obligation contractuelle qui lui incombe.

En ce qui concerne la troisième condition, il fallait prendre en compte le fait que l'intimée était le cotisant clé aux fonds en fiducie et était tenue de payer les honoraires de gestion de placements même s'ils étaient assumés en dernier ressort par les fiduciaires. De même, la situation de fait en l'espèce se

that in *Canada v. 398722 Alberta Ltd.*, wherein it was held that ITCs were not available when fulfilling an obligation to meet another business objective. The pension plans, which the respondent is obligated to maintain, were not simply another business objective. Without the collective agreement, they would not exist. Finally, the Tax Court of Canada did not apply an “economic substance over form” analysis contrary to the principles set out by the Supreme Court of Canada in *Shell Canada Ltd. v. Canada*. Pension plans are not necessarily separate and distinct from other businesses and, in the case at bar, they were an integral component of the respondent’s commercial activities.

distinguaît de celle dans l’affaire *Canada c. 398722 Alberta Ltd.*, où la Cour a statué que les CTI ne pouvaient pas être demandés dans le cadre de l’accomplissement d’une obligation en vue d’un autre objectif commercial. Les régimes de pension, que l’intimée est tenue de maintenir, n’étaient pas simplement un autre objectif commercial. Sans la convention collective, ils n’existeraient pas. Enfin, la Cour canadienne de l’impôt n’a pas appliqué une analyse basée sur la « prééminence de la réalité économique sur l’apparence » contrairement aux principes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Shell Canada Ltd. c. Canada*. Les régimes de pension ne sont pas nécessairement séparés et distincts d’autres activités commerciales et, en l’espèce, ils faisaient partie intégrante des activités commerciales de l’intimée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123(1) “business” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), “commercial activity” (as enacted *idem*; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1), “exempt supply” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12), “financial service” (as enacted *idem*; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1; 2000, c. 30, s. 18; 2006, c. 4, s. 136), “recipient” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10), 169 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 35; 1997, c. 10, ss. 19, 161; 2000, c. 30, s. 28), 191(3) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 56), 267.1 “trust” (as enacted by S.C. 1997, c. 10, s. 73), “trustee” (as enacted *idem*), 296(2.1) (as enacted *idem*, s. 78; 2006, c. 4, s. 151).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 337 (as am. *idem*, ss. 18, 36).

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, s. 1 “administrator”.

#### CASES CITED

##### DISTINGUISHED:

*Canada v. 398722 Alberta Ltd.*, [2000] G.S.T.C. 32, 2000 G.T.C. 4091, 257 N.R. 71 (F.C.A.).

##### CONSIDERED:

*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, (1999) 178 D.L.R. (4th) 26, [1999] C.T.C. 313, 99 DTC 5669.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123(1) « acquéreur » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10) « activité commerciale » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1), « entreprise » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), « fourniture exonérée » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12), « service financier » (édicte, *idem*; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1; 2000, ch. 30, art. 18; 2006, ch. 4, art. 136), 169 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 35; 1997, ch. 10, art. 19, 161; 2000, ch. 30, art. 28), 191(3) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 56), 267.1 « fiduciaire » (édicte par L.C. 1997, ch. 10, art. 73), « fiducie » (édicte, *idem*), 296(2.1) (édicte, *idem*, art. 78; 2006, ch. 4, art. 151).

*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 1 « administrateur ».

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 337 (mod., *idem*, art. 18, 36).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada c. 398722 Alberta Ltd.*, [2000] A.C.F. n° 644 (C.A.) (QL).

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.

## REFERRED TO:

*Canadian Medical Protective Assn. v. Canada*, 2008 TCC 33, [2008] G.S.T.C. 88, 2008 G.T.C. 461; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] W.W.R. 1; *Blanchard v. Canada* (1995), 9 C.C.P.B. 117, [1995] C.T.C. 262, 95 DTC 5479 (F.C.A.); *Minister of National Revenue v. Yonge-Eglinton Building Limited*, [1974] 1 F.C. 637, [1974] C.T.C. 209, [1974] DTC 6180 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2008 TCC 117, 67 C.C.P.B. 290, [2008] G.S.T.C. 41, 2008 G.T.C. 256) finding that the respondent was eligible for input tax credits under subsection 169(1) of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Bonnie F. Moon* for appellant.  
*Alnasir Meghji and Sean C. Aylward* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for respondent.

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

[1] DESJARDINS J.A.: This appeal of a decision of Campbell J. (the Tax Court Judge), *General Motors of Canada Ltd. v. Canada*, 2008 TCC 117, 67 C.C.P.B. 290, was heard consecutively to appeal A-243-08, *Canadian Medical Protective Assn. v. Canada*, 2008 TCC 33, [2008] G.S.T.C. 88, rendered by Bowman C.J.

[2] At issue is whether General Motors of Canada Ltd. (GMCL) was, during the relevant period, eligible for input tax credits (ITCs) under subsection 169(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 35; 1997, c. 10, s. 161] of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act) in respect of GST [Goods and Services Tax] paid to investment managers.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Assoc. canadienne de protection médicale c. Canada*, 2008 CCI 33; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Blanchard c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1045 (C.A.) (QL); *Le ministre du Revenu national c. Yonge-Eglinton Building Limited*, [1974] 1 C.F. 637 (C.A.).

APPEL d'une décision (2008 CCI 117) par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'intimée avait le droit de demander des crédits de taxe sur les intrants en vertu du paragraphe 169(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Bonnie F. Moon* pour l'appelante.  
*Alnasir Meghji et Sean C. Aylward* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.  
*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le présent appel interjeté contre la décision de la juge Campbell (juge de la Cour de l'impôt), *General Motors du Canada Ltée c. Canada*, 2008 CCI 117, a été entendu consécutivement à l'appel A-243-08, à l'encontre d'un jugement rendu par le juge en chef Bowman, *Assoc. canadienne de protection médicale c. Canada*, 2008 CCI 33.

[2] La question à trancher est de savoir si General Motors du Canada Ltée (GMCL) avait, pendant la période en cause, le droit de demander des crédits de taxe sur les intrants (CTI) en vertu du paragraphe 169(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 35; 1997, ch. 10, art. 161] de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), à l'égard de la TPS [Taxe sur les produits et services] payée à des gestionnaires de placements.

[3] If GMCL is not entitled to claim ITCs, the question becomes whether GMCL is entitled to a rebate of GST paid in error pursuant to subsection 296(2.1) [as enacted by S.C. 1997, c. 10, s. 78; 2006, c. 4, s. 151] of the Act, on the basis that the investment services would not be subject to GST at all, since they would be an “exempt supply” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] of a “financial service” [as enacted *idem*; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1; 2000, c. 30, s. 18; 2006, c. 4, s. 136] as defined in subsection 123(1) of the Act.

[4] The Tax Court Judge found that GMCL was eligible for the ITCs based on the three-prong test of subsection 169(1), namely (1) that GMCL acquired the supply (the investment management services), (2) that the GST was payable or paid by GMCL on the supply (the investment management services) and (3) that the supply (the investment management services) was acquired for consumption or use in the course of GMCL’s commercial activities.

[5] The Tax Court Judge rejected GMCL’s submission that it was entitled to a rebate for GST paid in error. She found that the services of investment managers did not involve the exempt financial service of buying and selling securities or arranging for such buying and selling.

[6] The appellant (the Crown) appeals on the first issue. The respondent raises the second issue as an alternative in the event that we decide the first issue in favour of the Crown.

#### THE FACTS

[7] The facts are not in dispute. A detailed description can be found in the reported decision of the Tax Court Judge. For the purpose of this appeal, the salient facts follow.

[8] GMCL is engaged in the business of manufacturing, assembling and selling cars and trucks. In addition, it is the administrator of the pension plans of its employees.

[3] Si GMCL n’a pas le droit de demander des CTI, la question à trancher devient alors celle de savoir si GMCL a droit à un remboursement de la TPS payée par erreur, conformément au paragraphe 296(2.1) [édicte par L.C. 1997, ch. 10, art. 78; 2006, ch. 4, art. 151] de la Loi, au motif que les services de placements ne seraient pas du tout assujetties à la TPS, vu qu’ils constitueraient une « fourniture exonérée » [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] [soit un « service financier » (édicte, *idem*; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1; 2000, ch. 30, art. 18; 2006, ch. 4, art. 136)] au sens du paragraphe 123(1) de la Loi.

[4] La juge de la Cour de l’impôt a conclu que GMCL avait droit aux CTI en se fondant sur le critère à trois volets énoncé au paragraphe 169(1), à savoir 1) que GMCL a acquis la fourniture (les services de gestion de placements), 2) que la TPS était payable ou avait été payée par GMCL à l’égard de la fourniture (les services de gestion de placements) et 3) que la fourniture (les services de gestion de placements) a été acquise pour consommation ou utilisation dans le cadre des activités commerciales de GMCL.

[5] La juge de la Cour de l’impôt a rejeté la prétention de GMCL selon laquelle elle avait droit à un remboursement de la TPS payée par erreur. La juge a conclu que les services des gestionnaires de placements ne comportaient pas un service financier exonéré d’achat et de vente de titres ou la prise de mesures aux fins d’achat et de vente de titres.

[6] L’appelante (la Couronne) interjette appel sur la première question. L’intimée soulève la deuxième question à titre subsidiaire pour le cas où nous trancherions la première question en faveur de la Couronne.

#### LES FAITS

[7] Les faits ne sont pas contestés. La décision de la juge de la Cour de l’impôt en contient une description détaillée. Aux fins du présent appel, voici les faits saillants.

[8] GMCL s’occupe de la fabrication, de l’assemblage et de la vente d’automobiles et de camions. De plus, GMCL est l’administrateur des régimes de pension de ses employés.

[9] There are two registered pension plans: the Hourly Plan and the Salaried Plan (the plans). The Hourly Plan was created pursuant to the terms of a collective agreement between GMCL and the National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada for the benefit of GMCL's hourly employees. The Hourly Plan is a single employer plan funded by employer contributions only. The Salaried Plan for the salaried employees of GMCL and certain affiliated corporations of GMCL is funded primarily by employer contributions with a very small portion funded by the employees.

[10] As administrator of these plans, GMCL's responsibilities include the calculation and payment of pension entitlements and the disclosure of information to the members of the respective plans. GMCL also submits filings and accurate reports, it invests the assets, it ensures that all required contributions are made and that the fees and expenses are reasonable.

[11] The plans are funded through trusts which hold and invest the assets of the plans. For each of the plans, the relevant Master Trust arrangements are two-tiered. Firstly, GMCL pays into the Master Trusts the required contributions for each plan. Secondly, the funds in each of the Master Trusts are invested in units of Unitized Trusts.

[12] Royal Trust Company of Canada Limited (Royal Trust) is appointed as trustee of the Master Trusts and the Unitized Trusts. Royal Trust takes bare legal title to the assets of the Unitized Trusts and discharges various duties, including maintaining custody, safekeeping and registration of securities, transferring funds and processing information from third parties.

[13] GMCL retains investment managers in order to manage the investment funds within one or more

[9] Il s'agit de deux régimes de pension agréés : le régime des employés horaires et le régime des employés salariés (les régimes). Le régime des employés horaires a été créé conformément aux dispositions d'une convention collective conclue entre GMCL et le Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada au profit des employés horaires de GMCL. C'est un régime à employeur unique financé au moyen des contributions patronales seulement. Le régime des employés salariés à l'intention des employés salariés de GMCL et de certaines sociétés membres du groupe GM est principalement financé au moyen de cotisations patronales, les employés finançant de leur côté ce régime dans une proportion minime.

[10] Les responsabilités de GMCL en sa qualité d'administrateur de ces régimes comprennent le calcul des droits à pension, le paiement des prestations de pension et la communication de renseignements aux participants aux régimes concernés. GMCL se charge également du dépôt des documents nécessaires et des rapports rigoureux, du placement des actifs et elle veille à ce que toutes les cotisations nécessaires soient effectuées et à ce que les honoraires et les dépenses soient raisonnables.

[11] Les régimes sont financés par l'entremise de fiducies qui détiennent et placent leurs actifs. Pour chacun des régimes de pension, les arrangements pertinents pris à l'égard de la fiducie principale comportent deux volets. En premier lieu, GMCL verse dans les fiducies principales les cotisations requises à l'égard de chacun des régimes. En second lieu, les fonds qui sont détenus dans chacune des fiducies principales sont placés dans des parts de fiducies d'investissement à participation unitaire.

[12] La Société Royal Trust du Canada Limitée (Royal Trust) est nommée fiduciaire des fiducies principales et des fiducies d'investissement à participation unitaire. Royal Trust a un simple titre juridique sur les actifs des fiducies d'investissement à participation unitaire et s'acquitte de diverses tâches, notamment la garde et l'enregistrement des titres, le transfert des fonds et le traitement de l'information fournie par des tiers.

[13] GMCL retient les services de gestionnaires de placements pour qu'ils gèrent le placement des fonds

investment asset classes. Its powers and duties as administrator originate in a number of constating documents. In addition, Ontario's *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (the OPBA), imposes specific statutory responsibilities on GMCL.

[14] The responsibilities of the investment managers are described in the following terms by the respondent at paragraph 13 of its memorandum of fact and law:

The Investment Management Agreements pursuant to which the Investment Managers were retained provided that the Investment Managers had, among other things, full discretion to purchase, receive or subscribe for securities, to retain in trust such securities, to purchase, enter, sell, hold and generally deal in any manner in and with contracts for the immediate or future delivery of financial instruments, and to convert monies into Canadian and foreign currencies, subject to certain prudential investment guidelines determined by GMCL which governed the nature and/or extent of investment which Investment Managers could undertake in the context of their power as fully discretionary Investment Managers.

[15] An Investment Management Agreement is entered into between GMCL and each individual investment manager. In each case, GMCL is the person liable under the Investment Management Agreement to pay both the consideration for the supply of services by the investment managers and the GST payable on such consideration.

[16] The investment managers are entitled to receive a fee determined as per a separate agreement between GMCL and each investment manager.

[17] The separate agreements confirm that fees will be calculated based on a percentage of the market value of the assets under management. The agreements provide that "invoices should be sent quarterly for approval to" and specify an employee of GMCL.

[18] Section 2 of the Hourly Supplemental Agreement, Articles 16 and 17 of the Salaried Plan, the Seventh Article of the Master Trust Agreements and the Thirteenth Article of the Unitized Trust Agreements set out the mechanism for payment of the cost of administration of the plans as being:

dans l'une ou l'autre des catégories d'actifs. Les pouvoirs et les obligations de GMCL sont énoncés dans plusieurs de ses actes constitutifs. De plus, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (la LRRO), de l'Ontario, impose des responsabilités légales précises à GMCL.

[14] Les responsabilités des gestionnaires de placements sont ainsi décrites par l'intimée au paragraphe 13 de son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION] Les conventions de gestion de placements aux termes desquelles les services de gestionnaires de placements ont été retenus prévoyaient que les gestionnaires de placements pouvaient à leur discrétion, entre autres, acheter, recevoir ou souscrire des titres, conserver de tels titres en fiducie, acheter, conclure et détenir des contrats, et d'une façon générale s'occuper sur le plan contractuel de contrats en vue de la livraison immédiate ou future d'instruments financiers, ainsi que de convertir les sommes en cause en devises canadiennes et en devises étrangères, pouvoir limité par certaines directives établies par GMCL et qui régissaient la nature et l'étendue des placements dans le cadre du pouvoir discrétionnaire absolu conféré aux gestionnaires de placements.

[15] GMCL a conclu une convention de gestion de placements avec chaque gestionnaire individuel. Dans chaque cas, GMCL est la personne tenue, aux termes de la convention, de payer la contrepartie afférente à la fourniture des services rendus par les gestionnaires ainsi que la TPS payable sur ces services.

[16] Les gestionnaires de placements ont le droit de toucher des honoraires fixés conformément à une entente distincte conclue entre GMCL et chacun d'entre eux.

[17] Les ententes distinctes confirment que les honoraires seront calculés selon un pourcentage de la valeur marchande des actifs sous gestion. Elles prévoient que [TRADUCTION] « les factures doivent être envoyées pour approbation tous les trois mois à » et désignent un employé de GMCL.

[18] La partie 2 de la convention supplémentaire sur le régime des employés horaires, les articles 16 et 17 du régime des employés salariés, le septième article des conventions de fiducie principale et le treizième article des conventions de fiducie d'investissement à participation unitaire traitent du mécanisme adopté aux fins de

- a. payment directly by GMCL to the investment manager, with reimbursement directed to GMCL from the Plan Trust; or
- b. payment directly by the relevant Plan Trust to the investment manager upon the direction of GMCL.
- a. le paiement direct par GMCL au gestionnaire de placements, la fiducie devant rembourser GMCL; ou
- b. le paiement direct par la fiducie pertinente au gestionnaire de placements, sur demande de GMCL.

[19] The investment management fees are recorded as expenses of the trusts.

[19] Les honoraires de gestion de placements sont indiqués à titre de dépenses des fiducies.

[20] At the material times, the investment managers invoiced GMCL directly for a “supply” of investment management services on which the investment managers collected GST from GMCL.

[20] Durant la période en cause, les gestionnaires ont facturé directement GMCL pour la « fourniture » des services de gestion de placements pour lesquels ils ont perçu la TPS.

[21] GMCL paid the invoices by directing payment from the Plan Trusts.

[21] GMCL payait les factures par les fiducies de régime.

#### DECISION OF THE CANADA REVENUE AGENCY

#### DÉCISION DE L'AGENCE DU REVENU DU CANADA

[22] GMCL obtained an advance GST ruling (the ruling) from the Canada Revenue Agency (CRA) concerning its entitlement to claim an input tax credit in respect of the investment management services. In the ruling, the CRA acknowledged that GMCL was the only person “liable to pay” the investment manager and was, therefore, the “recipient” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10] of the services as that term is defined in subsection 123(1) of the Act. In addition, the CRA also acknowledged in the ruling that GMCL was the person who “acquired” the investment management services. The sole reason given by the CRA in rejecting GMCL’s input tax credit claim was that GMCL did not acquire investment management services for consumption, use or supply in the course of its commercial activities. The ruling read in relevant part as follows (A.B., Vol. 5, Tab 6(D), pages 1162–1163):

[22] GMCL a obtenu une décision anticipée sur la TPS (la décision) de l’Agence du revenu du Canada (ARC) concernant son droit de réclamer un crédit de taxe sur les intrants pour les services de gestion de placements. Dans la décision, l’ARC a admis que GMCL était l’unique personne « tenue de payer » les gestionnaires de placements et qu’elle était donc l’« acquéreur » [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10] des services de gestion de placements selon la définition figurant au paragraphe 123(1) de la Loi. L’ARC a également admis que GMCL était la personne qui a « acquis » les services de gestion de placements. Le seul motif donné pour refuser à GMCL le crédit de taxe sur les intrants était que celle-ci n’a pas acquis les services de gestion de placements pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales. Les passages pertinents de la décision sont rédigés comme suit (dossier d’appel, vol. 5, onglet 6(D), pages 1162 et 1163) :



[TRADUCTION]

## RULING GIVEN

...

Based on the facts above, we rule that:

...

2. GMCL is not entitled to claim ITCs with respect to investment management services that it has procured under agreements with investment managers because these services are acquired by GMCL solely for consumption by the registered pension trusts resident in Canada....

## EXPLANATION

...

When contracting for the supply of services to the trusts, prior to April 18, 2000, GMCL as the person liable under the agreement to pay the consideration for the supply of investment management services, is the ‘recipient’, under the terms of the ETA, of the investment management services....

Section 165 imposes GST/HST on the “recipient” of a “taxable supply”. The supplies from the investment managers to GMCL are taxable supplies and GMCL is liable for the GST/HST relating to these supplies. Subsection 169(1) sets out the general rule for ITCs. GMCL is not entitled to claim input tax credits (ITCs) with respect to investment management services procured by virtue of agreements with investment managers because, GMCL as the administrator of the GMCL pension plans, has acquired the investment managers’ services for use otherwise than in the course of GMCL’s commercial activities. The terms of the investment agreements clearly indicate that the services provided by the investment managers are to be provided in relation to the trust assets, through direct communication with the custodial trustee, and that the parties intend that the services be for use by the trusts as set out in each of the IMAs, viz., “the consummation of all purchases, sales, deliveries and investments made pursuant to the investment manager’s direction, in accordance with the terms of this agreement, shall rest with Royal Trust and its sub custodian.” GMCL obtains these services in order to fulfil its responsibilities under paragraph 22(1)(a) of the Ontario Pension Benefits Act, which sets out that the administrator of a pension plan has a fiduciary duty relating to the administration and investment of the pension fund. For these reasons, it is our view that the services are

## DÉCISION

[...]

Compte tenu des faits susmentionnés, notre décision est la suivante :

[...]

2. GMCL n’a pas le droit de demander des CTI à l’égard des services de gestion de placements qu’elle obtient en vertu de conventions conclues avec des gestionnaires de placements parce que ces services sont acquis par GMCL uniquement pour consommation par les fiducies de pension agréées résidant au Canada [...]

## EXPLICATION

[...]

En concluant un contrat en vue de la fourniture de services aux fiducies, avant le 18 avril 2000, GMCL, en sa qualité de personne redevable, aux termes de la convention, du paiement de la contrepartie afférente à la fourniture des services de gestion de placements, est l’« acquéreur » des services de gestion de placements en vertu des dispositions de la LTA [...]

L’article 165 impose la TPS/TVH à l’« acquéreur » d’une « fourniture taxable ». Les fournitures effectuées par les gestionnaires de placements en faveur de GMCL sont des fournitures taxables, et GMCL est redevable de la TPS/TVH se rapportant à ces fournitures. Le paragraphe 169(1) énonce la règle générale applicable aux crédits de taxe sur les intrants (les « CTI »). GMCL n’a pas le droit de demander des CTI à l’égard de services de gestion de placements obtenus en vertu de conventions de gestion de placements parce que GMCL, en sa qualité d’administrateur des régimes de pension de GMCL, a acquis les services des gestionnaires de placements pour une utilisation autre que dans le cadre de ses activités commerciales. Les modalités des conventions de placements indiquent clairement que les services des gestionnaires de placements devront être fournis à l’égard des actifs de la fiducie, par communication directe avec le fiduciaire assurant la garde des actifs, et que les parties ont l’intention de laisser les fiducies utiliser les services comme il est énoncé dans chacune des conventions de gestion de placements, à savoir « la réalisation de l’ensemble des achats, ventes, livraisons et placements effectués sur demande du gestionnaire de placements, conformément aux dispositions de la présente convention, relève de Royal Trust et de ses sous-dépositaires ». GMCL acquiert ces services afin de s’acquitter des responsabilités qui lui incombent en

acquired by GMCL in its role as administrator of the trusts, solely for consumption by the trusts, in the hands of the custodial trustee, and not for use, consumption or supply by GMCL in the course of GMCL's commercial activities. [Emphasis added.]

[23] In 2001, GMCL claimed input tax credits of \$861 366.82 for GST on investment managers' fees for services rendered from November 1, 1997 to December 31, 1999. The claim was disallowed by the CRA by notice of assessment dated November 26, 2003.

#### THE RELEVANT LEGISLATION

[24] The general rule for ITC entitlement is found in section 169 of the Act. The relevant parts are the following:

**169.** (1) Subject to this Part, where a person acquires or imports property or a service or brings it into a participating province and, during a reporting period of the person during which the person is a registrant, tax in respect of the supply, importation or bringing in becomes payable by the person or is paid by the person without having become payable, the amount determined by the following formula is an input tax credit of the person in respect of the property or service for the period:

$$A \times B$$

where

A is the tax in respect of the supply, importation or bringing in, as the case may be, that becomes payable by the person during the reporting period or that is paid by the person during the period without having become payable; and

B is

(a) where the tax is deemed under subsection 202(4) to have been paid in respect of the property on the last day of a taxation year of the person, the extent (expressed as a percentage of the total use of the property in the course of commercial activities and businesses of the person during that taxation

vertu de l'alinéa 22(1)a) de la *Loi sur les régimes de retraite de l'Ontario*, qui prévoit que l'administrateur d'un régime de retraite a une obligation fiduciaire en ce qui concerne l'administration et le placement des fonds de la caisse de retraite. Pour ces motifs, nous sommes d'avis que les services sont acquis par GMCL en sa qualité d'administrateur des fiducies, uniquement pour consommation par les fiducies, à la disposition du fiduciaire assurant la garde des actifs, et non pour utilisation, consommation ou fourniture par GMCL dans le cadre de ses activités commerciales. [Non souligné dans l'original.]

[23] En 2001, GMCL a demandé des crédits de taxe sur les intrants de 861 366,82 \$ pour la TPS payée sur les honoraires des gestionnaires de placements pour les services rendus entre le 1<sup>er</sup> novembre 1997 et le 31 décembre 1999. L'ARC a refusé la demande par avis de cotisation daté du 26 novembre 2003.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[24] La règle générale applicable à l'admissibilité aux CTI est énoncée à l'article 169 de la Loi. Les dispositions pertinentes sont libellées comme suit :

**169.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, un crédit de taxe sur les intrants d'une personne, pour sa période de déclaration au cours de laquelle elle est un inscrit, relativement à un bien ou à un service qu'elle acquiert, importe ou transfère dans une province participante, correspond au résultat du calcul suivant si, au cours de cette période, la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable :

$$A \times B$$

où :

A représente la taxe relative à la fourniture, à l'importation ou au transfert, selon le cas, qui, au cours de la période de déclaration, devient payable par la personne ou est payée par elle sans qu'elle soit devenue payable;

B :

a) dans le cas où la taxe est réputée, par le paragraphe 202(4), avoir été payée relativement au bien le dernier jour d'une année d'imposition de la personne, le pourcentage que représente l'utilisation que la personne faisait du bien dans le cadre de ses activités commerciales au cours de cette

year) to which the person used the property in the course of commercial activities of the person during that taxation year,

(b) where the property or service is acquired, imported or brought into the province, as the case may be, by the person for use in improving capital property of the person, the extent (expressed as a percentage) to which the person was using the capital property in the course of commercial activities of the person immediately after the capital property or a portion thereof was last acquired or imported by the person, and

(c) in any other case, the extent (expressed as a percentage) to which the person acquired or imported the property or service or brought it into the participating province, as the case may be, for consumption, use or supply in the course of commercial activities of the person. [Emphasis added.]

[25] “Commercial activity” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1] is defined in subsection 123(1) of the Act as:

**123. (1) ...**

“commercial activity” of a person means

(a) a business carried on by the person (other than a business carried on without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals), except to the extent to which the business involves the making of exempt supplies by the person,

(b) an adventure or concern of the person in the nature of trade (other than an adventure or concern engaged in without a reasonable expectation of profit by an individual, a personal trust or a partnership, all of the members of which are individuals), except to the extent to which the adventure or concern involves the making of exempt supplies by the person, and

(c) the making of a supply (other than an exempt supply) by the person of real property of the person, including anything done by the person in the course of or in connection with the making of the supply;

[26] The term “business” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] is also defined in subsection 123(1) of the Act:

année par rapport à l’utilisation totale qu’elle en faisait alors dans le cadre de ses activités commerciales et de ses entreprises;

b) dans le cas où le bien ou le service est acquis, importé ou transféré dans la province, selon le cas, par la personne pour utilisation dans le cadre d’améliorations apportées à une de ses immobilisations, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne utilisait l’immobilisation dans le cadre de ses activités commerciales immédiatement après sa dernière acquisition ou importation de tout ou partie de l’immobilisation;

c) dans les autres cas, le pourcentage qui représente la mesure dans laquelle la personne a acquis ou importé le bien ou le service, ou l’a transféré dans la province, selon le cas, pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre de ses activités commerciales. [Je souligne.]

[25] La notion d’« activité commerciale » [éditée par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1] est définie au paragraphe 123(1) de la Loi comme suit :

**123. (1) [...]**

« activité commerciale » Constituent des activités commerciales exercées par une personne :

a) l’exploitation d’une entreprise (à l’exception d’une entreprise exploitée sans attente raisonnable de profit par un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l’ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où l’entreprise comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées;

b) les projets à risque et les affaires de caractère commercial (à l’exception de quelque projet ou affaire qu’entreprend, sans attente raisonnable de profit, un particulier, une fiducie personnelle ou une société de personnes dont l’ensemble des associés sont des particuliers), sauf dans la mesure où le projet ou l’affaire comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées;

c) la réalisation de fournitures, sauf des fournitures exonérées, d’immeubles appartenant à la personne, y compris les actes qu’elle accomplit dans le cadre ou à l’occasion des fournitures.

[26] Le terme « entreprise » [édité par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] est également défini au paragraphe 123(1) de la Loi :

**123. (1) ...**

“business” includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever, whether the activity or undertaking is engaged in for profit, and any activity engaged in on a regular or continuous basis that involves the supply of property by way of lease, licence or similar arrangement, but does not include an office or employment;

[27] Section 267.1 [as enacted by S.C. 1997, c. 10, s. 73] of the Act reads thus:

**267.1 (1)** The definitions in this subsection apply in this section and in sections 268 to 270.

“trust” includes the estate of a deceased individual.

“trustee” includes the personal representative of a deceased individual, but does not include a receiver (within the meaning assigned by subsection 266(1)).

(2) Subject to subsection (3), each trustee of a trust is liable to satisfy every obligation imposed on the trust under this Part, whether the obligation was imposed during or before the period during which the trustee acts as trustee of the trust, but the satisfaction of an obligation of a trust by one of the trustees of the trust discharges the liability of all other trustees of the trust to satisfy that obligation.

(3) A trustee of a trust is jointly and severally liable with the trust and each of the other trustees, if any, for the payment or remittance of all amounts that become payable or remittable by the trust under this Part before or during the period during which the trustee acts as trustee of the trust except that

(a) the trustee is liable for the payment or remittance of amounts that became payable or remittable before the period only to the extent of the property and money of the trust under the control of the trustee; and

(b) the payment or remittance by the trust or the trustee of an amount in respect of the liability discharges the joint liability to the extent of that amount.

(4) The Minister may, in writing, waive the requirement for the personal representative of a deceased individual to file a return for a reporting period of the individual ending on or before the day the individual died.

**123. (1) [...]**

« entreprise » Sont compris parmi les entreprises les commerces, les industries, les professions et toutes affaires quelconques avec ou sans but lucratif, ainsi que les activités exercées de façon régulière ou continue qui comportent la fourniture de biens par bail, licence ou accord semblable. En sont exclus les charges et les emplois.

[27] L'article 267.1 [édicte par L.C. 1997, ch. 10, art. 73] de la Loi prévoit ce qui suit :

**267.1 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 268 à 270.

« fiduciaire » Est assimilé à un fiduciaire le représentant personnel d'une personne décédée. N'est pas un fiduciaire le séquestre au sens du paragraphe 266(1).

« fiducie » Sont comprises parmi les fiducies les successions.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), le fiduciaire d'une fiducie est tenu d'exécuter les obligations imposées à la fiducie en vertu de la présente partie, indépendamment du fait qu'elles aient été imposées pendant la période au cours de laquelle il agit à titre de fiduciaire de la fiducie ou antérieurement. L'exécution d'une obligation de la fiducie par l'un de ses fiduciaires libère les autres fiduciaires de cette obligation.

(3) Le fiduciaire d'une fiducie est solidairement tenu avec la fiducie et, le cas échéant, avec chacun des autres fiduciaires au paiement ou au versement des montants qui deviennent à payer ou à verser par la fiducie en vertu de la présente partie pendant la période au cours de laquelle il agit à ce titre ou avant cette période. Toutefois :

a) le fiduciaire n'est tenu au paiement ou au versement de montants devenus à payer ou à verser avant la période que jusqu'à concurrence des biens et de l'argent de la fiducie qu'il contrôle;

b) le paiement ou le versement par la fiducie ou le fiduciaire d'un montant au titre de l'obligation éteint d'autant la responsabilité solidaire.

(4) Le ministre peut, par écrit, dispenser le représentant personnel d'une personne décédée de la production d'une déclaration pour une période de déclaration de la personne qui se termine au plus tard le jour de son décès.

(5) For the purposes of this Part, where a person acts as trustee of a trust,

(a) anything done by the person in the person's capacity as trustee of the trust is deemed to have been done by the trust and not by the person; and

(b) notwithstanding paragraph (a), where the person is not an officer of the trust, the person is deemed to supply a service to the trust of acting as a trustee of the trust and any amount to which the person is entitled for acting in that capacity that is included in computing, for the purposes of the *Income Tax Act*, the person's income or, where the person is an individual, the person's income from a business, is deemed to be consideration for that supply.

#### THE STANDARD OF REVIEW

[28] The appellant claims that the standard of review to be applied is correctness since the issues at stake are questions of law (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8 ff.). The respondent claims that the question as to whether the services were acquired by GMCL for use in its commercial activity has a substantial factual component to it. Consequently, the standard to be applied is whether the Tax Court Judge has made a palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 26 ff.).

[29] I agree with both with the qualifier that although issues of law have been raised in argument, particularly with regard to the concept of trust, this case rests far more on the application of the law to the facts and on the evidence adduced before the Tax Court Judge.

#### DECISION OF THE TAX COURT JUDGE

[30] At paragraph 30 of her reasons, the Tax Court Judge set the three conditions which must be satisfied in order for GMCL to be eligible to claim an ITC:

(1) The claimant (GMCL) must have acquired the supply (the Investment Management Services);

(5) Les présomptions suivantes s'appliquent dans le cadre de la présente partie lorsqu'une personne agit à titre de fiduciaire d'une fiducie :

a) tout acte qu'elle accomplit à ce titre est réputé accompli par la fiducie et non par elle;

b) malgré l'alinéa a), si elle n'est pas un cadre de la fiducie, elle est réputée fournir à celle-ci un service de fiduciaire et tout montant auquel elle a droit à ce titre et qui est inclus, pour l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, dans le calcul de son revenu ou, si elle est un particulier, dans le calcul de son revenu tiré d'une entreprise est réputé être un montant au titre de la contrepartie de cette fourniture.

#### NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE

[28] L'appelante soutient que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte étant donné que les questions en litige sont des questions de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8 et suiv.). L'intimée soutient que la question de savoir si les services ont été acquis par GMCL pour utilisation dans le cadre de ses activités commerciales comporte une composante factuelle importante. Par conséquent, la norme de contrôle applicable est de savoir si la juge de la Cour de l'impôt a commis une erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 26 et suiv.).

[29] Je souscris aux deux arguments, étant entendu que, bien que des questions de droit aient été soulevées, en particulier en ce qui touche le concept de fiducie, la présente affaire repose davantage sur l'application du droit aux faits et sur la preuve présentée devant la juge de la Cour de l'impôt.

#### DÉCISION DE LA JUGE DE LA COUR DE L'IMPÔT

[30] Au paragraphe 30 de ses motifs, la juge de la Cour de l'impôt a énoncé les trois conditions à remplir pour que GMCL ait le droit de demander un CTI :

(1) La personne qui fait la demande (GMCL) doit avoir acquis la fourniture (les services de gestion de placements);

(2) The GST must be payable or was paid by the claimant (GMCL) on the supply (the Investment Management Services);

(3) The claimant (GMCL) must have acquired the supply (the Investment Management Services) for consumption or use in the course of its commercial activity. [Emphasis in original.]

[31] She found that GMCL met the three conditions.

[32] The appellant submits she erred in doing so.

#### ANALYSIS

(1) The claimant (GMCL) must have acquired the supply (the Investment Management Services).

[33] With regard to the first condition, the appellant argued before the Tax Court Judge and before us that the acts performed by GMCL, in acquiring the services, are deemed by section 267.1 of the Act to be acts of the Plan Trusts. Therefore, GMCL is not entitled to claim input tax credits in respect of such Plan Trust expenses.

[34] The issue then becomes “whether GMCL should be considered a trustee so that section 267.1 can apply” (paragraph 38 of the Tax Court Judge’s reasons for judgment).

[35] The respondent claims that the application of section 267.1 of the Act was not specifically indicated as a statutory provision relied on by the Crown in its reply to the appellant’s notice of appeal before the Tax Court (A.B., Vol. 1, Tab 6(A)(2), at page 69) and that it is only before us, in her notice of appeal, that the Crown raised specifically the fact that the Tax Court Judge erred in law in the interpretation of sections 169 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 35; 1997, c. 10, ss. 19, 161; 2000, c. 30, s. 28] and 267.1 of the Act (A.B., Vol. 1, Tab 1).

(2) La TPS doit être payable ou avoir été payée par la personne qui fait la demande (GMCL) à l’égard de la fourniture (les services de gestion de placements);

(3) La personne qui fait la demande (GMCL) doit avoir acquis la fourniture (les services de gestion de placements) pour consommation ou utilisation dans le cadre de ses activités commerciales. [Souligné dans l’original.]

[31] La juge a conclu que GMCL a rempli les trois conditions.

[32] L’appelante soutient que la juge a commis une erreur en tirant cette conclusion.

#### ANALYSE

1) La personne qui fait la demande (GMCL) doit avoir acquis la fourniture (les services de gestion de placements).

[33] En ce qui concerne la première condition, l’appelante a fait valoir devant la juge de la Cour de l’impôt et devant nous que les actes que GMCL a accomplis en acquérant les services sont réputés, en vertu de l’article 267.1 de la Loi, être des actes posés par les fiducies de régime. Par conséquent, GMCL n’a pas le droit de demander des crédits de taxe sur les intrants à l’égard de tels frais relatifs à une fiducie de régime.

[34] Il s’agit alors de savoir « si GMCL doit être considérée comme un fiduciaire, de façon que l’article 267.1 puisse s’appliquer » (paragraphe 38 des motifs du jugement de la juge de la Cour de l’impôt).

[35] L’intimée soutient que la Couronne n’a pas expressément soulevé la question de l’application de l’article 267.1 de la Loi dans sa réponse à son avis d’appel devant la Cour de l’impôt (dossier d’appel, vol. 1, onglet 6(A)(2), à la page 69), et que c’est seulement devant nous, dans son avis d’appel, que la Couronne a plaidé expressément que la juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit dans l’interprétation des articles 169 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 35; 1997, ch. 10, art. 19, 161; 2000, ch. 30, art. 28] et 267.1 de la Loi (dossier d’appel, vol. 1, onglet 1).

[36] It is unclear whether the respondent raised before the Tax Court this flaw in the Crown's proceedings. What is clear is that the Tax Court Judge did not discuss it in her reasons.

[37] Before us, the Crown's proceedings, in conformity with rule 337 [as am. by SOR/2004-283, ss. 18, 36] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. *idem*, s. 2)], indicate that the Crown relies on section 267.1 of the Act. Since the matter was not raised before the Tax Court, where the defect originated and where it should have been dealt with, I need not indulge further on this procedural dispute.

[38] The Tax Court Judge found (at paragraph 42 of her reasons) that section 267.1 of the Act had no application. She wrote that there was no evidence produced during the hearing that would suggest that GMCL took title, legal or otherwise, to the assets under the deed of trust. She found that the trust agreements expressly established Royal Trust as the trustee. GMCL's role in relation to the trusts was of an administrator, as defined and contemplated under the OPBA. It did not include, nor was it intended to include, the role of trustee in relation to the trusts. For the purposes of section 267.1 of the Act, the role of GMCL was that of an administrator to these plans. The roles and respective duties of GMCL, as administrator, and Royal Trust, as the trustee, were entirely separate. She noted that while GMCL may have exercised some fiduciary duties as the plan's administrator, this did not mean that GMCL was a trustee to the trust. She concluded that it was GMCL which contracted for and acquired the services of the investment managers. She said:

Section 267.1 has no application here. There was no evidence produced during the hearing that would suggest that GMCL took title, legal or otherwise, to the assets under the deed of trust. All of the Agreements reference Royal Trust as the legal title holder. Thus GMCL cannot fall within the ambit of the definition of trustee. The trust agreements expressly established Royal Trust as the trustee. Clearly GMCL's role, in relation to the trusts, was as an administrator, as defined and contemplated

[36] On ne sait pas avec certitude si l'intimée a soulevé devant la Cour de l'impôt cette lacune dans les actes de procédure de la Couronne. Ce qu'on sait c'est que la juge de la Cour de l'impôt n'en a pas traité dans ses motifs.

[37] Devant notre Cour, l'acte de procédure de la Couronne, conformément à la règle 337 [mod. par DORS/2004-283, art. 18, 36] des *Règles des Cours fédérale*, DORS/98-106 [règle 1 (mod., *idem*, art. 2)], indique que la Couronne se fonde sur l'article 267.1 de la Loi. Étant donné que cette question n'a pas été soulevée devant la juge de la Cour de l'impôt, là où le vice s'est présenté et où il aurait dû être abordé, il n'est pas nécessaire de me pencher davantage sur ce différend procédural.

[38] La juge de la Cour de l'impôt a conclu (au paragraphe 42 de ses motifs) que l'article 267.1 ne s'appliquait pas. Elle a écrit que, au cours de l'audience, on n'a produit aucun élément de preuve donnant à entendre que GMCL acquerrait un titre, en common law ou autre, sur les actifs aux termes de l'acte de fiducie. Elle a conclu que les conventions de fiducie désignaient expressément Royal Trust à titre de fiduciaire. GMCL agissait comme administrateur en ce qui concerne les fiducies, tel que ce terme est défini et envisagé en vertu de la LRRO. Cela ne comprenait pas, et ne devait pas comprendre, les fonctions de fiduciaire à l'égard des fiducies. Pour l'application de l'article 267.1, GMCL agissait comme administrateur de ces régimes. Les tâches et fonctions respectives de GMCL, en sa qualité d'administrateur, et de Royal Trust, en sa qualité de fiduciaire, étaient tout à fait distinctes. La juge a précisé que GMCL exerçait peut-être certaines fonctions fiduciaires en sa qualité d'administrateur du régime, mais que cela ne voulait pas dire qu'elle était fiduciaire de la fiducie. La juge a conclu que c'était GMCL qui avait conclu les contrats concernant les services des gestionnaires de placements et qui avait acquis ces services. Elle a affirmé ce qui suit :

L'article 267.1 ne s'applique pas en l'espèce. Au cours de l'audience, on n'a produit aucun élément de preuve donnant à entendre que GMCL acquerrait le titre, légal ou autre, afférent aux actifs, aux termes de l'acte de fiducie. Dans toutes les conventions, Royal Trust est désignée à titre de détenteur du titre légal. GMCL ne peut donc pas être visée par la définition du mot « fiduciaire ». Les conventions de fiducie désignaient expressément Royal Trust à titre de fiduciaire. De toute

under the *OPBA*. It did not include, nor was it intended to include, the role of trustee in relation to the trusts. For the purposes of section 267.1, the role of GMCL was that of an administrator to these plans. The roles and respective duties of GMCL, as administrator, and Royal Trust, as the trustee, were entirely separate. While GMCL may have exercised some fiduciary duties as the plan's administrator, that does not mean that GMCL was a trustee of the trust. The only trustee of these pension plans can be Royal Trust, the Custodial Trustee, which, according to the definition of "trustee" and the evidence, holds legal title. Consequently, it was GMCL that contracted for and acquired the services of the Investment Managers.

[39] In view of her finding based on the evidence, I find no reviewable error in her first conclusion.

(2) The GST must be payable or was paid by the claimant (GMCL) on the supply (the Investment Management Services).

[40] With regard to the second condition, namely, whether GST was payable or was paid by GMCL, the Tax Court Judge proceeded with an analysis of the mode of payment provided in the various agreements. She concluded, at paragraph 57 of her reasons, that although GMCL resupplied the investment services to the trusts, and despite a reimbursement to GMCL by the Trust in the event that GMCL paid these fees directly, GMCL was still the person liable for payment of the supply of these services by the investment managers, pursuant to the terms of the agreements between GMCL and the investment managers.

[41] What she said, at paragraphs 54 and 57, is the following:

Contractually, GMCL is the only party that carried the liability to pay this consideration to the Investment Managers. The Investment Management and Fee Agreements are definitive on this point. The Investment Managers invoiced only GMCL. Generally, liability crystallizes upon the issuance of an invoice. If GMCL did not pay the invoice, the Managers could sue only GMCL, not the Plan Trust. Only GMCL is liable to pay these invoices. Since the trust was never vested with responsibility for managing the assets, it had no requirement for the services of Investment Managers. The Managers can look only to GMCL

évidence, en ce qui concerne les fiducies, GMCL agissait comme administrateur, tel que ce terme est défini et envisagé en vertu de la LRRO. Cela ne comprenait pas, et ne devait pas comprendre, les fonctions de fiduciaire à l'égard des fiducies. Pour l'application de l'article 267.1, GMCL agissait comme administrateur de ces régimes. Les tâches et fonctions respectives de GMCL, en sa qualité d'administrateur, et de Royal Trust, en sa qualité de fiduciaire, étaient tout à fait distinctes. GMCL exerçait peut-être bien certaines fonctions fiduciaires en sa qualité d'administrateur du régime, mais cela ne veut pas dire qu'elle était fiduciaire de la fiducie. Le seul fiduciaire de ces régimes de pension peut être Royal Trust, le fiduciaire assurant la garde des actifs qui, selon la définition du mot « fiduciaire » et la preuve, détient le titre légal. Par conséquent, c'était GMCL qui avait conclu les contrats concernant les services des gestionnaires de placements et qui avait acquis ces services.

[39] Compte tenu de sa conclusion fondée sur la preuve, je ne relève aucune erreur susceptible de contrôle dans sa première conclusion.

2) La TPS doit être payable ou avoir été payée par la personne qui fait la demande (GMCL) à l'égard de la fourniture (les services de gestion de placements).

[40] En ce qui concerne la deuxième condition, à savoir si la TPS était payable ou avait été payée par GMCL, la juge de la Cour de l'impôt a fait une analyse du mode de paiement prévu par les diverses conventions. Elle a conclu, au paragraphe 57 de ses motifs, que, même si GMCL a réacheminé vers les fiducies la fourniture des services de placement, et même si la fiducie a remboursé GMCL dans les cas où cette dernière avait directement payé ces honoraires, GMCL était néanmoins la personne tenue de payer la fourniture des services rendus par les gestionnaires de placements aux termes des conventions qu'elle avait conclues avec eux.

[41] Elle a affirmé ce qui suit, aux paragraphes 54 et 57 :

Sur le plan contractuel, GMCL est l'unique personne à qui incombait l'obligation de payer cette contrepartie aux gestionnaires de placements. Les conventions de gestion de placements et les conventions portant sur les honoraires sont très claires sur ce point. Les gestionnaires de placements facturaient uniquement GMCL. D'une façon générale, l'obligation se cristallisait sur délivrance d'une facture. Si GMCL n'acquittait pas la facture, les gestionnaires pouvaient uniquement poursuivre GMCL, et non la fiducie de régime. Seule GMCL était tenue d'acquitter ces factures. Étant donné que la fiducie n'a jamais été responsable



for payment. Thus, GMCL is the recipient of the supply of the services of the Investment Managers and GST was “payable” by GMCL. Under subsection 169(1), ITCs are available only to the person who “acquires” the supply if tax is payable by that person. While tax will be payable by the recipient under subsection 165(1), it does not necessarily follow that the eventual recipient will always be the person who “acquired” the supply. Subsection 123(1) states that “recipient” will be the person to whom a supply is made. Therefore in certain circumstances the person who acquired the supply (GMCL) may not be the person to whom the supply is eventually made (the pension trusts). GMCL has satisfied this requirement under subsection 169(1) since it is the only person liable to pay the consideration for the supply of services of the Investment Managers under the relevant Agreements. Although some of the financial statements of the Hourly and Salaried Plans suggest that payments are treated as being made by the trust, these accounting documents are subordinate to the primary Investment and Fee Agreements and do not alter the contractual provisions in those Agreements. The pension trusts are not liable to pay for the services and cannot be the recipient, although the supply of services was eventually re-directed to the assets in the trusts.

...

It follows from these comments that, although GMCL re-supplied the investment services to the trusts, and despite a reimbursement to GMCL by the Trust in the event that GMCL paid these fees directly, GMCL was still the person liable for payment of the supply of these services by the Investment Managers, pursuant to the terms of the Agreements between GMCL and the Managers. The origin of the payment of the fees is irrelevant because the bottom line, as reiterated by Woods J. in *Y.S.I. 'S Yacht Sales*, is that the person who satisfies the requirement at subsection 169(1), and who carries the contractual liability to pay, will be the person entitled to claim ITCs. [Emphasis in original.]

[42] I find no reviewable error in her second finding.

(3) The claimant (GMCL) must have acquired the supply (the Investment Management Services) for consumption or use in the course of its commercial activity.

de la gestion des actifs, elle n'avait pas besoin des services des gestionnaires de placements. Les gestionnaires pouvaient uniquement s'adresser à GMCL pour obtenir paiement. Par conséquent, GMCL était l'acquéreur de la fourniture des services des gestionnaires de placements, et la TPS était « payable » par GMCL. En vertu du paragraphe 169(1), les CTI ne peuvent être accordés à la personne qui « acquiert » la fourniture que si la taxe est payable par cette personne. La taxe est payable par l'acquéreur en vertu du paragraphe 165(1), mais il ne s'ensuit pas nécessairement que celui qui est l'acquéreur en bout de ligne est toujours la personne qui « a acquis » la fourniture. Selon le paragraphe 123(1), l'« acquéreur » est la personne à qui une fourniture est effectuée. Par conséquent, dans certaines circonstances, la personne qui a acquis la fourniture (GMCL) n'est peut-être pas la personne à qui la fourniture est finalement effectuée (les fiducies de pension). GMCL a satisfait à cette exigence en vertu du paragraphe 169(1) étant donné qu'elle est l'unique personne qui est tenue de payer la contrepartie pour la fourniture des services des gestionnaires de placements aux termes des conventions pertinentes. Certains états financiers des régimes des employés horaires et des employés salariés donnent à entendre que les paiements sont considérés comme étant effectués par la fiducie, mais ces documents comptables viennent après les conventions principales portant sur les placements et les honoraires et ne changent pas les dispositions contractuelles de ces conventions. Les fiducies de pension ne sont pas tenues de payer les services et elles ne peuvent pas être l'acquéreur, bien que la fourniture de services ait finalement été réacheminée vers les actifs détenus dans les fiducies.

[...]

Il ressort de ces remarques que, même si GMCL a réacheminé vers les fiducies la fourniture des services de placement, et même si la fiducie a remboursé GMCL dans les cas où cette dernière avait directement payé ces honoraires, GMCL était néanmoins la personne tenue de payer la fourniture des services rendus par les gestionnaires de placements aux termes des conventions qu'elle avait conclues avec eux. La source du paiement des honoraires n'est pas pertinente parce qu'en fin de compte, comme l'a dit la juge Woods dans la décision *Y.S.I. 's Yacht Sales*, la personne qui a le droit de demander des CTI est celle qui satisfait à l'exigence énoncée au paragraphe 169(1) et qui s'acquitte de l'obligation contractuelle qui lui incombe quant au paiement. [Souligné dans l'original.]

[42] Je ne relève aucune erreur susceptible de contrôle dans sa deuxième conclusion.

3) La personne qui fait la demande (GMCL) doit avoir acquis la fourniture (les services de gestion de placements) pour consommation ou utilisation dans le cadre de ses activités commerciales.

[43] The third and final condition of the subsection 169(1) test for eligibility to claim ITCs by GMCL is whether GMCL acquired the services for consumption or use in the course of its commercial activities.

[44] The Tax Court Judge gave to the words “in the course of”, found in paragraph 169(1)(c), a wide meaning given by this Court in *Blanchard v. Canada* (1995), 9 C.C.P.B. 117 (F.C.A.) and in *Minister of National Revenue v. Yonge-Eglinton Building Limited*, [1974] 1 F.C. 637 (C.A.), at page 644, where the words “in connection with”, or “incidental to”, or “arising from” were suggested. She held that GMCL’s responsibilities to properly manage the pension plan assets were derived not only through the agreements but also through its duties as administrator under the OPBA and its duties to provide pension benefits to its employees (her paragraph 65). She noted that pension benefits, like salaries, are part of the compensation package which is an integral component to the commercial activities of the corporation. She fully explains these considerations at paragraphs 66–67. At paragraph 67 she stated:

In addition to these contractual and statutory obligations, GMCL has agreed to provide, maintain and administer a compensation package, not only as one of the terms of employment extended to its employees, but as a vehicle for attracting and keeping the most qualified individuals within its organization. Without a profitable pension plan, GMCL’s capacity to successfully compete in the market is substantially diminished. While the expenses associated with the administration of these pension assets may be viewed as being only indirectly related to the manufacture of vehicles, they are nonetheless an integral component to the overall success of GMCL’s commercial activities in the market place. According to Mr. Marven’s evidence, he likened the provision of a pension plan to other forms of employee compensation such as the provision of health care benefits. The only logical, common sense conclusion is that all of the functions of GMCL, in relation to these pension assets, are for the sole benefit of its employees, both the salaried and hourly employees and, consequently, they are an essential component to GMCL’s business activities. Therefore, GMCL acquired the services of the Investment Managers for use in its commercial activities. As such, while GMCL does not directly utilize the services in making GST supplies in its operations, those services are part of its inputs toward its employee

[43] La troisième et dernière condition du critère énoncé au paragraphe 169(1) aux fins de l’admissibilité de GMCL aux CTI est de savoir si GMCL a acquis les services de gestion de placements pour consommation ou utilisation dans le cadre de ses activités commerciales.

[44] La juge de la Cour de l’impôt a attribué à l’expression « dans le cadre de », employée à l’alinéa 169(1)c), un sens large attribué par notre Cour dans l’arrêt *Blanchard c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 1045 (C.A.) (QL) et dans l’arrêt *Le ministre du Revenu national c. Yonge-Eglinton Building Limited*, [1974] 1 C.F. 637 (C.A.), à la page 645, où les mots « relativement à », « résultant de » ou « imputable à » ont été proposés. Elle a jugé que la responsabilité qui incombe à GMCL de gérer d’une façon appropriée les actifs du régime de pension découlait non seulement des conventions, mais aussi des obligations de GMCL en sa qualité d’administrateur en vertu de la LRRO et de son obligation de fournir des prestations de pension à ses employés (au paragraphe 65). Elle précise que les prestations de pension, tout comme les salaires, sont des éléments d’un système de rémunération qui fait partie intégrante des activités commerciales de la personne morale. La juge explique pleinement ces facteurs aux paragraphes 66 et 67. Au paragraphe 67, elle a déclaré ce qui suit :

En plus de ces obligations contractuelles et légales, GMCL s’est engagée à établir, à maintenir et à administrer un système de rémunération non seulement en tant que condition d’emploi offerte à ses employés, mais aussi comme moyen destiné à attirer et à conserver les employés les plus compétents au sein de son organisation. En l’absence d’un régime de pension rentable, l’attrait concurrentiel de GMCL sur le marché serait beaucoup moins important. Les frais associés à l’administration de ces actifs de fonds de pension peuvent être considérés comme n’étant qu’indirectement liés à la fabrication de véhicules, mais ils font néanmoins partie intégrante du succès commercial général de GMCL. Dans son témoignage, M. Marven a établi un parallèle entre la mise en place d’un régime de pension et d’autres formes de rémunération des employés comme les prestations pour soins de santé. La seule conclusion logique sensée est que toutes les fonctions de GMCL, à l’égard des actifs de fonds de pension en cause, sont exercées au seul profit des employés, qu’il s’agisse des employés salariés ou des employés horaires, et ces fonctions constituent donc un élément essentiel des activités commerciales de GMCL. Par conséquent, GMCL a acquis les services des gestionnaires de placements pour utilisation dans ses activités commerciales. Cela étant, bien que GMCL n’utilise pas directement les services en question en

compensation program, which is a necessary adjunct of its infrastructure to making taxable sales. The expenses are not personal in nature. They are ancillary to the primary business activities of GMCL and meet the need of attracting and maintaining an adequate employee base to support its primary business operations. Therefore these expenses, although indirect expenses to GMCL's business, qualify as expenses paid for in the consumption or use in the course of the commercial activities of GMCL. Subsection 169(1) does not require that managing a pension plan be the sole commercial activity of a person, only that the supply be consumed or used "in the course of commercial activities". To divorce the services of the Investment Managers from the commercial activities of GMCL, in the manner that the Respondent would have me do, ignores not only the contractual and statutory obligations of GMCL but also the commercial realities of a competitive marketplace. [Emphasis added.]

[45] The appellant makes three points:

- (a) the first relates to the fact that pension plan trusts are a third person involved in the process;
- (b) the second relates to the notion of indirect nexus; and
- (c) the third relates to the concept of economic substance over form.

(a) the trust as a third person

[46] The appellant submits (at paragraph 42 and following of her memorandum of fact and law) that even if section 267.1 of the Act does not apply, GMCL cannot claim input tax credits because the investment management services are not acquired for use in its commercial activities. The commercial activities of GMCL, she claims, is the manufacture, assembly and sale of cars. GMCL, as administrator of the pension plans, exercises a separate activity. According to her, the pension plan trusts are a third person involved and their existence and role should be considered in determining the activity in which the investment management services are used. She notes that the trusts pay the fees and GST on the fees, and show them as an expense in their financial

effectuant des fournitures assujetties à la TPS dans le cadre de ses activités, ces services font partie de sa contribution au programme de rémunération des employés, ce qui est un complément nécessaire de son infrastructure lorsqu'il s'agit de conclure des ventes taxables. Les frais ne sont pas de nature personnelle. Ils viennent s'ajouter aux activités commerciales principales de GMCL et ils répondent au besoin d'attirer et de conserver le nombre d'employés nécessaire au bon déroulement de celles-ci. Par conséquent, ces frais, quoiqu'il s'agisse de frais indirects par rapport à l'entreprise de GMCL, sont admissibles à titre de frais payés pour consommation ou utilisation dans le cadre des activités commerciales de GMCL. Le paragraphe 169(1) n'exige pas que la gestion d'un régime de pension soit la seule activité commerciale d'une personne, mais uniquement que la fourniture soit consommée ou utilisée « dans le cadre des activités commerciales ». Séparer les services des gestionnaires de placements et les activités commerciales de GMCL de la manière proposée par l'intimée équivaldrait à ne pas tenir compte des obligations contractuelles et légales de GMCL ainsi que de la réalité commerciale d'un marché compétitif. [Non souligné dans l'original.]

[45] L'appelante invoque trois arguments :

- a) le premier porte que les fiducies de régime de pension constituent un tiers intervenant dans le processus;
- b) le deuxième porte sur la notion de lien indirect;
- c) le troisième porte sur le principe de la prééminence de la réalité économique sur l'apparence.

a) la fiducie en tant que tiers

[46] L'appelante soutient (aux paragraphes 42 et suivants de son mémoire des faits et du droit) que, même si l'article 267.1 de la Loi ne s'applique pas, GMCL ne peut pas demander des crédits de taxe sur les intrants parce que les services de gestion de placements ne sont pas acquis pour utilisation dans le cadre de ses activités commerciales. Les activités commerciales de GMCL, selon l'appelante, consistent en la fabrication, l'assemblage et la vente d'automobiles. En sa qualité d'administrateur des régimes de pension, GMCL exerce une activité distincte. Selon l'appelante, les fiducies de régime de pension constituent un tiers dont l'existence et le rôle devraient être pris en compte pour déterminer l'activité où s'exercent les services de gestion de placements. Elle

statements. She contends that “it was not open to the trial judge to find that GMCL was acting both as fiduciary in respects of interests of the pension plan trusts while carrying on its own commercial activities in its own interests”.

[47] The appellant’s assertion fails, in my view, to take into account the collective agreement between GMCL and its employees under which GMCL undertakes to provide pension benefits to its employees. GMCL is the key contributor to the trust funds and is the entity liable to pay the investment management fees under the agreement it signed with the investment managers. The fact that, as determined by GMCL, those fees and the GST on these fees are ultimately borne by the trustees does not change the nature of the operation. Moreover, as indicated by the Tax Court Judge at paragraph 53 of her reasons, no evidence whatsoever was adduced to suggest that the Plan Trusts were a party to the Investment Management and Fee Agreements that made GMCL liable to pay, or that GMCL entered into an Investment Management Agreement as an agent on behalf of the Plan Trusts.

[48] The appellant’s first point is untenable.

(b) indirect nexus

[49] The appellant claims that the Tax Court Judge erred in law in concluding that an indirect nexus was sufficient to hold that the supplies were for the use in the course of the commercial activities of GMCL.

[50] In support to her position, the appellant relies on the decision of this Court in *Canada v. 398722 Alberta Ltd.*, [2000] G.S.T.C. 32 (F.C.A.), where she says “this Court has held that it is the direct use of a supply that governs the entitlement to input tax credits”.

souligne que les fiduciaires paient les honoraires et la TPS sur ces honoraires et que ceux-ci figurent comme des dépenses dans leurs états financiers. Elle prétend que [TRADUCTION] « la juge de première instance ne pouvait conclure que GMCL agissait comme fiduciaire à l’égard des intérêts des fiduciaires de régime de pension et qu’elle exerçait en même temps ses propres activités commerciales dans son propre intérêt ».

[47] L’allégation de l’appelante ne tient pas compte, à mon avis, de la convention collective que GMCL a conclue avec ses employées et par laquelle elle s’engage à leur fournir des prestations de retraite. GMCL est le cotisant clé aux fonds en fiducie et elle est l’entité tenue de payer les honoraires de gestion de placements selon l’entente signée avec les gestionnaires de placements. Le fait que, tel qu’il a été établi par GMCL, les honoraires en cause et la TPS y afférente sont assumés en dernier ressort par les fiduciaires ne change pas la nature de l’opération. De plus, comme l’a dit la juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 53 de ses motifs, on n’a produit absolument aucun élément de preuve donnant à entendre que les fiduciaires de régime étaient parties aux conventions de gestion de placements et aux conventions portant sur les honoraires aux termes desquelles GMCL était tenue d’effectuer les paiements, ou que GMCL avait conclu une convention de gestion de placements en sa qualité de mandataire pour le compte des fiduciaires de régime.

[48] Le premier argument de l’appelante est indéfendable.

b) le lien indirect

[49] L’appelante soutient que la juge de la Cour de l’impôt a commis une erreur de droit en concluant qu’un lien indirect était suffisant pour conclure que les fournitures étaient acquises pour utilisation dans le cadre des activités commerciales de GMCL.

[50] À l’appui de sa position, l’appelante se fonde sur la décision de notre Cour *Canada c. 398722 Alberta Ltd.*, [2000] A.C.F. n° 644 (C.A.) (QL), où elle affirme que [TRADUCTION] « la Cour a statué que c’est l’utilisation directe d’une fourniture qui régit le droit aux crédits de taxe sur intrants ».

[51] The 398722 *Alberta Ltd.* case dealt with a “four-plex” apartment building for residential housing built as a condition precedent for obtaining a permit to build a hotel. The corporation, 398722 Alberta Ltd., argued that the operation of the residential housing was an integral part of its hotel business and thus was a “commercial activity” within the statutory definition of subsection 123(1) of the Act and that the corporation’s GST liability under the self-supply rule of subsection 191(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 56] should be offset, in the same amount, by an input tax credit under subsection 169(1) of the Act.

[52] One issue in that case turned on whether the operation of the residential housing fell within the ambit of the hotel’s commercial activity. The answer to this question rested on the interpretation of the closing words of the definition of “commercial activity” found in subsection 123(1) of the Act. For ease of reference, these words were:

**123. (1) ...**

“commercial activity” of a person means

(a) a business carried on by the person ... except to the extent to which the business involves the making of exempt supplies by the person.

[53] This Court held that input tax credits under subsection 169(1) of the Act were not available to the taxpayer who was fulfilling an obligation to meet another business objective and that 398722 Alberta Ltd. was not entitled to an input tax credit to offset the GST payable on the self-supply of the four-plex.

[54] Sharlow J.A. said for the Court at paragraphs 22 and 23 of her reasons:

Any business may consist of a number of components, each of which is integral to the business as a whole. The definition of “commercial activity” recognizes that possibility but requires, for GST purposes, that any part of the business that consists of making exempt supplies be notionally severed. The statutory definition dictates that the business of the respondent is not a “commercial activity” in so far as it consists of the rental of

[51] L’affaire 398722 *Alberta Ltd.* concernait un immeuble d’habitation, un « quadruplex », dont la construction était la condition préalable à l’obtention d’un permis de construction d’un hôtel. L’entreprise, 398722 Alberta Ltd., a fait valoir que l’exploitation de l’immeuble d’habitation faisait partie intégrante de son entreprise hôtelière et était donc une « activité commerciale » au sens du paragraphe 123(1) de la Loi, et que la TPS qu’elle était tenue de payer en application de la règle sur la fourniture à soi-même instituée au paragraphe 191(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 56] de la Loi devait être compensée par un crédit de taxe sur intrants d’un montant égal.

[52] L’une des questions en litige dans cette affaire était de savoir si l’exploitation de l’immeuble d’habitation entraînait dans les activités commerciales de l’hôtel. La réponse à cette question dépendait de l’interprétation des derniers mots de la définition d’« activité commerciale » au paragraphe 123(1) de la Loi. Par souci de commodité, ces mots étaient :

**123. (1) [...]**

« activité commerciale » Constituent des activités commerciales exercées par une personne :

a) l’exploitation d’une entreprise [...] sauf dans la mesure où l’entreprise comporte la réalisation par la personne de fournitures exonérées.

[53] La Cour a statué que les crédits de taxe sur les intrants en vertu du paragraphe 169(1) de la Loi ne pouvaient pas être accordés au contribuable qui s’acquittait d’une obligation en vue d’un autre objectif commercial et que 398722 Alberta Ltd. n’avait pas droit aux crédits de taxe sur les intrants pour compenser la TPS payable sur la fourniture à elle-même du quadruplex.

[54] La juge d’appel Sharlow a dit ce qui suit au nom de la Cour, aux paragraphes 22 et 23 de ses motifs :

Toute entreprise peut consister en plusieurs éléments, dont chacun fait partie intégrante de l’ensemble. La définition d’« activité commerciale » prend en compte cette possibilité mais pose, aux fins de la TPS, que tout élément de l’entreprise qui consiste dans la réalisation de fournitures exonérées soit considéré à part. Par application de cette définition légale, l’entreprise de l’intimée n’est pas une « activité commerciale »

the units of the four-plex. On that basis I agree with the Crown that the respondent is not entitled to an input tax credit to offset the GST payable on the self-supply of the four-plex.

The respondent is in exactly the same position as anyone who acquires an apartment building and rents out the apartments. It should not and does not matter whether the acquisition is motivated by the prospect of receiving rent or, as in the respondent's case, is the fulfilment of a legal obligation that must be met in order to accomplish another business objective.

[55] The factual situation in the case at bar is distinct from that in the case above. Contrary to the hotel in *398722 Alberta Ltd.*, which had a legal obligation to accomplish another business objective, GMCL, as found by the Tax Court Judge, is contractually obligated to maintain a benefits pension plan as part of its employee compensation program.

[56] In the case of GMCL, the pension plans and their management are not a stand alone business, even if trust funds have been set up. Without a collective agreement between GMCL and its employees, such pension plans would not exist. The pension plan is not simply another business objective.

[57] The finding of the Tax Court Judge that the services were part of GMCL's inputs towards its employee compensation program does not warrant the intervention of this Court.

(c) economic substance over form

[58] Finally, the appellant argues that the Tax Court Judge effectively applied an "economic substance over form" analysis in finding that the denial of input tax credits would ignore the commercial realities of the marketplace.

[59] The Tax Court Judge's application of the concept of "economic substance", says the appellant, is contrary to the principles set out in *Shell Canada Ltd. v. Canada*,

dans la mesure où elle consiste dans la location des unités d'habitation du quadruplex. À cet égard, je conviens avec la Couronne que l'intimée n'a pas droit à un crédit de taxe sur intrants pour compenser la TPS payable sur les biens et services acquis à titre de fourniture à soi-même pour le quadruplex.

L'intimée est exactement dans le même cas que celui qui acquiert un immeuble pour en donner à bail les appartements. Peu importe que cette acquisition ait été motivée par la perspective de toucher des loyers ou, comme dans le cas de l'intimée, par la nécessité de se conformer à une obligation légale qui doit être remplie en vue d'un autre objectif commercial.

[55] La situation de fait en l'espèce se distingue de celle de l'affaire susmentionnée. Contrairement à l'hôtel visé dans l'arrêt *398722 Alberta Ltd.*, qui avait une obligation légale à remplir en vue d'un autre objectif commercial, GMCL, comme l'a conclu la juge de la Cour de l'impôt, a l'obligation contractuelle de maintenir un régime de prestations de pension dans le cadre de son programme de rémunération des employés.

[56] Dans le cas de GMCL, les régimes de pension et leur gestion ne constituent pas une activité commerciale autonome, malgré la création des fiducies. Sans une convention collective entre GMCL et ses employés, de tels régimes de pension n'existeraient pas. Le régime de pension n'est pas simplement un autre objectif commercial.

[57] La conclusion de la juge de la Cour de l'impôt selon laquelle les services faisaient partie de la contribution de GMCL au programme de rémunération des employés ne justifie pas l'intervention de notre Cour.

c) la prééminence de la réalité économique sur l'apparence

[58] Enfin, l'appelante fait valoir que la juge de la Cour de l'impôt a effectivement effectuée une analyse basée sur la « prééminence de la réalité économique sur l'apparence » pour conclure que le refus d'accorder des crédits de taxe sur les intrants ne tiendrait pas compte de la réalité commerciale du marché.

[59] L'application que la juge de la Cour de l'impôt fait de la notion de « réalité économique », selon l'appelante, va à l'encontre des principes énoncés dans

[1999] 3 S.C.R. 622, at paragraphs 39 and 40. As a matter of law, she says, pension plans are separate and distinct from other businesses, and a pension plan fund cannot be considered as being part of an employer's business activity.

[60] The following principles were set out in *Shell Canada Ltd. v. Canada*, above, at paragraphs 39 and 40:

This Court has repeatedly held that courts must be sensitive to the economic realities of a particular transaction, rather than being bound to what first appears to be its legal form: *Bronfman Trust*, supra, at pp. 52-53, per Dickson C.J.; *Tennant*, supra, at para. 26, per Iacobucci J. But there are at least two caveats to this rule. First, this Court has never held that the economic realities of a situation can be used to recharacterize a taxpayer's bona fide legal relationships. To the contrary, we have held that, absent a specific provision of the Act to the contrary or a finding that they are a sham, the taxpayer's legal relationships must be respected in tax cases. Recharacterization is only permissible if the label attached by the taxpayer to the particular transaction does not properly reflect its actual legal effect: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at para. 21, per Bastarache J.

Second, it is well established in this Court's tax jurisprudence that a searching inquiry for either the "economic realities" of a particular transaction or the general object and spirit of the provision at issue can never supplant a court's duty to apply an unambiguous provision of the Act to a taxpayer's transaction. Where the provision at issue is clear and unambiguous, its terms must simply be applied: *Continental Bank*, supra, at para. 51, per Bastarache J.; *Tennant*, supra, at para. 16, per Iacobucci J.; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, at pp. 326-27 and 330, per Iacobucci J.; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 11, per Major J.; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 15, per Cory J. [Emphasis added.]

[61] I fail to understand that the Tax Court Judge would have betrayed the teaching of the Court in the *Shell Canada Ltd.* case.

l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, aux paragraphes 39 et 40. Sur le plan juridique, affirme l'appelante, les régimes de pension sont séparés et distincts d'autres activités commerciales, et un régime de fonds de pension ne peut être considéré comme faisant partie des activités commerciales de l'employeur.

[60] Les principes suivants ont été énoncés dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, précité, aux paragraphes 39 et 40 :

Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci: *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables: *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache.

Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie: l'examen de la «réalité économique» d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée: *Continental Bank*, précité, au par. 51, le juge Bastarache; *Tennant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.N.R.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory. [Non souligné dans l'original.]

[61] Je ne vois pas comment la juge de la Cour de l'impôt aurait trahi les enseignements de la Cour suprême dans l'arrêt *Shell Canada Ltée*.

[62] The Supreme Court of Canada first sets out the general rule that the courts must be sensitive to the economic reality rather than being bound to what first appears to be the legal form of a transaction.

[63] The Supreme Court of Canada then sets out two caveats, first that the economic realities of a situation cannot recharacterize a *bona fide* legal relationship and, secondly, that economic realities should not supplant the operation of an otherwise unambiguous legal provision.

[64] I do not find, as claimed by the appellant that, as matter of law, pension plans are necessarily separate and distinct from other businesses. An examination of the circumstances of each case is necessary.

[65] In the case at bar, the Tax Court Judge found as a fact that GMCL's pension plans were an integral component to the commercial activities of the corporation. There is no recharacterization of GMCL's legal relationship.

[66] I find no reviewable error in the Tax Court Judge's analysis.

[67] Consequently, it becomes unnecessary to analyse the alternative issue dealt with by the Tax Court Judge at paragraphs 70 to 102 of her reasons and, in particular, on whether investment management services are an exempt financial service.

[68] The Tax Court Judge's conclusion, at paragraph 103 of her reasons, that GMCL is entitled to claim ITCs with respect to the provision of investment management services should stand.

## CONCLUSION

[69] I would dismiss this appeal with costs.

NADON J.A.: I agree.

BLAIS J.A.: I agree.

[62] La Cour suprême du Canada énonce d'abord la règle générale selon laquelle les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de l'opération.

[63] La Cour suprême du Canada apporte ensuite deux précisions. Premièrement, la réalité économique d'une situation ne peut pas justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables et, deuxièmement, la réalité économique ne doit pas soustraire à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la loi.

[64] Je ne conclus pas, comme le prétend l'appelante, que, du point de vue juridique, les régimes de pensions sont forcément séparés et distincts d'autres activités commerciales. Un examen des circonstances de chaque cas s'impose.

[65] En l'espèce, la juge de la Cour de l'impôt a conclu que les régimes de pension de GMCL faisaient partie intégrante des activités commerciales de l'entreprise. Il n'y a pas de nouvelle qualification des rapports juridiques de GMCL.

[66] Je ne relève aucune erreur susceptible de contrôle dans l'analyse de la juge de la Cour de l'impôt.

[67] Par conséquent, il n'est plus nécessaire d'examiner la question subsidiaire dont la juge de la Cour de l'impôt a traité aux paragraphes 70 à 102 de ses motifs, plus particulièrement celle de savoir si les services de gestion de placements sont des services financiers exonérés.

[68] La conclusion de la juge de la Cour de l'impôt, au paragraphe 103 de ses motifs, selon laquelle GMCL a le droit de demander des CTI à l'égard de la fourniture des services de gestion de placements devrait être confirmée.

## CONCLUSION

[69] Je rejeterais l'appel avec dépens.

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

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



A-243-08  
2009 FCA 115

A-243-08  
2009 CAF 115

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**The Canadian Medical Protective Association**  
(*Respondent*)

**L'Association canadienne de protection médicale**  
(*intimée*)

**INDEXED AS: CANADIAN MEDICAL PROTECTIVE ASSN. v. CANADA (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : ASSOC. CANADIENNE DE PROTECTION MÉDICALE C. CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Nadon and Blais JJ.A.—Toronto, December 2, 2008; Ottawa, April 16, 2009.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Nadon et Blais, J.C.A.—Toronto, 2 décembre 2008; Ottawa, 16 avril 2009.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Tax Court of Canada decision investment management fees paid by respondent exempt from GST, services falling under definition of “financial service”, Excise Tax Act, s. 123(1) — Respondent retaining services of investment managers — Investment managers purchasing, selling securities through trading desks, brokers — Canada Revenue Agency holding services provided by investment managers not falling within definition of “financial service”, fees thus not exempt from taxation — Tax Court of Canada reversing that decision, finding services exempt, constituting the “arranging for ... the transfer of ownership ... of a financial instrument”, according to “financial service” definition, paras. (d),(l) — Investment managers analytical stock pickers, paid for know-how, ability to read market — “Arranging for” transfer of ownership of financial instrument not dominant activity — “Cause to occur”, “give instructions”, “make preparations for” equivalent terms — Research, analysis dominant character of investment managers’ services, but purposeless if investment managers cannot give order to buy, sell, hold — Services provided by investment managers cannot be divided, end result thereof to “cause to occur a transfer of ownership ... of a financial instrument” — Consequently, investment managers’ services exempt financial services — Appeal dismissed.*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt portant que les honoraires versés par l'intimée en contrepartie de services de gestion de placements étaient exonérés de TPS parce qu'ils étaient visés par la définition de « service financier » énoncée à l'art. 123(1) de la Loi sur la taxe d'accise — L'intimée a retenu les services de gestionnaires de placements — Les gestionnaires de placements achetaient et vendaient des titres par l'entremise de leurs pupitres de négociation ou de courtiers — L'Agence du revenu du Canada a conclu que les services rendus par les gestionnaires de placements n'étaient pas visés par la définition de « service financier » et n'étaient donc pas des services exonérés — La Cour canadienne de l'impôt a infirmé cette décision, statuant qu'il s'agissait de services exonérés et qu'ils constituaient « [la prise de] mesures en vue [...] [du] transfert de propriété [...] d'un effet financier » au sens des alinéas d) et l) de la définition de « service financier » — Les gestionnaires de placements sélectionnent les meilleurs titres et sont rémunérés en raison de leur savoir-faire et de leur capacité à comprendre le marché — Le fait de « prendre les mesures [...] en vue d'effectuer » le transfert de propriété d'un effet financier ne prédomine pas — Les expressions « cause to occur » (« faire en sorte qu'une chose se produise »), « give instructions » (« donner des directives ») et « make preparations for » (« prendre les dispositions en vue de ») sont équivalentes — Le caractère dominant des services rendus par les gestionnaires de placements est la recherche et l'aspect analytique de la profession, mais ceux-ci s'avèreraient inutiles s'ils ne se traduisent pas ultimement par un ordre d'acquisition ou de disposition, ou encore de « statu quo » — Les services rendus par les gestionnaires de placements ne peuvent être divisés et leur conséquence ultime est de « prendre les dispositions en vue d'effectuer la cession de propriété [...] d'un effet financier » — En conséquence, les services des*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision finding that fees paid by the respondent to investment managers were exempt from GST because the services provided fell under the definition of “financial service” at subsection 123(1) of the *Excise Tax Act*.

The respondent retained the services of investment managers in order to invest its capital. The investment managers purchased and sold securities on behalf of the respondent either through their trading desks, or through brokers. In 2004, the respondent’s rebate applications to recover GST on the fees charged by the investment managers were refused by the Canada Revenue Agency, which held that the services provided by the investment managers did not fall within the meaning of the definition of “financial service”, and thus were not exempt from taxation. However, on appeal, the Tax Court of Canada concluded that those services were exempt from taxation because they constituted the “arranging for ... the transfer of ownership ... of a financial instrument”, according to paragraphs (d) and (l) of the definition of “financial service”.

The issue herein was whether fees paid by the respondent were exempt from GST because the services provided by the investment managers fell under the definition of “financial service” found in subsection 123(1) of the Act.

The Court examined the nature of the services delivered by the investment managers and the legal meaning of the term “arranging for”.

*Held*, the appeal should be dismissed.

It is the nature of the services delivered by the investment managers that is at stake, not that of the investment managers and of the brokers. The investment managers are analytical stock pickers and are paid for their know-how and their ability to read the market. Although “arranging for” the transfer of ownership of a financial instrument is essential to investment managers, it is not the dominant activity. In determining the legal meaning of the words “arranging for”, policy statements and other documents are too general to help. The equivalent terms “cause to occur”, “give instructions” and “make preparations for” found in dictionaries are acceptable and are as wide and as elastic as one wishes them to be. On the one hand, the dominant character of the investment managers’ services is the research and analysis aspect of the trade. On the other hand, the research and analysis is purposeless if the investment managers cannot give an order to buy, sell or hold. Considered as a whole, the

*gestionnaires de placements sont des services financiers exonérés — Appel rejeté.*

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour canadienne de l’impôt portant que les honoraires versés par l’intimée aux gestionnaires de placements étaient exonérés de TPS parce qu’ils étaient visés par la définition de « service financier » énoncée au paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*.

L’intimée a retenu les services de gestionnaires de placements pour investir son capital. Les gestionnaires de placements ont acheté et vendu des titres pour le compte de l’intimée, soit par l’entremise de leurs pupitres de négociation, soit par celle de courtiers. En 2004, l’Agence du revenu du Canada a rejeté les demandes de remboursement présentées par l’intimée afin de récupérer la TPS perçue sur les honoraires facturés par les gestionnaires de placements. L’Agence du revenu du Canada a conclu que les services rendus par les gestionnaires de placements n’étaient pas visés par la définition de « service financier » et n’étaient donc pas des services exonérés. Cependant, dans le cadre de l’appel, la Cour canadienne de l’impôt a conclu qu’il s’agissait de services exonérés parce qu’ils constituaient « [la prise de] mesures en vue [...] [du] transfert de propriété [...] d’un effet financier » au sens des alinéas d) et l) de la définition de « service financier ».

La question à trancher en l’espèce était celle de savoir si les honoraires versés par l’intimée étaient exonérés de TPS parce que les services fournis par les gestionnaires de placements étaient visés par la définition de « service financier » énoncée au paragraphe 123(1) de la Loi.

La Cour s’est penchée sur la nature des services rendus par les gestionnaires de placements et le sens juridique de l’expression *arranging for* (prendre les mesures pour).

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

C’est la nature du service rendu par les gestionnaires de placements qui étaient en cause, et non la nature de celui que les gestionnaires de placements et les courtiers fournissent. Les gestionnaires de placements sélectionnent les meilleurs titres et sont rémunérés en raison de leur savoir-faire et de leur capacité à comprendre le marché. Même si le fait de « prendre les mesures [...] en vue d’effectuer » le transfert de propriété d’un effet financier constitue une partie essentielle des activités des gestionnaires de placements, cette partie ne prédomine pas. Pour établir le sens juridique à donner à l’expression « *arranging for* » (« prendre les mesures pour »), les énoncés de politique et les divers autres documents sont d’ordre trop général. Les expressions équivalentes « *cause to occur* » (« faire en sorte qu’une chose se produise »), « *give instructions* » (« donner des directives ») et « *make preparations for* » (« prendre les dispositions en vue de ») que l’on trouve dans les dictionnaires

services provided by the investment managers cannot be divided. The end result of their services is to “cause to occur a transfer of ownership ... of a financial instrument”. Consequently, the investment managers’ services are exempt financial services.

sont toutes acceptables et leur sens peut s’avérer aussi large et élastique qu’on le veut. D’une part, le caractère dominant des services rendus par les gestionnaires de placements est la recherche et l’aspect analytique de la profession. D’autre part, la recherche ainsi que l’aspect analytique s’avèreraient inutiles s’ils ne se traduisent pas ultimement par un ordre d’acquisition ou de disposition, ou encore de « statu quo ». Les services, examinés dans leur ensemble, rendus par les gestionnaires de placements ne peuvent être divisés. La conséquence ultime de leurs services est de « prendre les dispositions en vue d’effectuer la cession de propriété [...] d’un effet financier ». En conséquence, les services des gestionnaires de placements sont des services financiers exonérés.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Bank Act*, S.C. 1990, c. 46.  
*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 123(1) “commercial activity” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1) “financial instrument” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 1), “financial service” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1; 2000, c. 30, s. 18; 2006, c. 4, s. 136), “taxable supply” (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10), 165 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 31; 1997, c. 10, ss. 17, 160; 2006, c. 4, s. 3; 2007, c. 18, s. 7, c. 35, s. 184), Sch. V, Part VII, s. 1 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 18).  
*Financial Services (GST) Regulations*, SOR/91-26, s. 4 (as am. by SOR/93-242, s. 2(F); 2001-61, s. 3).  
 R.R.O. 1990, Reg. 1015, s. 99.  
*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 25 (as am. by S.O. 1994, c. 11, s. 359; 1999, c. 9, s. 199).

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*Royal Bank of Canada v. Canada*, 2007 FCA 72, [2007] G.S.T.C. 18, affg 2005 TCC 802, [2005] G.S.T.C. 198, 2006 G.T.C. 91.

##### REFERRED TO:

*General Motors of Canada Limited v. The Queen*, 2008 TCC 117, 67 C.C.P.B. 290, [2008] G.S.T.C. 41, 2008 G.T.C. 256; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] W.W.R. 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 123(1) « activité commerciale » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1), « effet financier » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 1), « fourniture taxable » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10), « service financier » (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1; 2000, ch. 30, art. 18; 2006, ch. 4, art. 136), 165 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 31; 1997, ch. 10, art. 17, 160; 2006, ch. 4, art. 3; 2007, ch. 18, art. 7, ch. 35, art. 184), ann. V, partie VII, art. 1 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 18).  
*Loi sur les banques*, L.C. 1990, ch. 46.  
*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 25 (mod. par L.O. 1994, ch. 11, art. 359; 1999, ch. 9, art. 199).  
 R.R.O. 1990, Règl. 1015, art. 99.  
*Règlement sur les services financiers (TPS)*, DORS/91-26, art. 4 (mod. par DORS/93-242, art. 2(F); 2001-61, art. 3).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Banque Royale du Canada c. Canada*, 2007 CAF 72, confirmant 2005 CCI 802.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*General Motors du Canada Ltée c. Canada*, 2008 CCI 117; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

## AUTHORS CITED

- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “arrange”.
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, “arrange”.
- Goods & Services Tax: Notice of Ways and Means Motion, December 19, 1989: Canadian Tax Reports, Special Report No. 263: *Canadian Goods & Services Tax Reports No. 4*, Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1989.
- Goods & Services Tax Technical Paper, August 8, 1989: Canadian Sales Tax Reports, Special Report No. 259: *Canadian Goods & Services Tax Reports No. 1*, Don Mills, Ont.: CCH Canadian Ltd., 1989.
- GST/HST Policy Statement P-239, “Meaning of the term ‘arranging for’ as provided in the definition of ‘financial service’”, January 30, 2002, online: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gl/p-239/p-239-e.pdf>>.
- GST Policy Statement P-119, “Trailer Commission Servicing Fees”, February 22, 1994, online: <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/gl/p-119/p-119-e.pdf>>.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “arrange”.
- Statement of Investment Policy for the Government of Canada*. Ottawa: Department of Finance, January 2008, online: <[http://www.fin.gc.ca/efa-cfc/SIP08\\_e.pdf](http://www.fin.gc.ca/efa-cfc/SIP08_e.pdf)>.

APPEAL from a decision of the Tax Court of Canada (2008 TCC 33, [2008] G.S.T.C. 88) ruling that fees paid by the respondent for investment management services are exempt from GST because those services fall under the definition of “financial service” found in subsection 123(1) of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Bonnie F. Moon* for appellant.  
*Ian S. MacGregor, Q.C.* and *D’Arcy A. Schieman* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Osler, Hoskin & Harcourt LLP*, Toronto, for respondent.

## DOCTRINE CITÉE

- Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « arrange ».
- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1995, « arrange ».
- Énoncé de politique de placement du gouvernement du Canada*. Ottawa : Ministère des Finances, janvier 2008, en ligne : <[http://www.fin.gc.ca/efa-cfc/SIP08\\_f.pdf](http://www.fin.gc.ca/efa-cfc/SIP08_f.pdf)>.
- Énoncé de politique sur la TPS/TVH P-239. « Signification de l’expression “prendre les mesures en vue de l’effectuer” que l’on trouve dans la définition de “service financier” », le 30 janvier 2002, en ligne : <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/gl/p-239/p-239-f.pdf>>.
- Énoncé de politique sur la TPS P-119. « Honoraires de service (commission remorque) », le 22 février 1994, en ligne : <<http://www.cra-arc.gc.ca/F/pub/gl/p-119/p-119-f.pdf>>.
- Goods & Services Tax: Notice of Ways and Means Motion, 19 décembre 1989 : Canadian Tax Reports, Special Report No. 263: *Canadian Goods & Services Tax Reports No. 4*, Don Mills, Ont. : CCH Canadian Ltd., 1989.
- Goods & Services Tax Technical Paper, 8 août, 1989 : Canadian Sales Tax Reports, Special Report No. 259: *Canadian Goods & Services Tax Reports No. 1*, Don Mills, Ont. : CCH Canadian Ltd., 1989.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd. Springfield, Mass. : Merriam-Webster, 2003, « arrange ».

APPEL de la décision (2008 CCI 33) de la Cour canadienne de l’impôt portant que les honoraires versés par l’intimée en contrepartie de services de gestion de placements sont exonérés de la TPS parce qu’ils sont visés par la définition de « service financier » énoncée au paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Bonnie F. Moon* pour l’appelante.  
*Ian S. MacGregor, c.r.* et *D’Arcy A. Schieman* pour l’intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelante.  
*Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.*, Toronto, pour l’intimée.

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

[1] DESJARDINS J.A.: This appeal of a decision of Bowman C.J. of the Tax Court of Canada (the Tax Court Judge) reported at 2008 TCC 33, [2008] G.S.T.C. 88, was heard consecutively with appeal A-136-08, *General Motors of Canada Ltd. v. Canada*, 2008 TCC 117, 67 C.C.P.B. 290, rendered by Campbell J., also of the Tax Court of Canada. The appeal in the above case was the first of the two appeals heard by this Court.

[2] The issues are related but since variations exist between the two cases, separate reasons for judgment are rendered in each appeal.

[3] At issue in the case at bar is whether fees paid by the respondent, the Canadian Medical Protective Association (the CMPA) to certain investment managers for the periods ranging from October 15, 2001 to October 15, 2003 and from January 1, 2002 to March 31, 2004, are exempt from GST [Goods and Services Tax] because they are a “financial service” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1; 2000, c. 30, s. 18; 2006, c. 4, s. 136] under the definition found in subsection 123(1) of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act).

#### THE FACTS

[4] The facts are not in dispute and can be found in the reported decision. For the purpose of this appeal, the salient facts follow.

[5] CMPA is a not-for-profit body corporate that is engaged in, among other things, providing professional liability protection to licensed medical practitioners in Canada as a mutual defence organization. The amounts received by CMPA from its member physicians form part of its reserve for claims.

[6] CMPA retains the services of investment managers who, on a fully discretionary basis, invest these amounts

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le présent appel d’une décision du juge en chef Bowman de la Cour canadienne de l’impôt (le juge de la Cour de l’impôt), laquelle a été publiée à 2008 CCI 33 et l’appel A-136-08, *General Motors du Canada Ltée c. Canada*, 2008 CCI 117, entendu par le juge Campbell, également juge à la Cour canadienne de l’impôt, ont été entendus consécutivement. L’appel en l’espèce a été le premier des deux à être inscrit.

[2] Les questions en litige sont connexes mais, comme les deux affaires présentent quelques différences, des motifs distincts sont rendus dans chacun des appels.

[3] En l’espèce, le débat porte sur la question de savoir si les honoraires versés par l’intimée, l’Association canadienne de protection médicale (l’ACPM), à certains gestionnaires de placement pour les périodes se situant entre le 15 octobre 2001 et le 15 octobre 2003 ainsi qu’entre le 1<sup>er</sup> janvier 2002 et le 31 mars 2004 sont exonérés de TPS [Taxe sur les produits et services] parce qu’ils sont visés par la définition de « service financier » [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1; 2000, ch. 30, art. 18; 2006, ch. 4, art. 136] prévue au paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi).

#### LES FAITS

[4] Les faits ne sont pas contestés et ils se trouvent dans la décision publiée. Pour les besoins du présent appel, les faits principaux sont énoncés ci-dessous.

[5] L’ACPM est une personne morale sans but lucratif qui, entre autres choses, à titre d’organisme de défense mutuelle, offre aux médecins pratiquant au Canada une protection à l’égard des poursuites en responsabilité professionnelle. Les montants reçus par l’ACPM de la part de ses médecins membres font partie de ses réserves pour réclamations.

[6] L’ACPM retient les services de gestionnaires de placement qui ont entière discrétion pour investir ces

in two types of accounts: segregated funds and pooled funds.

[7] About 75% to 80% of the funds are segregated. Segregated funds are those that are not commingled with the funds of other investors. The remaining funds are pooled with those of other investors. A “segregated fund” does not refer to the placement of monies by an investment manager in a separate legal entity such as a trust fund/mutual fund, etc. On the other hand, the “pooled funds” consist of certain mutual fund trusts in which the CMPA invests capital and receives units of the mutual fund. The investment managers are either the trustee of the fund or a management entity related to the trustee.

[8] The investment managers are afforded full discretion to manage the funds. They purchase and sell securities on behalf of the CMPA, although they are guided by certain prudential investment guidelines referred to as a Statement of Investments, Policies and Goods (SIP&G). The SIP&G is a governance document which addresses the manner in which the fund assets are to be invested and defines the management structure and procedures to be adopted for the ongoing operation of the fund.

[9] The execution of the trades is arranged through either the trading desks of the investment managers or through brokers.

[10] A trading desk was thus described (evidence of Anthony Gage, A.B., Vol. 4, Tab 9, pages 221–222):

Q. Could you explain to the Court what a trading desk is.

A. A trading desk, and here I will use the fixed income side; it is made up of nine individuals who in fact trade the portfolios on various mandates and they are responsible for, in their particular case, interestingly enough, both the selection and execution function. So it is built into one individual.

montants dans deux types de comptes : les fonds réservés et les fonds communs.

[7] Environ 75 à 80 % des fonds sont des fonds réservés. Ceux-ci ne sont pas amalgamés avec les fonds des autres investisseurs. Le reste des fonds est mis en commun avec ceux d’autres investisseurs. L’expression « fond réservé » ne renvoie pas à l’investissement de sommes d’argent par un gestionnaire de placement dans une entité juridique telle un fonds en fiducie ou un fonds commun de placement, etc. Par ailleurs, les « fonds communs » sont des fiducies de fonds commun de placement dans lesquels l’ACPM investit des capitaux et reçoit des parts de fonds commun de placement. Les gestionnaires de placement agissent soit comme fiduciaire du fonds, soit comme organisme de gestion associé au fiduciaire.

[8] Les gestionnaires de placement jouissent d’une discrétion absolue dans la gestion des fonds. Ils achètent et vendent des titres pour le compte de l’ACPM, encore qu’ils suivent certaines lignes directrices de prudence en matière de placement appelées [TRADUCTION] Énoncé des politiques et objectifs de placement (EPOP). L’EPOP est un document en matière de gouvernance qui s’intéresse à la façon dont les actifs du fonds sont investis et qui définit la structure et les procédures à mettre en place concernant l’exploitation du fonds.

[9] L’exécution des opérations se fait soit par l’entremise des pupitres de négociation des gestionnaires de placement, soit par celle de courtiers.

[10] Le pupitre de négociation a été décrit dans les termes suivants (témoignage de Anthony Gage, D.A., vol. 4, onglet 9, pages 221 et 222) :

[TRADUCTION]

Q. Pourriez-vous expliquer à la Cour ce qu’est un pupitre de négociation.

R. Un pupitre de négociation, je me situerai en ce cas dans le cadre des revenus fixes; ce pupitre se compose de neuf personnes qui négocient les titres faisant partie des portefeuilles dont la gestion leur est confiée en vertu de divers mandats; elles sont responsables, dans leur cas particulier, ce qui est très intéressant, à la fois des fonctions d’acquisition de titres et d’exécution d’opérations qui se fondent ainsi en une seule personne.

[11] Transaction fees on the purchase and sale of securities are included as part of the cost of acquiring the security or as a deduction from the proceeds of disposition of the security.

[12] The fees earned by the investment managers are not based on the number or volume of transactions. Fees are set by references to the size of the portfolio under management and are payable even if fee transactions took place in a billing period. For these services, investment managers' fees and GST are charged and effectively paid by the CIBC Mellon, as custodian trustee, with trust money, once CMPA authorizes the payments.

[13] Pursuant to Ontario's *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (OSA), a discretionary investment manager is required to register with the Ontario Securities Commission as an "adviser", a term defined in section 25 [as am. by S.O. 1994, c. 11, s. 359; 1999, c. 9, s. 199] therein. By virtue of section 99 of Regulation 1015, R.R.O. 1990, "advisers" are classified into particular categories to include (i) "investment counsel" and (ii) "portfolio manager". The "investment counsel" category is applicable for a person or company "engaged in giving continuous advice as to the investment of funds on the basis of the particular objectives of each client." The "portfolio manager" category is applicable for a person or company "registered for the purpose of managing the investment portfolio of clients through discretionary authority granted by one or more clients."

[14] The investment managers with whom the CMPA contracted were registered under the "portfolio manager" category.

#### THE DECISION UNDER APPEAL

[15] On May 6, 2004, CMPA filed two rebate applications to recover GST on the fees charged by the investment managers. The first claim covered the period from October 15, 2001, to October 15, 2003. The second

[11] Des frais de transaction sur l'achat et la vente de titres sont inclus dans leur coût d'acquisition ou sont déduits de leur produit de disposition.

[12] Les honoraires des gestionnaires de placement ne sont pas basés sur le nombre ou le volume de transactions, mais plutôt sur la taille du portefeuille qui est géré; ces honoraires sont payables même s'ils sont générés au cours d'une période de facturation. Pour des services de cette nature, des honoraires de gestionnaires de placement et la TPS sont facturés à CIBC Mellon qui les paye, à titre de fiduciaire ou de dépositaire, à même l'argent détenu en fiducie, à la suite des autorisations de paiement données par l'ACPM.

[13] Selon les dispositions de l'article 25 [mod. par L.O. 1994, ch. 11, art. 359; 1999, ch. 9, art. 199] de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (LVMO), il incombe au gestionnaire de placement ayant entière discrétion de s'inscrire auprès de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario en tant que « conseiller ». Selon les termes de l'article 99 du Règlement 1015, R.R.O. 1990, les « conseillers » se divisent en deux catégories distinctes, soit i) le [TRADUCTION] « conseiller en placement » et ii) le « gestionnaire de portefeuille ». La catégorie de « conseiller en placement » vise des personnes ou sociétés qui [TRADUCTION] « donnent régulièrement des avis portant sur le placement de fonds pour répondre aux objectifs précis de chaque client ». Alors que le « gestionnaire de placement » tombe dans la catégorie de personnes ou sociétés qui [TRADUCTION] « sont inscrites dans le but de gérer le portefeuille de placements de clients en vertu de pouvoirs discrétionnaires dévolus par un ou plusieurs clients ».

[14] Les gestionnaires de placements qui ont contracté avec l'ACPM étaient inscrits dans la catégorie des « gestionnaires de portefeuille ».

#### LA DÉCISION FRAPPÉE D'APPEL

[15] Le 6 mai 2004, l'ACPM a présenté deux demandes de remboursement afin de récupérer la TPS perçue sur les honoraires facturés par les gestionnaires de placement. La période couverte par la première réclamation s'étendait

claim covered the period from January 1, 2002, to March 31, 2004.

[16] Both claims were disallowed by the Canada Revenue Agency (CRA). The CRA ruling held that:

The supply is primarily one of providing professional investment advice and funds management.... The services provided by the investment service provider do not fall within any of the paragraphs of the definition of ‘financial services’ in subsection 123(1) of the *Excise Tax Act*.... Accordingly, the registrant [CMPA] was the recipient of a taxable supply and was correctly charged GST pursuant to subsection 165(1) of the *Excise Tax Act*. (J11)

[17] CMPA appealed.

[18] The issue before the Tax Court Judge was whether the fees paid by CMPA to investment managers were exempt from GST because they are “financial service[s]” under the definition of subsection 123(1) of the Act.

[19] At paragraph 42 of his reasons, the Tax Court Judge stated:

The question is where, if anywhere, the services performed by the IMs for CMPA fall in the definition of financial services in subsection 123(1) of the *ETA*. The initial question is one of fact: what service the IMs perform to earn the fees? Once that question is answered, the ultimate question becomes one of law: does that activity fall within the definition?

[20] The Tax Court Judge concluded that the services performed were an exempt supply because they came under the definition of “financial service” of paragraphs 123(1)(d) and (l) of the Act, and under paragraphs 123(1)(c) and (l) in the case of securities lending. He based his conclusion on a finding that the investment management services were provided under full discretionary powers, that no advice was sought by or given to under paragraph 123(1)(p) of the definition of “financial service”, that the service supplied by the investment managers was not the expertise and that the discretionary purchase and sale of securities did not come under

du 15 octobre 2001 au 15 octobre 2003, alors que la deuxième couvrait la période du 1<sup>er</sup> janvier 2002 au 31 mars 2004.

[16] Les deux réclamations ont été rejetées par l’Agence du revenu du Canada (ARC), laquelle dans sa décision a statué comme suit :

[TRADUCTION] La fourniture consiste principalement à fournir des avis professionnels en matière de placements et à gérer des fonds. [...] Les services rendus par le fournisseur de service de placements ne sont visés par aucun des alinéas de la définition de « services financiers » du paragraphe 123(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*. [...] En conséquence, l’inscrit [ACPM] était l’acquéreur d’une fourniture taxable et était tenu de payer la TPS en vertu du paragraphe 165(1) de la *Loi sur la taxe d’accise*. (J11)

[17] L’ACPM a interjeté appel de cette décision.

[18] La question dont le juge de la Cour de l’impôt a été saisi était de savoir si les honoraires versés par l’ACPM aux gestionnaires de placement étaient exonérés de TPS parce qu’ils étaient visés par la définition de « service financier » aux termes du paragraphe 123(1) de la Loi.

[19] Voici ce qu’a dit le juge de la Cour de l’impôt au paragraphe 42 de ses motifs :

Il s’agit de savoir où, le cas échéant, les services fournis à l’ACPM par les GP se situent dans la définition des services financiers, au paragraphe 123(1) de la LTA. La question initiale est une question de fait : quel est le service que les GP fournissent pour gagner leurs honoraires? Une fois que la réponse est connue, une question de droit se pose, à savoir cette activité est-elle visée par la définition.

[20] Le juge de la Cour de l’impôt a conclu que les services rendus étaient une fourniture exonérée parce qu’ils étaient visés par la définition de « service financier » aux alinéas 123(1)d) et l) de la Loi, et aux alinéas 123(1)c) et l) en ce qui concerne le prêt de titres. Il a fondé sa conclusion sur la constatation que les services de gestion des placements étaient rendus en vertu de pouvoirs discrétionnaires absolus, qu’aucun avis n’était demandé ou donné au sens de l’alinéa 123(1)p) de la définition de « service financier », que les services rendus par les gestionnaires de placement ne constituaient pas de l’expertise et que ni l’acquisition ni la disposition



paragraphs 123(1)(g) or (t) of the definition of “financial service”.

[21] The Tax Court Judge distinguished the decision of Campbell J. in *General Motors of Canada Ltd. v. Canada* (the GMCL case) mentioned above, a decision which had just been released prior to the delivery of his own judgment. According to him, the GMCL case was “factually far more complex” and there was a great deal of control exercised by General Motors of Canada Ltd. in that case as opposed to the finding in the case at bar where investment managers had full discretion to operate.

[22] The most relevant paragraphs of Bowman C.J.’s reasons for judgment are the following (at paragraphs 43–44, 46–49):

My factual determination is this: the IMs are retained to buy and sell on behalf of the appellant, in their unfettered discretion, a particular group of securities, whether fixed income or Canadian or U.S. equities. They are expected to do so with skill and expertise. The IMs are carefully chosen, taking into account their experience, past performance and expertise. They are terminated if their performance does not meet the appellant’s expectations. They are given full discretion within the limits of the group of securities comprising their mandate and within the constraints of the appellant’s SIP&G.

They are not paid to give advice and do not do so except in the very limited circumstances where they may suggest that the appellant’s SIP&G be modified to permit a greater flexibility in investment, for example to change the percentage of a portfolio that can be held in provincial bonds. They report to the appellant on a monthly basis with respect to purchases and sales they have made. They do not seek the appellant’s prior approval for purchases and sales that they make. Their fees are based upon a percentage of the value of the securities in the portfolio. They are not brokers. They execute the trades in securities by instructing brokers to do so. The securities are held in the name of the custodian whose role is essentially passive.

...

de titres n’étaient visées par la définition de « service financier » aux alinéas 123(1)(g) ou (t).

[21] Le juge de la Cour de l’impôt a fait une distinction avec la décision rendue par le juge Campbell dans *General Motors du Canada Ltée c. Canada* (l’affaire GMCL) déjà mentionnée, une décision qui venait à peine d’être rendue avant le prononcé de son propre jugement. À son avis, l’affaire GMCL était « beaucoup plus complexe sur le plan factuel » et le contrôle exercé par General Motors du Canada Ltée était beaucoup plus grand dans cette affaire que celui dans la présente espèce où les gestionnaires de placements disposaient d’un pouvoir d’action absolu.

[22] Voici les paragraphes les plus pertinents des motifs de la décision du juge en chef Bowman (aux paragraphes 43 et 44, 46 à 49) :

Ma conclusion de fait est la suivante : les services des GP sont retenus pour qu’ils achètent et vendent pour le compte de l’appelante, à leur entière discrétion, un groupe particulier de titres, qu’il s’agisse de titres à revenu fixe, d’actions canadiennes ou d’actions américaines. On s’attend à ce qu’ils le fassent en utilisant leurs compétences et leur expertise. Les GP sont choisis avec soin, compte tenu de leur expérience, de leur rendement passé et de leur expertise. Ils sont renvoyés si leur rendement ne répond pas aux attentes de l’appelante. Ils ont entière discrétion dans les limites du groupe de titres visé par leur mandat et sous réserve des restrictions imposées dans l’EPOP de l’appelante.

Les GP ne sont pas rémunérés pour donner des conseils et ils ne donnent pas de conseils, sauf dans des circonstances fort restreintes, lorsqu’ils peuvent proposer à l’appelante de modifier son EPOP, de façon à avoir plus de latitude en matière de placements, par exemple lorsqu’il s’agit de modifier le pourcentage d’obligations provinciales qui peuvent être détenues dans un portefeuille. Ils font chaque mois rapport à l’appelante au sujet des achats et des ventes qu’ils ont effectués. Ils n’obtiennent pas au préalable l’autorisation de l’appelante pour les achats et les ventes qu’ils concluent. Leurs honoraires sont basés sur un pourcentage de la valeur des titres qui sont détenus dans le portefeuille. Il ne s’agit pas de courtiers. Ils exécutent les opérations sur titres en donnant des instructions aux courtiers. Les titres sont détenus au nom du dépositaire, dont le rôle est essentiellement passif.

[...]

There are two points that I think should be made at this juncture. I can see no justification for drawing a distinction between the services performed by the IMs in respect of segregated funds and those performed in respect of pooled funds. Segregated funds are not commingled with the assets of other investors. They are kept separate and the IMs buy and sell them in accordance with the discretionary powers given them under the Investment Management Agreement. The pooled funds were funds in which the IMs invested the appellant's funds that were pooled with other investors' funds. The properties in which the appellant invested in the pooled funds were of two types: interests in limited partnerships and units of mutual fund trusts.

Second, I think it is essential to distinguish between the quality of the service provided and the nature of the service. Counsel for the respondent put great emphasis upon the skill, expertise and experience of the IMs that the appellant retained. I do not question that the IMs were skilful and expert. Nonetheless, it is inaccurate to say that the appellant was buying and paying for skill and expertise. One does not buy these qualities in the abstract, divorced from the service that is being provided. When one retains the services of a physician, a lawyer, an engineer, a stockbroker or an accountant, each of these professionals provides a service that is defined by their particular area of expertise — medical services, financial services, legal services and so on. The services may be provided skilfully and expertly or their supply may be made incompetently. Whether they supply the particular professional service badly or well the nature of the service remains the same.

I think the services performed by the IMs for CMPA fall within the definition of financial services by reason of paragraphs (d) and (l) of the definition because they constitute “the arranging for ... the transfer of ownership ... of a financial instrument”. See *Royal Bank v. R.*, at paragraphs 9 and 12. There was some evidence that the appellant also engaged in securities lending. To the extent that it did the fees also fall within paragraphs (c) and (l).

Since I have concluded that the services fall within paragraphs (c) or (d) and (l), I turn to the second part of the analysis, the exclusion in paragraphs (p), (q) and (t). [Emphasis added.]

[23] The Tax Court Judge, at paragraph 48 of his reasons, did not indicate what definition of the words “arranging for” he adopted. He simply relied on a decision of this Court in *Royal Bank of Canada v. Canada*, 2007

À mon avis, il convient ici de signaler deux choses. En premier lieu, je ne puis rien voir qui permette de faire une distinction entre les services fournis par les GP à l'égard des fonds réservés et ceux qui sont fournis à l'égard des fonds communs. Les fonds réservés ne sont pas amalgamés aux actifs d'autres investisseurs. Ils sont tenus à l'écart, et les GP les achètent et les vendent conformément aux pouvoirs discrétionnaires qui leur sont conférés aux termes de la convention de gestion de placements. Les fonds communs sont des fonds dans lesquels les GP ont investi les fonds de l'appelante qui ont été mis en commun avec les fonds d'autres investisseurs. Les actifs investis dans les fonds communs étaient de deux types : des participations dans des sociétés en commandite et des unités de fiducies de fonds commun de placement.

En second lieu, il est à mon avis essentiel de faire une distinction entre la qualité du service fourni et la nature du service. L'avocat de l'intimée a fortement mis l'accent sur les compétences, sur l'expertise et sur l'expérience des GP dont l'appelante avait retenu les services. Je ne doute pas des compétences et de l'expertise des GP. Néanmoins, il est inexact de dire que l'appelante achetait ces compétences et cette expertise, et qu'elle payait pour en bénéficier. On n'achète pas ces qualités dans l'abstrait, indépendamment du service qui est fourni. Lorsque l'on retient les services d'un médecin, d'un avocat, d'un ingénieur, d'un courtier ou d'un comptable, chacun de ces spécialistes fournit un service qui est défini par son domaine particulier d'expertise — services médicaux, services financiers, services juridiques et ainsi de suite. Les services peuvent être fournis d'une façon adroite et éclairée ou leur fourniture peut être effectuée d'une façon malhabile. Peu importe qu'un spécialiste fournisse bien ou mal un service professionnel donné, la nature du service demeure la même.

Je crois que les services fournis à l'ACPM par les GP sont visés par la définition des services financiers en raison des alinéas d) et l) de la définition, parce qu'ils constituent « [la prise de] mesures en vue [...] [du] transfert de propriété [...] d'un effet financier ». Voir *Royal Bank v. R.*, [2007] G.S.T.C. 18, paragraphes 9 et 12. Selon certains éléments de preuve, l'appelante s'occupait également de prêt de titres. Dans la mesure où elle le faisait, les honoraires sont également visés aux alinéas c) et l).

Étant donné que j'ai conclu que les services sont visés aux alinéas c) ou d) et l), j'examinerai maintenant le second volet de l'analyse, à savoir l'exclusion prévue aux alinéas p), q) et t). [Non souligné dans l'original.]

[23] Au paragraphe 48 de ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt n'a pas fait état de la définition de « [la prise de] mesures en vue » (« *arranging for* » dans le texte anglais) qu'il a retenue. Il s'en est simplement remis à

FCA 72, [2007] G.S.T.C. 18, a decision I will comment on in my analysis.

une décision de notre Cour dans *Banque Royale du Canada c. Canada*, 2007 CAF 72, une décision que je commenterai dans mon analyse.

#### THE LEGISLATIVE SCHEME

[24] Section 165 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 31; 1997, c. 10, ss. 17, 160; 2006, c. 4, s. 3; 2007, c. 18, s. 7, c. 35, s. 184] of the Act imposes GST on a “taxable supply”. A “taxable supply” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10] is defined in subsection 123(1) of the Act to be a supply made in the course of commercial activity. “Commercial activity” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1993, c. 27, s. 10; 1997, c. 10, s. 1] of a person in turn is defined in subsection 123(1) to exclude the making of exempt supplies by the person.

[25] Exempt supplies are set out in Schedule V of the Act. Section 1 [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 18] of Part VII of Schedule V exempts from taxation “[a] supply of a financial service”.

[26] A “financial service” is defined, in part, in subsection 123(1) of the Act as follows:

**123. (1) ...**

“financial service” means

(a) the exchange, payment, issue, receipt or transfer of money, whether effected by the exchange of currency, by crediting or debiting accounts or otherwise,

(b) the operation or maintenance of a savings, chequing, deposit, loan, charge or other account,

(c) the lending or borrowing of a financial instrument,

(d) the issue, granting, allotment, acceptance, endorsement, renewal, processing, variation, transfer of ownership or repayment of a financial instrument,

(e) the provision, variation, release or receipt of a guarantee, an acceptance or an indemnity in respect of a financial instrument,

#### LE RÉGIME LÉGISLATIF

[24] L'article 165 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 31; 1997, ch. 10, art. 17, 160; 2006, ch. 4, art. 3; 2007, ch. 18, art. 7, c. 35, art. 184] de la Loi impose de la TPS sur les « fournitures taxables ». Le paragraphe 123(1) de la Loi définit une « fourniture taxable » [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10] comme une fourniture effectuée dans le cadre d'une activité commerciale et l'« activité commerciale » [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1993, ch. 27, art. 10; 1997, ch. 10, art. 1] d'une personne y est à son tour définie de façon à exclure la réalisation par une personne de fournitures exonérées.

[25] L'annexe V de la Loi énumère les fournitures exonérées. « La fourniture de services financiers » est exonérée de taxe par l'article 1 [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 18] de la partie VII de l'annexe V.

[26] Voici comment le paragraphe 123(1) de la Loi définit, en partie, un « service financier » :

**123. (1) [...]**

« service financier »

a) L'échange, le paiement, l'émission, la réception ou le transfert d'argent, réalisé au moyen d'échange de monnaie, d'opération de crédit ou de débit d'un compte ou autrement;

b) la tenue d'un compte d'épargne, de chèques, de dépôt, de prêts, d'achats à crédit ou autre;

c) le prêt ou l'emprunt d'un effet financier;

d) l'émission, l'octroi, l'attribution, l'acceptation, l'endossement, le renouvellement, le traitement, la modification, le transfert de propriété ou le remboursement d'un effet financier;

e) l'offre, la modification, la remise ou la réception d'une garantie, d'une acceptation ou d'une indemnité visant un effet financier;

(f) the payment or receipt of money as dividends (other than patronage dividends), interest, principal, benefits or any similar payment or receipt of money in respect of a financial instrument,

...

(l) the agreeing to provide, or the arranging for, a service referred to in any of paragraphs (a) to (i), or

...

but does not include

...

(p) the service of providing advice ...

(q) the provision, to an investment plan (as defined in subsection 149(5)) or any corporation, partnership or trust whose principal activity is the investing of funds

...

(t) a prescribed service; [Emphasis added.]

[27] The relevant regulatory provisions of the *Financial Services (GST) Regulations*, SOR/91-26, for the purposes of paragraph (t) of the definition of “financial service” in subsection 123(1) of the Act, are as follows [s. 4 (as am. by SOR/93-242, s. 2(F); 2001-61, s. 3)]:

4. ...

(2) Subject to subsection (3), the following services, other than a service described in section 3, are prescribed for the purposes of paragraph (t) of the definition “financial service” in subsection 123(1) of the Act:

(a) the transfer, collection or processing of information, and

(b) any administrative service, including an administrative service in relation to the payment or receipt of dividends, interest, principal, claims, benefits or other amounts, other than solely the making of the payment or the taking of the receipt.

(3) A service referred to in subsection (2) is not a prescribed service for the purposes of paragraph (t) of the definition “financial service” in subsection 123(1) of the Act where the service is supplied with respect to an instrument by

f) le paiement ou la réception d’argent à titre de dividendes, sauf les ristournes, d’intérêts, de principal ou d’avantages, ou tout paiement ou réception d’argent semblable, relativement à un effet financier;

[...]

l) le fait de consentir à effectuer un service visé à l’un des alinéas a) à i) ou de prendre les mesures en vue de l’effectuer;

[...]

La présente définition exclut :

[...]

p) les services de conseil [...]

q) l’un des services suivants rendus soit à un régime de placement, au sens du paragraphe 149(5), soit à une personne morale, à une société de personnes ou à une fiducie dont l’activité principale consiste à investir des fonds

[...]

t) les services visés par règlement. [Je souligne.]

[27] Pour l’application de l’alinéa t) de la définition de « service financier », au paragraphe 123(1) de la Loi, voici les dispositions pertinentes du *Règlement sur les services financiers (TPS)*, DORS/91-26 [art. 4 (mod. par DORS/93-242, art. 2(F); 2001-261, art. 3)] :

4. [...]

(2) Sous réserve du paragraphe (3), pour l’application de l’alinéa t) de la définition de « service financier », au paragraphe 123(1) de la Loi, sont visés les services suivants, sauf ceux mentionnés à l’article 3 :

a) la communication, la collecte ou le traitement de renseignements;

b) les services administratifs, y compris ceux reliés au paiement ou au recouvrement de dividendes, d’intérêts, de capital, de créances, d’avantages ou d’autres montants, à l’exclusion des services ne portant que sur le paiement ou le recouvrement.

(3) Pour l’application de l’alinéa t) de la définition de « service financier », au paragraphe 123(1) de la Loi, ne sont pas visés les services mentionnés au paragraphe (2) et fournis relativement à un effet par :

(a) a person at risk,

(b) a person that is closely related to a person at risk, where the recipient of the service is not the person at risk or another person closely related to the person at risk, or

(c) an agent, salesperson or broker who arranges for the issuance, renewal or variation, or the transfer of ownership, of the instrument for a person at risk or a person closely related to the person at risk. [Emphasis added.]

a) la personne à risque;

b) la personne étroitement liée à la personne à risque, si l'acquéreur du service n'est ni la personne à risque, ni une autre personne étroitement liée à celle-ci;

c) le mandataire, le vendeur ou le courtier qui prend des mesures en vue de l'émission, du renouvellement, de la modification ou du transfert de propriété de l'effet pour le compte de la personne à risque ou d'une personne étroitement liée à celle-ci. [Je souligne.]

[28] If the service supplied by the investment managers falls within any of paragraphs (a) to (m) of the definition of “financial service”, it is an exempt supply, unless it is excluded by any of paragraphs (n) to (t). On the other hand, if the service does not fall within any of paragraphs (a) to (m), it is a taxable supply.

[28] Si le service rendu par les gestionnaires de placement est visé par l'un ou l'autre des alinéas a) à m) de la définition de « service financier », il s'agit d'une fourniture exonérée, sauf si elle est exclue par l'un ou l'autre des alinéas n) à t). Par ailleurs, si le service n'est visé par aucun des alinéas a) à m), il s'agit d'une fourniture imposable.

[29] The term “financial instrument” [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 1] is also defined in the Act, but nothing turns on this definition.

[29] Le terme « effet financier » [édicé par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 1] est également défini dans la Loi, mais cette définition n'est pas en cause.

#### THE STANDARD OF REVIEW

[30] The key issue at stake is the meaning to be given to the word “arranging” in paragraph 123(1)(l) of the Act. This is essentially a question of law. The standard of review is correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8 ff.).

#### LA NORME DE CONTRÔLE

[30] La principale question en litige dans la présente instance consiste à déterminer le sens à donner à l'expression « prendre les mesures en vue de l'effectuer » (« *arranging for* » dans le texte anglais) à l'alinéa 123(1)l) de la Loi. Il s'agit essentiellement d'une question de droit. La norme de contrôle est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8 et suivants).

#### THE ISSUE—THE CONTENTION OF THE PARTIES

[31] Both parties recognize that the service of arranging for the purchase and sale of securities is a service included in paragraphs 123(1)(d) and (l) of the Act which refers to “arranging for ... the transfer of ownership ... of a financial instrument”; “*prendre les mesures en vue d'effectuer ... le transfert de propriété ... d'un effet financier*”.

#### LA QUESTION EN LITIGE — LES ARGUMENTS DES PARTIES

[31] Les deux parties ont reconnu que le service qui consiste à prendre les mesures en vue d'acquérir et de vendre des titres est visé par les alinéas 123(1)d) et l) de la Loi qui font référence à « prendre les mesures en vue d'effectuer [...] le transfert de propriété [...] d'un effet financier »; (« *arranging for* [...] *the transfer of ownership* [...] *of a financial instrument* » dans le texte anglais).

[32] Hence, as a minimum, both parties agree that no GST is payable on brokers' fees because the service brokers supply is a financial service.

[33] The matter which is in dispute is whether the term "arranging for" ("*prendre les mesures*") in paragraphs 123(1)(*d*) and (*l*) of the Act covers the service supplied by investment managers.

[34] The appellant says it does not. She claims that Parliament treated the services supplied by the investment managers differently from those supplied by the brokers. She claims that the Tax Court Judge over-expanded the meaning of the words "arranging for" which, she submits, should be read according to its ordinary grammatical meaning and no more. She cites as authority the *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed., Oxford: Clarendon Press, 1995, at page 68, which gives the following meaning to the word "arrange", namely "cause to occur", and "give instructions".

[35] The respondent submits that the Tax Court Judge gave to the word "arranging for" the meaning consistent with the jurisprudence of this Court in (*Royal Bank of Canada v. Canada*, above). CMPA argues that under the *Royal Bank* case, more than one person or group of persons can be "arranging for" the supply of a "financial service". At paragraph 57 of its memorandum of fact and law, CMPA argues the following:

This Court's decision in *Royal Bank* clearly contemplates a finding that two parties may be "arranging for" the transfer of the same security. In *Royal Bank*, the Bank (party #1) was found to have made an exempt supply by "arranging for" Royal Mutual Funds Inc. ("RMFI") (party #2) to "arrange for" the sale of securities of various Royal Bank Mutual Fund Trusts and Corporations (party #3) to retail investors (party #4). In other words, both the Bank and RMFI were "arranging for" the selling of securities by the Mutual Fund Trusts and Corporations to retail investors.

[32] Ainsi, les deux parties conviennent, à tout le moins, qu'aucune TPS n'est payable sur les honoraires des courtiers car le service qu'ils rendent est un service financier.

[33] La question en litige est de savoir si l'expression « prendre les mesures » (« *arranging for* ») aux alinéas 123(1)*d*) et *l*) de la Loi vise le service rendu par les gestionnaires de placement.

[34] L'appelante dit que ce n'est pas le cas. Elle soutient que le législateur a établi une distinction entre les services rendus par les gestionnaires de placement et ceux des courtiers. L'appelante fait valoir que le juge de la Cour de l'impôt a donné un sens beaucoup trop large à l'expression « *arranging for* » qui, selon elle, devrait s'interpréter conformément à son sens grammatical ordinaire, sans plus. L'appelante s'appuie sur le *Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9<sup>e</sup> éd., Oxford : Clarendon Press, 1995, lequel donne à la page 68 le sens suivant au mot « *arrange* », notamment [TRADUCTION] « faire en sorte qu'une chose se produise » et « donner instruction ».

[35] L'intimée soutient que le juge de la Cour de l'impôt a donné à l'expression « *arranging for* » un sens qui est conforme à la jurisprudence de notre Cour établie dans *Banque Royale du Canada c. Canada*, précité. L'ACPM fait valoir que selon la décision *Banque Royale*, plus d'une personne ou groupe de personnes peuvent « prendre les mesures [...] en vue de » fournir un « service financier ». Voici ce que soutient l'ACPM au paragraphe 57 de son exposé des faits et du droit :

[TRADUCTION] La décision de la présente Cour dans *Banque Royale* permet clairement de tirer la conclusion selon laquelle deux parties peuvent « prendre les mesures en vue d'effectuer » le transfert des mêmes titres. Dans cette décision, il a été jugé qu'il y avait eu réalisation d'une fourniture exonérée de la part de la Banque (partie #1) « en raison des mesures qu'elle avait prises en vue de » permettre à Royal Mutual Funds Inc. (« RMFI ») (partie #2) de « prendre les mesures [...] en vue d'effectuer » la vente de titres provenant de différentes fiducies et sociétés de fonds commun de placement de la Banque Royale (partie #3) à des épargnants (partie #4). En d'autres termes, la Banque et le RMFI « prenaient les mesures [...] en vue d'effectuer » la vente de titres par l'intermédiaire de fiducies et de sociétés de fonds commun de placement à des épargnants.

## ANALYSIS

[36] Three points should be made at the outset.

[37] Firstly, I accept the Tax Court Judge's remark that there is no justification for drawing a distinction between the services performed by the investment managers in respect of segregated funds and those performed in respect of pooled funds (reasons for judgment, at paragraph 46).

[38] Secondly, the term "expertise" should be clarified.

[39] In her amended reply to the notice of appeal, at subparagraph 6(a) the appellant says that:

... the over-arching purpose of hiring an investment manager ("IM") related to the IM's expertise in selecting profitable investment products and determining when to trade or sell these products.

[40] The term "expertise" does not relate to the individuals themselves. It relates to their training or specialty as a professional group. There is no question that CMPA has retained the services of highly competent investment managers, but whether, as individuals, they are competent or not is irrelevant to the issue at stake. What needs to be determined is the nature of the service supplied. To put it another way, we must understand what kind of services investment managers, with their special training or specialty, have to offer that attracts others, individuals and corporations, to retain their services.

[41] The Tax Court Judge understood well, in my view, the distinction between individual expertise and professional training when he stated at the end of his paragraph 52:

The service is not the expertise. The service is whatever it is, whether it be provided expertly or inexpertly. The degree of skill with which a particular service is provided does not determine the nature of the service.

## ANALYSE

[36] Au départ, il convient de formuler trois remarques.

[37] Premièrement, je conviens avec le juge de la Cour de l'impôt que rien ne permet de faire une distinction entre les services qui sont fournis par les gestionnaires de placement à l'égard des fonds réservés et ceux fournis à l'égard des fonds communs (motifs du jugement, au paragraphe 46).

[38] Deuxièmement, il conviendrait de préciser le sens du mot « expertise ».

[39] Au sous-alinéa 6a) de sa réponse modifiée à l'avis d'appel, l'appelante dit ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] l'objet primordial de l'embauche des gestionnaires de placement (les « GP ») se rapportait à l'expertise des GP lorsqu'il s'agissait de choisir des produits de placement rentables et de décider à quel moment il fallait échanger ces produits ou les vendre.

[40] L'« expertise » n'est pas rattachée aux personnes elles-mêmes. Elle renvoie plutôt à la formation ou spécialisation qui appartient à cette catégorie de professionnels. Il ne fait aucun doute que l'ACPM a retenu les services de gestionnaires de placement de très grande compétence, mais la question de savoir s'il s'agit de personnes compétentes n'est d'aucune pertinence en ce qui concerne la question en litige. C'est la nature du service fourni qu'il faut déterminer. Autrement dit, nous devons comprendre quel genre de services ont à offrir les gestionnaires de placement, grâce à leur formation et spécialisation particulières, pour que d'autres personnes, à savoir des particuliers et des sociétés, soient intéressées à retenir leurs services.

[41] À mon avis, le juge de la Cour de l'impôt a bien saisi la distinction entre l'expertise personnelle et la formation professionnelle lorsqu'il a déclaré à la fin de son paragraphe 52 :

Le service n'est pas composé de l'expertise. Le service est ce qu'il est, qu'il soit fourni d'une façon éclairée ou non. La nature d'un service particulier ne dépend pas du degré de compétence avec lequel ce service est fourni.

[42] Thirdly, at paragraph 48 of his reasons the Tax Court Judge relies on the decision of this Court in *Royal Bank*, above, as the basis for his conclusion that the services provided by the investment managers are “financial services” under paragraphs 123(1)(d) and (l) of the Act.

[43] A close look at the *Royal Bank* decision is in order.

[44] In that case (as explained in 2005 TCC 802, [2005] G.S.T.C. 198, Bowie T.C.J.), the Royal Bank (the Bank) entered into contracts with Royal Mutual Funds Inc. (RMFI), the Royal Trust Company and the Royal Trust Corporation of Canada whereby the Bank provided to RMFI what was called “branch services” in order to assist RMFI in carrying out functions of distribution and management of mutual funds securities within certain limits defined by the regulators. RMFI was required to be and was licensed by the provincial securities commissions to carry out such activity. As noted at paragraph 6 of the decision, the distribution of mutual fund securities was a highly regulated activity. Banks were precluded from distributing them by the provisions of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46.

[45] The “branch services” in question were thus defined in the Master Servicing Agreement (MSA) signed between RMFI, the Bank and the other signatories (see *Royal Bank*, 2005 TCC 802, at paragraph 7):

“Branch Services” means the provision of Personnel, branch offices, computer services and other necessary services of the [Bank] to permit the sale of Royal Trust Mutual Funds and RoyFunds and continuing customer service.

[46] The Bank had consistently taken the position that the branch services were taxable supplies. GST was collected and input tax credits (ITCs) were claimed. It was not in dispute that if the branch services were financial services, they were exempt services. The tax would have

[42] Troisièmement, au paragraphe 48 de ses motifs, le juge de la Cour de l’impôt s’appuie sur la décision *Banque Royale*, précitée, rendue par notre Cour, pour conclure que les services fournis par les gestionnaires de placement sont des « services financiers » visés par les alinéas 123(1)d) et l) de la Loi.

[43] Un examen attentif de la décision *Banque Royale* s’impose.

[44] Dans cette affaire (selon les explications du juge Bowie de la Cour de l’impôt dans 2005 CCI 802), la Banque Royale (la Banque) a conclu des contrats avec Fonds d’investissement Royal Inc. (FIRI), la Compagnie Trust Royal et la Société Trust Royal du Canada, aux termes desquels la Banque fournissait à FIRI ce qu’on appelait des « services de succursale » dans le but d’aider FIRI à s’acquitter de fonctions de distribution et gestion de titres de fonds commun de placement, dans le cadre de certaines limites fixées par les autorités réglementaires. Le FIRI devait détenir, et détenait, des permis délivrés par les commissions des valeurs mobilières provinciales pour exercer de telles activités. Ainsi qu’il a été souligné au paragraphe 6 de la décision, la distribution de titres de fonds commun de placement était une activité fortement réglementée et les banques ne pouvaient les distribuer en raison des dispositions de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46.

[45] Les « services de succursale » en cause ont donc été définis dans l’entente-cadre de prestation de services (l’ECPS) intervenue entre le FIRI, la Banque et les autres signataires (voir *Banque Royale*, 2005 CCI 802, au paragraphe 7) :

[TRADUCTION] Par « Services de succursale », on entend la fourniture de personnel, de bureaux de succursales, de services informatiques et d’autres services nécessaires de [la Banque] visant à permettre la vente de fonds communs de placement du Trust Royal et de RoyFund ainsi que le service continu à la clientèle.

[46] La Banque a toujours considéré que les services de succursale constituaient des fournitures imposables. La TPS était perçue et des crédits de taxe pour intrants (CTI) étaient réclamés. Il n’a pas été contesté que si les services de succursale étaient des services financiers, ils



been paid in error by the Bank and the ITCs would also have been claimed in error.

[47] The Minister assessed the Bank on the basis that the branch services fell within paragraphs *(d)* and *(l)* of subsection 123(1) of the Act. The Bank's position was that the services supplied to RMFI were administrative services excluded from the definition of "financial service" by paragraph *(t)* ("prescribed service").

[48] Bowie T.C.J., at 2005 TCC 802, rejected the Bank's argument. He accepted the *Canadian Oxford Dictionary's* [2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004] definition of "arrange" ("plan or provide for"; "cause to occur") and concluded that the service that the Bank provided to RMFI "was that of arranging for the distribution of mutual funds, together with providing ongoing customer service, including responding to customers' inquiries and completing surrender documents for customers when requested to do so". He said at paragraph 15 of his reasons:

There is no basis in the evidence upon which I could apportion the consideration between arranging for sale of units and the continuing customer service; nor did either party suggest that there was anything other than a single supply involved. To the extent that the evidence dealt with it at all, it suggests that arranging for sale of mutual funds was the dominant element of the activity. [Emphasis added.]

[49] This Court at 2007 FCA 72 paragraph 12 confirmed by saying:

The services provided by the Appellant were much more than clerical in nature and advice. It was agreed by the parties that the services should be treated as a single supply of services and not be broken down. It is obvious that the dominant and, we would say essential, characteristic of this supply of services by personnel duly licensed in conformity with the regulatory scheme was the selling of securities on behalf of RMFI, i.e. the distribution of the units of the Funds. [Emphasis added.]

constituaient des services exonérés. La Banque aurait payé les taxes par erreur et réclamé les CTI également par erreur.

[47] Le ministre a établi la cotisation de la Banque en se fondant sur le fait que les services de succursale étaient visés par les alinéas *d)* et *l)* du paragraphe 123(1) de la Loi. Selon la Banque, les services fournis au FIRI étaient des services administratifs exclus de la définition de « service financier » par l'alinéa *t)* (« services visés par règlement »).

[48] Dans *Banque Royale*, 2005 CCI 802, le juge Bowie de la Cour de l'impôt a rejeté l'argument de la Banque. Il a accepté la définition que donne le *Canadian Oxford Dictionary* [2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004] du terme « *arrange* » ([TRADUCTION] « planifier ou prévoir »; « faire en sorte qu'une chose se produise ») et il a conclu que le service que la Banque fournissait au FIRI « consistait à prendre des mesures pour la distribution de fonds communs de placement ainsi qu'à fournir des services continus à la clientèle, notamment en répondant aux demandes de renseignements des clients et en prépayant les documents de rachat pour les clients sur demande ». Il dit au paragraphe 15 de ses motifs :

Il n'existe dans la preuve aucun fondement me permettant de répartir la contrepartie entre l'organisation de ventes de parts et le service continu à la clientèle; de plus, aucune des deux parties n'a soutenu qu'il y avait autre chose qu'une seule fourniture en cause. Dans la mesure où il en était question dans la preuve, il semble que la prise de mesures en vue de la vente de fonds communs de placement ait été l'élément dominant de l'activité. [Non souligné dans l'original.]

[49] Au paragraphe 12 de 2007 CAF 72, notre Cour a confirmé cette conclusion en déclarant :

L'appelante fournissait des services qui étaient beaucoup plus que des services de soutien et des conseils. Les parties ont convenu que les services devaient être traités comme une seule fourniture de services et ne pas être divisés. Il est évident que la caractéristique dominante et, dirions-nous essentielle, de cette fourniture de services par des membres du personnel titulaires de permis conformément au régime de réglementation était la vente de valeurs mobilières pour le compte de FIRI, c'est-à-dire la distribution de parts des Fonds. [Non souligné dans l'original.]

[50] The Bank personnel had, in effect, two masters: the Bank and the RMFI. The Court was called upon to determine the nature of the services the Bank personnel delivered. Both parties agreed that the services should be treated as one single supply and not be broken down. Moreover, the evidence suggested that the selling of securities was the dominant character of the service supplied.

[51] In the case at bar, it is the nature of the service delivered by the investment managers which is at stake, not that of the investment managers and of the brokers. There is no agreement between the parties in the case at bar that the two services should not be broken down. The dominant character of the investment management services is also in dispute.

[52] I find that the *Royal Bank* case is of no assistance.

[53] I will therefore examine the nature of the services delivered by the investment managers.

[54] I will begin with the facts.

[55] The trading desk of the investment managers called by CMPA at trial consisted of individuals who would select the securities to be acquired or disposed of and execute the trading. Other investment managers issue instructions to buy and sell and the broker would execute the order. The evidence shows that investment managers are hired to think smart, to read the market and to beat the market in both good and bad times. They are analytical stock pickers, burrowing through financial statements and engaged in laborious research in relevant fields in order to discover hidden gems and detect poor stocks. It is on account of their know-how in the selection or selling of securities that they are paid, somewhat generously, on a percentage basis by reference to the size of the portfolio under management. The more successful they are in their choice of securities, the better the result. And if the value of the portfolio increases, the amount of money they receive increases. Investment management services entail a special training and the exercise of judgment in order to successfully deal with complex and ever-changing market conditions.

[50] En fait, le personnel de la Banque servait deux maîtres : la Banque et le FIRI. La Cour a été appelée à déterminer la nature des services rendus par le personnel de la Banque. Les deux parties ont convenu que les services devaient être traités comme une seule fourniture de services et ne pas être divisés. De plus, il ressortait de la preuve que la vente de valeurs mobilières constituait la caractéristique dominante du service fourni.

[51] En l'espèce, c'est la nature du service rendu par les gestionnaires de placement qui est en cause, et non la nature de celui que les gestionnaires de placement et les courtiers fournissent. Les parties n'ont pas convenu en l'espèce que les deux services ne devaient pas être divisés et elles contestent également la caractéristique dominante des services rendus par les gestionnaires de placement.

[52] Je conclus que l'affaire *Banque Royale* n'est d'aucun secours.

[53] J'examinerai donc la nature des services rendus par les gestionnaires de placement.

[54] Je commencerai par examiner les faits.

[55] La composition du pupitre de négociation des gestionnaires de placement appelés à témoigner au procès par l'ACPM comprenait des personnes dont le travail consiste à sélectionner les titres qui seront acquis ou dont il sera disposé, et qui exécutent les opérations. D'autres gestionnaires de placement donnent les ordres pour l'achat ou la vente des titres et des courtiers les exécutent. La preuve démontre que les services des gestionnaires de placement sont retenus parce qu'il s'agit de personnes habiles, parce qu'ils comprennent le marché et ont la faculté de générer un rendement supérieur à celui du marché, que la conjoncture soit bonne ou mauvaise. Leur rôle consiste à sélectionner les meilleurs titres en procédant par l'analyse d'états financiers et en effectuant des recherches poussées dans des domaines pertinents afin de découvrir la perle rare et de déceler les titres offrant de piètres rendements. C'est d'ailleurs en raison de leur savoir-faire en matière d'acquisition ou de disposition de titres qu'ils sont rémunérés, assez généreusement, en fonction d'un pourcentage calculé sur la valeur du portefeuille qu'ils gèrent. Plus leur réussite est grande dans l'acquisition de titres, plus les résultats sont

[56] The transfer of ownership of financial instruments is the end result of the exercise. “Arranging for” the transfer of ownership of a financial instrument, i.e., give instructions, cause to occur or issue buying and selling orders to the brokers is infinitesimal in terms of skill and time involved. The issuance of the order represents, however, an essential and vital part of the investment managers’ activity but it is not the dominant one. The skill shown in the pick, i.e., the research necessary for the preparation of the buying or selling order, is the core of the investment managers’ activity and the *raison d’être* of their being hired. The quality of the pick is the trademark of their profession.

[57] The legal question is the following: How should this activity as a whole be classified under subsection 123(1) of the Act?

[58] What legal meaning is to be given to the words “arranging for” of paragraph 123(1)(l) (“*prendre les mesures [pour]*”) and to the words “the service of providing advice” (“*les services de conseil*”) in paragraph 123(1)(p) of the Act?

[59] I find that the policy statements and various other documents referred to by the respondents, namely GST Policy Statement P-119 – Trailer Commission Servicing Fees, dated February 22, 1994; GST/HST Policy Statement P-239 – Meaning of the term “arranging for” as provided in the definition of “financial service”, dated January 30, 2002; Michael Wilson, Department of Finance, “Goods and Services Tax: Notice of Ways and Means Motion”, *Canadian Goods and Services Tax Reports No. 4*, (December 19, 1989); Michael Wilson, Department of Finance, “Goods and Services Tax Technical Paper”, *Canadian Goods and Services Tax Reports No. 1*, (August

prostants. Si la valeur du portefeuille croît, les sommes qu’ils reçoivent augmentent également. La prestation de services de gestion de placement nécessite une formation particulière et une capacité de jugement de la part des gestionnaires de placement pour qu’ils soient en mesure de se pencher sur des conditions de marché complexes en mouvance constante.

[56] Le résultat final de l’exercice est le transfert de propriété d’effets financiers. « Prendre les mesures [...] en vue d’effectuer » le transfert de propriété d’un effet financier, c.-à-d., donner des instructions, faire en sorte que soient données ou donnent les ordres d’achat ou de vente aux courtiers ne requièrent qu’une dose infime de savoir-faire et de temps. Bien que les ordres ainsi donnés constituent une partie essentielle et vitale des activités des gestionnaires de placement, elle n’est cependant pas celle qui prédomine. Le savoir-faire démontré dans la sélection, c.-à-d., la recherche nécessaire à la préparation de l’ordre d’achat ou de vente, constitue l’activité principale des gestionnaires de placement et la raison d’être de leur embauche. La qualité de la sélection est la marque de commerce de leur profession.

[57] La question de droit qui se pose est la suivante : considérée dans son ensemble, comment cette activité devrait-elle être classée suivant le paragraphe 123(1) de la Loi?

[58] Quel sens juridique doit-il être donné aux expressions « *arranging for* » à l’alinéa 123(1)l) (« prendre les mesures [pour] ») et « *the service of providing advice* » (« les services de conseil ») à l’alinéa 123(1)p) de la Loi?

[59] J’estime inutiles les énoncés de politique et les divers autres documents auxquels renvoie l’intimée, notamment l’Énoncé de politique sur la TPS P-119 – Honoraires de service (commission remorque), daté du 22 février 1994; l’Énoncé de politique sur la TPS/TVH P-239 – Signification de l’expression « prendre les mesures en vue de l’effectuer » que l’on trouve dans la définition de « service financier », daté du 30 janvier 2002; Michael Wilson, ministère des Finances, « Goods and Services Tax: Notice of Ways and Means Motion », *Canadian Goods and Services Tax Reports No. 4*, (19 décembre 1989); Michael Wilson, ministère des Finances,

8, 1989), are not useful: either they are too general or the examples described are not those of the case at bar, or they assert propositions without demonstrating their well-foundedness.

[60] The *Concise Oxford Dictionary of Current English* lists equivalent terms as “cause to occur”, “give instructions”. The *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* [11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003] refers to “make preparations for”: “plan”. The French phrase “*prendre des mesures*” refers to “*prendre les dispositions, les mesures pour*”.

[61] I find that the words “give instructions”, “make preparations for”, “*prendre les dispositions pour*” are all acceptable and are as wide and as elastic as one wishes them to be.

[62] On the one hand, there is the world of a difference between the services of the investment managers and those of a broker who generally accomplishes a more mechanical type of work. If I were to retain the dominant character of the investment managers’ services, the research and analysis aspect of the trade would be the dominant character of the services they supply.

[63] On the other hand, the research and analysis aspect of the trade will be purposeless if it does not end with a buy or sell order or a “hold” decision. The final order is an essential characteristic of the management of the funds by the investment manager. Otherwise, the investment manager does not manage at all.

[64] I find that, considered as a whole, the services performed by investment managers cannot be divided. It is a mix. They do not provide advice, since there is no one to provide advice to except themselves. The end result of their services is to “cause to occur a transfer of ownership ... of a financial instrument”. They fall within paragraphs 123(1)(d) and (l) of the Act.

« Goods and Services Tax Technical Paper », *Canadian Goods and Services Tax Reports No. 1*, (8 août 1989) : ils sont ou bien d’ordre trop général, ou alors les exemples donnés ne correspondent pas à ceux en l’espèce, ou encore ils appuient des thèses sans en démontrer le bien-fondé.

[60] Le *Concise Oxford Dictionary of Current English* énumère des expressions équivalentes telles « *cause to occur* » (« faire en sorte qu’une chose se produise »), « *give instructions* » (« donner des directives »). Le *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* [11<sup>e</sup> éd. Springfield, Mass. : Merriam-Wester, 2003] indique « *make preparations for* » (« prendre les dispositions en vue de »); « *plan* » (« planifier »). En français, l’expression « prendre des mesures » équivaut à dire « prendre les dispositions, les mesures pour ».

[61] Je conclus que les expressions « *give instructions* », « *make preparations for* » et « prendre les dispositions pour » sont toutes acceptables et que leur sens peut s’avérer aussi large et élastique qu’on le veut.

[62] D’une part, il y a un monde de différence entre les services rendus par les gestionnaires de placement et ceux des courtiers dont, de façon générale, la nature des tâches est plus mécanique. Si je devais retenir le caractère dominant des services rendus par les gestionnaires de placement, j’opterais sans doute pour la recherche et l’aspect analytique de la profession.

[63] D’autre part, la recherche ainsi que l’aspect analytique de la profession s’avéreraient inutiles s’ils ne se traduisaient pas ultimement par un ordre d’acquisition ou de disposition, ou encore de « statu quo ». L’ordre final est un élément essentiel de la gestion des fonds par les gestionnaires de placement. Autrement, le gestionnaire de placement ne gère en rien.

[64] Je conclus que les services, examinés dans leur ensemble, rendus par les gestionnaires de placement ne peuvent être divisés. Il s’agit d’un amalgame. Ces gestionnaires ne prodiguent pas d’avis puisqu’il n’y a personne pour les recevoir et qu’ils sont les seuls à en bénéficier. La conséquence ultime de leurs services est de « prendre les dispositions en vue d’effectuer la cession de propriété [...] d’un effet financier ». Ces services sont visés par les alinéas 123 (1)d) et l) de la Loi.

[65] As a result, the services they provide are exempt financial services.

[66] I would dismiss this appeal with costs.

NADON J.A.: I agree.

BLAIS J.A.: I agree.

[65] En conséquence, les services qu'ils fournissent sont des services financiers exonérés.

[66] Je rejetterais l'appel avec dépens.

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

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

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## ARMED FORCES

Judicial review of decision by Director General Canadian Forces Grievance Administration (Grievance Authority) refusing applicant's second level grievance for filing out of time without reasonable cause—Applicant filing grievance two months after expiration of submission period—Grievance Authority determining not in interests of justice to accept out-of-time grievance pursuant to *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), s. 7.10(4)—Issue, interpretation of QR&O, s. 7.10(4)—Heavy workload of applicant's counsel sole reason for delay—Granting extension for such reason without other explanation not in interests of justice—Applicant not discharging burden of offering valid explanation when supporting request for extension, therefore, Grievance Authority's decision reasonable—QR&O, s. 7.10(4) providing that any refusal of extension must be in writing—Three-page decision providing reasons of refusal sufficient—QR&O, s. 7.10 clear, no discretion to hear grievance submitted out of time unless in interests of justice to do so—Application dismissed.

HUDON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-443-09, 2009 FC 1092, Boivin J., judgment dated October 26, 2009, 16 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of negative admissibility decision whereby applicant found inadmissible pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 35(1)(a)—Applicant admitted to Canada in 1985, obtaining permanent resident status in 1986, while Minister knew of his involvement in crimes against humanity—Minister's permit in 1985, current inadmissibility allegations not determinations of same question; doctrines of *res judicata*, issue estoppel inapplicable—One positive admissibility decision not excusing subsequent inadmissibility—With regard to abuse of process allegations for delays, applicant bearing heavy burden in establishing prejudice or unfair hearing, which was not met herein—Lastly, Act, s. 35(1)(a) not retrospective by imposing present consequences to past behaviour—Parliament choosing to treat past and present participation in crimes against humanity as continuing fact—Thus, s. 35(1)(a) has prospective application as merely changing consequences for continuing fact—Applicant's past legal status unchanged—Even if s. 35(1)(a) considered retrospective, Act, s. 33 clearly indicating Parliament's intention of applying impugned provision to past events—Application dismissed.

LOPES V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-240-09, 2010 FC 403, O'Keefe J., judgment dated April 14, 2010, 42 pp.)

#### *Removal of Refugees*

Motion for stay of removal pending judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA), application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Enforcement officer refusing to defer applicant's removal pending outcome of these applications, informing applicant about right to have PRRA, permanent residence application on H&C grounds reassessed if leave granted after removal—Such statement error in law as failing to realize implications of *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 171—Officer also failing to assess *bona*

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

*fides* of PRRA, H&C applications, assessing risk instead, which is beyond his jurisdiction—While judicial review of negative PRRA, good faith of such proceedings not automatically resulting in stay, difficult to accept Parliament intended that it was “reasonably practicable” for enforcement officer to deprive applicant of very recourse given by Parliament—Tripartite test for granting of stay met in case at bar—Motion granted.

SHPATI V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-1396-10, 2010 FC 367, Harrington J., judgment dated April 7, 2010, 15 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Persons in Need of Protection*

Judicial review of negative pre-removal risk assessment (PRRA) refusing applicant’s application for protection pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), ss. 96, 97—Applicant subject to removal order after suffering injury—Applicant’s PRRA claiming high risk of death if not receiving required medical care—Officer finding risks pertaining to inadequate healthcare not among risks described in IRPA, ss. 96, 97—Whether officer erring in assessing evidence, determining applicant not at risk—Although basing conclusions upon evidence placed before him, officer cannot be confining himself in PRRA application to such evidence—Both Citizenship and Immigration Canada PRRA Operation Manual, *Hassaballa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 489, requiring officer to conduct own research—Officer might have found that disabled persons in applicant’s country face multiple discrimination, giving rise to persecution under IRPA, s. 96—Officer clearly recognizing possibility of discrimination in delivery of healthcare amounting to persecution, but finding no evidence in support of such finding—Nevertheless, delivering healthcare in discriminatory manner can be foundation for PRRA claim—Officer’s decision not reasonable when neglecting to consider whether applicant’s PRRA application exempted from exclusion in IRPA, s. 97(1)(b)(iv)—Application allowed.

AMPONG V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1639-09, 2010 FC 35, Russell J., judgment dated January 12, 2010, 18 pp.)

*Persons with Temporary Status*

Judicial review of immigration officer’s decision refusing to extend temporary resident permit (TRP)—After considering applicant’s extensive criminal record, his child’s best interests, officer deciding that seriousness of crimes outweighing family reunification—Officer having no jurisdiction to consider mitigating factors surrounding applicant’s convictions—Although officer considered such factors, she could have chosen not to give any significant weight to those factors—Officer intelligibly considered all factors both for, against extending TRP—If one considers it necessary to take into account best interest of children affected by TRP applications, as officer did herein, no particular methodology is required, unlike applications on humanitarian grounds, where officers should assess children’s interests in accordance with directives already outlined by Federal Court of Appeal in *Hawthorne v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCA 475, [2003] 2 F.C. 555—Very little evidence submitted regarding applicant’s child—Officer’s decision reasonable—Application dismissed.

MARQUES V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5136-08, 2010 FC 376, O’Keefe J., judgment dated April 8, 2010, 13 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE***Excise Tax Act*

Plaintiff seeking recovery of overpaid federal sales tax between 1982–1985 regarding sales of bathroom tissue products—Claim disallowed by Canada Revenue Agency because of failure to identify “bathroom tissues” as product for which refund requested, subsequent request to include “bathroom tissues” within refund claims made outside statutory limitation period—Legislative amendments to *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 68 not changing Federal Court of Appeal’s interpretation that

## CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

s. 68 requiring applicant for refund specify nature of error, identity of goods for which refund claimed—Claim for refund with regard to sale of bathroom tissue products made well beyond limitation period—Appeals dismissed.

KRUGER PRODUCTS LIMITED V. CANADA (T-1509-07, T-1510-07, T-1511-07, T-1512-07, T-1513-07, 2010 FC 381, Martineau J., judgment dated April 12, 2010, 25 pp.)

## EMPLOYMENT LAW

Judicial review of Independent Third Party Reviewer's decision dismissing applicant's request for recourse concerning Canada Revenue Agency's (CRA) internal staffing decision—Issue whether CRA acting arbitrarily by revoking employment offer made to applicant as a result of corrective measures initiated because of mistakes in job posting—Staffing at CRA governed by Staffing Program established pursuant to *Canada Revenue Agency Act*, S.C. 1999, c. 17, s. 54(1)—Reviewer mischaracterizing nature of CRA's error pertaining to job posting, misapplying rules of staffing process to findings, asking wrong questions in resolving issue—Reviewer focussing on evaluation of other candidates when really, should have focussed on treatment of individual in process (i.e. applicant)—Staffing Program providing corrective measures for errors in job posting—Instead, reviewer applying general staffing principle—Such principle not taking precedence over specific corrective measures provided for in Staffing Program when responding to employee's pursuit of recourse—Reviewer's decision thus unreasonable since not properly considering measures available in Staffing Program—Application allowed.

McLAUGHLIN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1022-09, 2010 FC 399, Mandamin J., judgment dated April 13, 2010, 13 pp.)

## FEDERAL COURT JURISDICTION

Judicial review of Canada Border Services Agency's (CBSA) refusal to rescind instruction letter, valuation report stating applicant had "reason to believe" he was incorrectly valuing its imported goods since 2005—Whether applicant precluded from applying for judicial review by *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.5—According to *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 32.2(3), 59(1)(a), corrections of valuation considered, within Act, as redeterminations, which in turn must follow specific route of review, appeal set out in Act, ss. 60–72.1—Parliament wanting specified administrative, quasi-judicial, judicial review system provided in Act to be followed to exclusion of any other paths of review or appeal—Therefore, applicant must request redetermination by CBSA's president, followed by appeal to Canadian International Trade Tribunal if unsatisfied, then judicial review by Federal Court of Appeal—Similar reasoning found in case law, including *Fritz Marketing Inc. v. Canada*, 2009 FCA 62, [2009] 4 F.C.R. 314, where same statutory provisions reviewed—Parliament's clear intention ousts judicial review by Federal Court under *Federal Courts Act*, s. 18.1, since s. 18.5 of same Act engaged—Application dismissed.

JOCKEY CANADA COMPANY LIMITED V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (T-524-09, 2010 FC 396, Mandamin J., judgment dated April 13, 2010, 16 pp.)

## FISHERIES

Applicants seeking order in nature of *mandamus* requiring enforcement of Department of Fisheries and Oceans (DFO) direction issued against municipality to stop flow of saline water from one lake to another pursuant to *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, s. 38(6)—Applicants submitting Act, ss. 36(4), 38(4) to be construed broadly to give full effect to public policy, aim of Act—Management, control, protection of fishing resources overall scheme of Act—Words "out of the normal course of events" in s. 38(4) meaning not regular, typical, usual—Thus, issue becoming whether saline water in lake usual, regular occurrence—Legislator's use, qualification of word "may" in s. 38(6), instead of "shall" in ss. 38(4), 38(5), meaning DFO inspector left with appreciation of circumstances, decision regarding which measures to take—Court satisfied word "may" giving DFO inspector discretion to exercise powers—No indication that decision of not issuing new direction based on irrelevant considerations, bad faith—Court cannot direct how DFO inspector should exercise powers if reasonable grounds to exercise discretion present—Application dismissed.

ST. BRIEUX (TOWN) V. CANADA (FISHERIES AND OCEANS) (T-806-09, 2010 FC 427, Gauthier J., order dated April 19, 2010, 25 pp.)



**PATENTS**

## INFRINGEMENT

Plaintiff Bauer Hockey Corp. owner of Canadian Patent No. 2302953, PCT Patent No. PCT/CA9800845 ('953 patent) relating to design of hockey skates—Plaintiff alleging defendant not only infringing '953 patent by manufacture, sale of several skate models, but also inducing others to infringe '953 patent—For there to be infringement by inducing or procuring: (1) alleged acts must have been completed by direct infringer; (2) those acts must be influenced by alleged inducer; (3) the inducer must be knowingly exercising influence—No legal rationale requiring “intent to infringe” on part of inducer, producer—Accepting that this kind of infringement must be done deliberately, with knowledge of patent would create unjustifiable distinction between companies manufacturing own products, those who have them manufactured by others—However, knowledge of existence of patent can be part of overall circumstances considered when determining whether party deliberately inducing another—Defendant liable for infringing '953 patent in respect of skates manufactured by other company—Action allowed; counterclaim dismissed.

BAUER HOCKEY CORP. v. EASTON SPORTS CANADA INC. (T-237-02, 2010 FC 361, Gauthier J., judgment dated April 1, 2010, 123 pp.)

## PRACTICE

Respondent seeking confidentiality order relating to its notice of allegation (NOA)—Respondent concerned other generic drug companies having insight, assistance in reviewing NOA, therefore gaining commercial advantage—Such request exceptional to principle of open, accessible court procedures—No precedent for designating NOA as confidential for such purpose—No evidence provided of serious risk to respondent’s commercial advantage regarding market position, timing of market entry—Characterizing market position as important commercial interest not within meaning outlined in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522—No principle of public interest at stake—Compromising principle of open judicial process in manner sought by respondent only protecting possible commercial advantage, leading to greater secrecy surrounding proceedings—Respondent’s request gravely diminishing value of open, accessible court proceedings, of need in preserving public confidence in integrity of administration of justice—Motion dismissed.

PFIZER CANADA INC. v. NOVOPHARM LIMITED (T-1868-09, 2010 FC 409, Milczynski P., order dated April 14, 2010, 10 pp.)

**PRACTICE**

## DISCOVERY

*Anton Piller Orders*

Review of “rolling” Anton Piller Order (APO), defined as APO issued against John Doe and Jane Doe because defendants are unknown, as discussed in *Club Monaco Inc. v. Woody World Discounts* (1999), 2 C.P.R. (4th) 436 (F.C.T.D.)—Principal authority concerning APO is Supreme Court of Canada’s (S.C.C.) decision in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189—However, present instance first time “rolling” APO has been fully litigated, or where sufficiently rigorous arguments have been raised by defendant—Whether plaintiff’s needs have been balanced against concerns of defendant, public—Whether due regard has been given to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), s. 8—When reviewing APO, four criteria from S.C.C.’s decision in *Celanese* must be met—In addition, since case at bar dealing with “rolling” APO, review must also consider criteria set out in *Club Monaco*—Successfully obtaining important evidence after search, in and of itself, not demonstrating likelihood evidence would have been destroyed—Plaintiff presenting very little evidence indicating any risks of very serious actual or potential damages, also not demonstrating any likelihood of defendants hiding or destroying evidence—Since several potential defendants, who were sent written notices regarding issue, were known to plaintiff before instituting action or seeking initial APO, “rolling” APO unfounded, inappropriate—Finally, given manner in which order obtained, including careless, misleading evidence, awarding defendants reasonable costs on full indemnity basis appropriate—Action dismissed.

VINOD CHOPRA FILMS PRIVATE LIMITED v. JOHN DOE (T-91-10, 2010 FC 387, Hughes J., order dated April 12, 2010, 30 pp.)

**TRADE-MARKS**

## EXPUNGEMENT

Applicants seeking expungement of trade-mark STENNER, as constituting surname which was not distinctive at time of registration, commencement of expungement proceedings—Applicant also contending respondent never using trade-mark alone before registration—Parties arguing about shifting onus, i.e. respondent having to establish entitlement to exception from prohibition against surnames, applicant then having onus to show mark invalid—Shifting onus myth dispelled—Registered trade-mark presumed valid until person seeking expungement can prove otherwise, as clearly stated in *E-mall.ca Inc. v. Cheaptickets and Travel Inc.*, 2008 FCA 50, [2009] 2 F.C.R. 43—Evidence confirming lack of actual use of trade-mark before registration since respondent was always using STENNER in conjunction with other words—Trade-mark never acquiring any distinctiveness—Applications allowed.

CIBC WORLD MARKETS INC. v. STENNER FINANCIAL SERVICES LTD. (T-2216-07, 2010 FC 397, Phelan J., judgment dated April 13, 2010, 18 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

---

## BREVETS

### CONTREFAÇON

La demanderesse Bauer Hockey Corp. est propriétaire du brevet canadien n° 2302953, brevet PCT n° PCT/CA9800845 (le brevet '953) qui a trait à la conception de patins de hockey—La demanderesse affirmait que la défenderesse contrevenait non seulement au brevet '953 en fabriquant et vendant plusieurs modèles de patins, mais aussi en incitant des tiers à contrevénir à ce brevet—Pour qu'il y ait contrefaçon par incitation : 1) les prétendus actes doivent avoir été exécutés par le contrefacteur directement; 2) ces actes doivent avoir été influencés par l'incitateur allégué; 3) l'incitateur doit exercer l'influence sciemment—Aucun argument juridique n'impose une intention de contrefaire de la part de l'incitateur ou du fabricant—Le fait d'accepter que ce type de contrefaçon doit être effectuée sciemment et en connaissance du brevet crée une distinction injustifiable entre les entreprises fabriquant leurs propres produits et celles qui les font fabriquer par des tiers—Cependant, le fait de savoir qu'un brevet existe peut faire partie des circonstances globales prises en compte pour trancher la question de savoir si une partie a sciemment incité une autre partie—La défenderesse était responsable de contrefaçon du brevet '953 à l'égard de patins fabriqués par l'autre entreprise—Action accueillie; demande reconventionnelle rejetée.

BAUER HOCKEY CORP. C. EASTON SPORTS CANADA INC. (T-237-02, 2010 CF 361, juge Gauthier, jugement en date du 1<sup>er</sup> avril 2010, 123 p.)

### PRATIQUE

L'intimée sollicitait une ordonnance de confidentialité à l'égard de son avis d'allégation (AA)—L'intimée craignait que d'autres fabricants de médicaments génériques aient un aperçu de son AA et auraient de l'aide pour l'examiner, obtenant ainsi un avantage commercial—Cette requête faisait exception au principe de la publicité des débats judiciaires—Aucun précédent n'indique qu'un AA est confidentiel à cette fin—Aucun élément de preuve n'a été produit relativement au risque grave à l'avantage commercial de l'intimée, à la position sur le marché et au choix de l'arrivée sur le marché—La caractérisation de la position sur le marché comme un intérêt commercial important n'est pas visée par le sens énoncé dans l'arrêt *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522—Aucun principe d'intérêt public n'était en jeu—Le fait de compromettre le principe de la publicité des débats judiciaires de la façon que le demande l'intimée n'a pour objet que de protéger l'avantage commercial possible, menant ainsi à une plus grande confidentialité dans les procédures—La requête de l'intimée réduit grandement la valeur de la publicité des débats judiciaires et la nécessité de conserver la confiance du public quant à l'intégrité de l'administration de la justice—Requête rejetée.

PFIZER CANADA INC. C. NOVOPHARM LIMITED (T-1868-09, 2010 CF 409, protonotaire Milczynski, ordonnance en date du 14 avril 2010, 10 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## EXCLUSION ET RENVOI

*Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire de la décision d'interdiction de territoire—Le demandeur a été déclaré interdit de territoire en application de l'art. 35(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Le demandeur est arrivé au Canada en 1985 et s'est vu reconnaître le statut de résident permanent en 1986, alors que le ministre savait qu'il avait participé à des crimes contre l'humanité—Le permis ministériel de 1985 et les allégations actuelles d'interdiction de territoire ne tranchaient pas la même question; les doctrines de *res judicata* et de préclusion pour même question en litige étaient inapplicables—Une décision favorable n'excuse pas une décision ultérieure d'interdiction de territoire—Quant aux allégations d'abus de procédure en raison de retards, le demandeur assumait un lourd fardeau pour établir qu'il y avait eu préjudice ou une audience injuste, fardeau qu'il ne s'est pas acquitté en l'espèce—Enfin, l'art. 35(1)a) de la Loi n'est pas rétroactif du fait qu'il impose des conséquences actuelles à un comportement passé—Le législateur a choisi de traiter la participation passée et actuelle aux crimes contre l'humanité comme un fait continu—Ainsi, l'art. 35(1)a) est d'application prospective parce qu'il modifie tout simplement les conséquences d'un fait continu—Le statut juridique passé du demandeur demeure inchangé—Même si l'art. 35(1)a) est réputé être rétroactif, l'art. 33 de la Loi fait manifestement état de l'intention du législateur d'appliquer la disposition contestée à des événements passés—Demande rejetée.

LOPES C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-240-09, 2010 CF 403, juge O'Keefe, jugement en date du 14 avril 2010, 42 p.)

*Renvoi de réfugiés*

Requête pour surseoir au renvoi en attendant l'issue du contrôle judiciaire de la décision défavorable relative à l'examen des risques avant renvoi (ERAR) et de la demande, faite de l'intérieur du Canada, de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire—L'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi du demandeur en attendant l'issue de ces demandes et a avisé le demandeur du droit de faire réévaluer l'ERAR et la demande de résidence fondée sur des motifs d'ordre humanitaire si l'autorisation est accordée après le renvoi—Cette déclaration constitue une erreur de droit parce qu'elle ne met pas en œuvre les répercussions de l'arrêt *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 171—En outre, l'agent n'a pas évalué l'authenticité de la demande d'ERAR et de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, appréciant plutôt le risque, ce qui ne relève pas de sa compétence—Bien que le contrôle judiciaire d'une décision défavorable relative à un ERAR et que des procédures intentées de bonne foi n'entraînent pas nécessairement un sursis, il est difficile d'accepter que le législateur voulait que l'agent d'exécution prive le demandeur du recours même consenti par le législateur « dès que les circonstances le permettent »—Le critère tripartite applicable pour accorder le sursis a été rempli en l'espèce—Requête accueillie.

SHPATI C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-1396-10, 2010 CF 367, juge Harrington, jugement en date du 7 avril 2010, 15 p.)

## STATUT AU CANADA

*Personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision défavorable à l'égard de l'examen des risques avant renvoi (ERAR) et rejetant la demande d'asile du demandeur en application des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)—Le demandeur était visé par une mesure de renvoi après avoir été blessé—La demande d'ERAR du demandeur était fondée sur l'idée que sa vie serait grandement menacée s'il ne recevait pas les soins médicaux nécessaires—L'agent a conclu que les risques liés à des soins de santé inadéquats ne figurent pas parmi les risques énoncés aux art. 96 et 97 de la LIPR—Il s'agissait de savoir si l'agent avait commis une erreur dans son appréciation de la preuve et en concluant que le demandeur ne serait pas exposé à une menace ou à un risque—Même si les conclusions tirées par l'agent étaient fondées sur des éléments de preuve dont il disposait, l'agent ne pouvait se limiter à examiner cette preuve dans le contexte d'une demande d'ERAR—Tant le guide des politiques et procédures relatives à l'ERAR de Citoyenneté et Immigration Canada et l'affaire *Hassaballa c. Canada (Ministre*

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

*de la Citoyenneté et de l'Immigration*), 2007 CF 489 obligent l'agent à mener ses propres recherches—L'agent aurait pu trouver que les personnes handicapées dans le pays du demandeur sont exposées à de multiples discriminations, qui peuvent équivaloir à de la persécution en vertu de l'art. 96 de la LIPR—L'agent a clairement reconnu qu'il était possible que des pratiques discriminatoires équivalant à de la persécution aient cours en matière de fourniture de soins de santé, mais il a conclu qu'aucun élément de preuve n'étayait cette conclusion—Néanmoins, des soins de santé entachés de discrimination peuvent fonder une demande d'ERAR—La décision de l'agent était déraisonnable dans la mesure où il a omis d'étudier si la demande d'ERAR du demandeur échappait à l'exclusion opérée par l'art. 97(1)b)(iv) de la LIPR—Demande accueillie.

AMPONG C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-1639-09, 2010 CF 35, juge Russell, jugement en date du 12 janvier 2010, 18 p.)

*Personnes ayant un statut temporaire*

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle une agente d'immigration a refusé d'accorder un permis de séjour temporaire (PST)—Après avoir pris en considération le casier judiciaire volumineux du demandeur et l'intérêt supérieur de l'enfant de ce dernier, l'agente a conclu que la gravité des crimes l'emportait sur la réunification de la famille—L'agente n'avait pas compétence pour tenir compte de facteurs atténuants qui avaient trait aux déclarations de culpabilité du demandeur—Bien que l'agente ait examiné ces facteurs, elle aurait pu choisir de ne pas leur accorder de poids considérable—L'agente a pris en compte de façon intelligible tous les facteurs en faveur de l'octroi d'un PST et contre cet octroi—Si l'on tient pour acquis qu'il est nécessaire de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant visé par une demande de PST, comme l'agente l'a fait en l'espèce, aucune méthode particulière ne s'impose, contrairement aux demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire, où les agents devraient apprécier l'intérêt des enfants à la lumière des directives énoncées par la Cour d'appel fédérale dans *Hawthorne c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CAF 475, [2003] 2 C.F. 555—Très peu d'éléments de preuve ont été produits relativement à l'enfant du demandeur—La décision de l'agente était raisonnable—Demande rejetée.

MARQUES C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5136-08, 2010 CF 376, juge O'Keefe, jugement en date du 8 avril 2010, 13 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Contrôle judiciaire du refus de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) d'annuler la lettre de directive et le rapport d'évaluation, précisant que la demanderesse avait « des motifs de croire » qu'elle évaluait incorrectement ses marchandises importées depuis 2005—Il s'agissait de savoir s'il était interdit à la demanderesse de présenter une demande de contrôle judiciaire en application de l'art. 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7—Selon les art. 32.2(3) et 59(1)a) de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, les corrections de la déclaration sont assimilées, suivant la Loi, à une révision, qui elle doit respecter le processus de révision énoncé aux art. 60 à 72.1 de la Loi—Le législateur voulait que les intéressés utilisent les recours administratifs, quasi judiciaires et judiciaires prévus par la Loi à l'exclusion de toute autre voie de révision ou d'appel—Par conséquent, la demanderesse devait demander une révision de la part du président de l'ASFC, puis se pourvoir en appel devant le Tribunal canadien du commerce extérieur et, enfin, demander un contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale—On trouve un raisonnement semblable dans la jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Fritz Marketing Inc. c. Canada*, 2009 CAF 62, [2009] 4 R.C.F. 314, où les mêmes dispositions ont été étudiées—L'intention manifeste du législateur élimine le contrôle judiciaire de la Cour fédérale en application de l'art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* puisque l'art 18.5 de cette Loi trouve application—Demande rejetée.

JOCKEY CANADA COMPANY LIMITED C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (T-524-09, 2010 CF 396, juge Mandamin, jugement en date du 13 avril 2010, 16 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LA TAXE D'ACCISE

La demanderesse sollicitait la récupération de la taxe de vente fédérale payée en trop entre 1982 et 1985 à l'égard de ventes de produits de papier hygiénique—L'Agence du revenu du Canada a rejeté la demande parce que la demanderesse n'a pas indiqué qu'elle souhaitait obtenir un remboursement à l'égard du « papier hygiénique », et que la demande ultérieure présentée pour faire inclure le « papier hygiénique » dans les demandes de remboursement a été soumise après l'expiration du délai—La modification législative apportée à l'art. 68 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, n'a pas changé l'interprétation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle l'art. 68 oblige la personne qui sollicite un remboursement de préciser la nature de l'erreur et des biens à l'égard desquels le remboursement est demandé—La demande de remboursement relative à la vente de produits de papier hygiénique a été déposée bien après l'expiration du délai prévu—Appels rejetés.

PRODUITS KRUGER LIMITÉE C. CANADA (T-1509-07, T-1510-07, T-1511-07, T-1512-07, T-1513-07, 2010 CF 381, juge Martineau, jugement en date du 12 avril 2010, 25 p.)

**DROIT DE L'EMPLOI**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'examineur indépendant a rejeté la demande de recours du demandeur relativement à la décision interne en matière de dotation de l'Agence du revenu du Canada (ARC)—Il s'agissait de savoir si l'ARC s'était comportée de façon arbitraire en révoquant l'offre d'emploi présentée au demandeur par suite de mesures correctives entamées en raison d'erreurs contenues dans l'avis de poste à pourvoir—La dotation en personnel à l'ARC est régie par le programme de dotation en personnel instauré en application de l'art. 54(1) de la *Loi sur l'Agence du revenu du Canada*, L.C. 1999, ch. 17—L'examineur a mal caractérisé la nature de l'erreur de l'ARC quant à l'avis de poste à pourvoir, a appliqué erronément les règles du processus de dotation et n'a pas posé les bonnes questions pour trancher le point en litige—L'examineur s'est attaché à l'évaluation des autres candidats alors qu'il aurait dû, en réalité, se concentrer sur le traitement du particulier visé par le processus (c.-à-d. le demandeur)—Le programme de dotation en personnel prévoit des mesures correctives applicables aux erreurs contenues dans un avis de poste à pourvoir—L'examineur a plutôt appliqué le principe général en matière de dotation—Ce principe ne l'emporte pas sur les mesures correctives précises énoncées dans le programme de dotation en personnel lorsqu'il s'agit de donner suite aux recours de l'employé—La décision de l'examineur était donc déraisonnable puisqu'il n'a pas tenu compte à juste titre des mesures prévues dans le programme de dotation en personnel—Demande accueillie.

McLAUGHLIN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1022-09, 2010 CF 399, juge Mandamin, jugement en date du 13 avril 2010, 13 p.)

**FORCES ARMÉES**

Contrôle judiciaire de la décision du Directeur général de l'Autorité des griefs des Forces canadiennes (l'Autorité des griefs) refusant le grief du demandeur au deuxième palier au motif que le grief a été soumis hors délai sans justification raisonnable—Le demandeur a soumis son grief deux mois après l'expiration du délai prescrit—L'Autorité des griefs a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt de la justice d'accepter le grief hors délai en vertu de l'art. 7.10(4) des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (Ordonnances et règlements royaux)—La question en litige portait sur l'interprétation de l'art. 7.10(4) des *Ordonnances et règlements royaux*—La surcharge de travail de l'avocat du demandeur était l'unique raison invoquée pour justifier le retard—Accorder une prorogation de délai pour ce motif sans autre explication n'était pas dans l'intérêt de la justice—Le demandeur ne s'était pas déchargé de son fardeau et n'avait invoqué aucune raison valable à l'appui de sa demande afin de justifier une prorogation de délai; par conséquent, la décision de l'Autorité des griefs était raisonnable—L'art. 7.10(4) des *Ordonnances et règlements royaux* prévoit que le refus d'accorder une prolongation de délai doit être motivé par écrit—La décision de trois pages énonçant les motifs du refus était bien motivée—L'art. 7.10(4) des *Ordonnances et règlements royaux* est clair; il n'y a aucune discrétion d'accepter d'entendre un grief soumis hors délai à moins qu'il soit dans l'intérêt de la justice de le faire—Demande rejetée.

HUDON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-443-09, 2009 CF 1092, juge Boivin, jugement en date du 26 octobre 2009, 16 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

## RADIATION

Les demandeurs sollicitaient la radiation de la marque de commerce STENNER parce qu'il s'agissait d'un nom de famille qui n'était pas distinctif au moment de son enregistrement ou au début de la procédure en radiation—De même, les demandeurs affirmaient aussi que la défenderesse n'avait jamais utilisé la marque de commerce seule avant l'enregistrement—Les parties ont traité du fardeau qui se déplace, c.-à-d. que la défenderesse devait établir qu'elle avait droit à l'exception quant à l'interdiction d'utiliser un nom de famille et les demandeurs devaient ensuite démontrer que la marque n'était pas valable—Le mythe du fardeau qui se déplace a été réfuté—Une marque de commerce déposée est réputée être valable jusqu'à ce que la personne qui en demande la radiation puisse prouver le contraire, comme il est indiqué clairement dans l'arrêt *Emall.ca Inc. c. Cheaptickets and Travel Inc.*, 2008 CAF 50, [2009] 2 R.C.F. 43—La preuve démontrait que la marque de commerce n'avait pas été effectivement employée avant l'enregistrement parce que la défenderesse employait toujours STENNER de concert avec d'autres mots—La marque de commerce n'a jamais acquis de caractère distinctif—Demandes accueillies.

MARCHÉS MONDIAUX CIBC INC. C. STENNER FINANCIAL SERVICES LTD. (T-2216-07, 2010 CF 397, juge Phelan, jugement en date du 13 avril 2010, 18 p.)

**PÊCHES**

Les demandeurs sollicitaient une ordonnance de *mandamus* pour contraindre le ministère des Pêches et des Océans (MPO) à appliquer une directive prise contre la municipalité pour mettre fin à l'écoulement d'eau saline d'un lac à un autre en application de l'art. 38(6) de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14—Les demandeurs soutenaient que les art. 36(4) et 38(4) de la Loi doivent être interprétés largement pour donner plein effet à la politique générale et à l'objet de la Loi—Le programme général de la Loi vise la gestion, la surveillance et la protection des ressources halieutiques—Le mot « irréguliers » utilisé à l'art. 38(4) qualifie des actes qui ne sont pas courants ou habituels—La question litigieuse était donc celle de savoir si l'eau saline dans le lac est un événement habituel—L'emploi par le législateur du verbe « pouvoir » et la nuance apportée à l'art. 38(6) plutôt que l'emploi du verbe « devoir » et l'utilisation de l'indicatif présent comme c'est le cas aux art. 38(4) et 38(5) signifie que l'inspecteur du MPO est chargé d'apprécier la situation et de prendre une décision quant aux mesures à prendre—La Cour était convaincue que le mot « peut » conférerait à l'inspecteur du MPO le pouvoir discrétionnaire d'exercer les pouvoirs—Rien n'indiquait que la décision de ne pas prendre une nouvelle directive reposait sur des facteurs sans pertinence ou sur la mauvaise foi—La Cour ne pouvait pas ordonner la façon dont l'inspecteur du MPO devrait exercer ses pouvoirs s'il existe des motifs raisonnables lui permettant d'exercer son pouvoir discrétionnaire—Demande rejetée.

ST. BRIEUX (VILLE) C. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS) (T-806-09, 2010 CF 427, juge Gauthier, ordonnance en date du 19 avril 2010, 25 p.)

**PRATIQUE**

## COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Ordonnances Anton Piller*

Examen d'une ordonnance Anton Piller « à portée étendue », soit une ordonnance Anton Piller rendue contre des défendeurs inconnus appelés M<sup>ms</sup> et M. Untel, tel qu'il appert de l'affaire *Club Monaco Inc. c. Woody World Discounts*, [1999] A.C.F. n° 1645 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)—La décision principale relative aux ordonnances Anton Piller est celle rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189—Cependant, il s'agissait en l'espèce de la première fois qu'une ordonnance Anton Piller « à portée étendue » était débattue à fond et où des arguments assez rigoureux avaient été invoqués par le défendeur—Il s'agissait de savoir si les besoins de la demanderesse avaient été mis en balance avec les préoccupations du défendeur et du public—Il s'agissait de savoir si une importance avait été accordée à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.)—Dans le cadre d'un examen d'une ordonnance Anton Piller, les quatre critères énoncés dans l'arrêt *Celanese* doivent être remplis—De plus, comme l'affaire en l'espèce portait sur une ordonnance Anton Piller « à portée étendue », l'examen



**PRATIQUE—Fin**

devait aussi tenir compte des critères formulés dans l'affaire *Club Monaco*—Le fait d'obtenir des éléments de preuve d'importance à la suite d'une perquisition ne fait pas état en soi de la probabilité que ces éléments de preuve soient détruits—La demanderesse a produit très peu d'éléments de preuve démontrant qu'il y avait des risques de graves dommages réels ou éventuels, et n'a pas établi non plus qu'il y avait une possibilité que les défendeurs cachent ou détruisent des éléments de preuve—Comme la demanderesse connaissait plusieurs défendeurs éventuels, à qui elle avait transmis un avis écrit quant à la question litigieuse, avant d'intenter l'action ou de demander la première ordonnance Anton Piller, l'ordonnance Anton Piller « à portée étendue » n'était pas fondée et était inopportune—Enfin, compte tenu de la façon dont l'ordonnance a été obtenue, notamment des éléments de preuve négligents ou trompeurs, l'adjudication de frais raisonnables aux défendeurs à la valeur maximale était opportune—Action rejetée.

VINOD CHOPRA FILMS PRIVATE LIMITED C. M. UNITEL (T-91-10, 2010 CF 387, juge Hughes, ordonnance en date du 12 avril 2010, 30 p.)