

The City of Moose Jaw and The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553

Appellants

v.

The Saskatchewan Human Rights Commission and Roy Day Respondents

INDEXED AS: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. MOOSE JAW (CITY)

File No.: 20501.

1989: February 27; 1989: December 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Civil rights — Mandatory retirement — Labour contract providing for mandatory retirement for fire fighters — Alleged discrimination on the basis of age — Defence of bona fide occupational qualification — Fire fighter retired — Whether or not City had established "reasonable" occupational qualification defence — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 16(7).

Respondent Day was a fire fighter with the City of Moose Jaw who was retired pursuant to a collective agreement. Both the City and the Union had declined to grant Day an extension of his retirement date as provided for in the collective agreement. As a result Day filed a complaint with the Saskatchewan Human Rights Commission alleging a violation of the prohibition against discrimination on the basis of age contained in s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*.

The Board of Inquiry appointed pursuant to the Code held that the City and the Union had discriminated against Day on the basis of age, contrary to ss. 16(1) and 18 of the Code respectively, and that the s. 16(7) defence of "reasonable occupational qualification and requirement" had not been made out. The Board's decision was reversed on an appeal taken to the Saskatchewan Court of Queen's Bench. Day died before a further appeal to the Court of Appeal was heard. That Court permitted the appeal to proceed on the initiative of the Commission, allowed the appeal and restored the order of the Board of Inquiry.

Held: The appeal should be allowed.

The controversy on which this proceeding was founded disappeared on Day's death. Both the Court of

La ville de Moose Jaw et The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553

Appellants

a. c.

La Saskatchewan Human Rights Commission et Roy Day Intimés

RÉPERTORIÉ: SASKATCHEWAN (HUMAN RIGHTS COMMISSION) c. MOOSE JAW (VILLE)

b

N° du greffe: 20501.

1989: 27 février; 1989: 21 décembre.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

d *Libertés publiques — Retraite obligatoire — Convention collective prévoyant la retraite obligatoire de pompiers — Plainte de discrimination fondée sur l'âge — Moyen de défense de l'exigence professionnelle réelle — Mise à la retraite d'un pompier — La ville a-t-elle établi le moyen de défense de l'exigence professionnelle «raisonnable»? — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(7).*

e L'intimé Day, un pompier de la ville de Moose Jaw, a été mis à la retraite en application d'une convention collective. La ville et le syndicat ont tous les deux refusé de remettre sa retraite à plus tard en vertu de la convention. Day a en conséquence saisi la Saskatchewan Human Rights Commission d'une plainte alléguant la violation de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge édictée par le par. 16(1) de *The Saskatchewan Human Rights Code*.

f La commission d'enquête constituée conformément au Code a jugé que la ville et le syndicat avaient commis à l'endroit de Day une discrimination fondée sur l'âge, contrairement au par. 16(1) et à l'art. 18 du Code, et qu'ils n'avaient pas établi le moyen de défense de l'«exigence professionnelle raisonnable» prévu au par. 16(7). La décision de la commission a été infirmée en appel par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Day est décédé avant qu'un nouvel appel devant la Cour d'appel soit entendu. Cette cour a autorisé la Human Rights Commission à poursuivre l'appel, a accueilli cet appel et a rétabli l'ordonnance de la commission d'enquête.

g *Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

j Le différend qui a donné naissance au présent litige a cessé d'exister à la mort de Day. L'appel, dès lors sans

Appeal and this Court properly exercised their discretion and heard the appeal notwithstanding that it was moot.

The City established that its mandatory retirement policy was a reasonable occupational requirement within the terms of s. 16(7) of the Code. The issues of law which this appeal shared in common with *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, were resolved in that case.

Cases Cited

Applied: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; **referred to:** *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (1976).

Statutes and Regulations Cited

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 16(1), (7), 18, 30(1)(a), 32(1).
Saskatchewan Regulation 216/79, s. 1(b).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1987), 57 Sask. R. 241, 40 D.L.R. (4th) 143, [1987] 5 W.W.R. 173, 87 CLLC ¶ 17,024, allowing an appeal from a judgment of the Saskatchewan Court of Queen's Bench (1984), 33 Sask. R. 105, [1984] 4 W.W.R. 468, 84 CLLC ¶ 17,022, allowing an appeal from a decision of a Board of Inquiry created under *The Saskatchewan Human Rights Code*. Appeal allowed.

John Zimmer, for the appellant the City of Moose Jaw.

Ronald Hagan, for the appellant The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553.

Milton C. Woodard, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—The facts in this appeal, and the issues it raises, are virtually identical to those in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297.

objet, a néanmoins été entendu par la Cour d'appel et par notre Cour qui ont exercé de la façon appropriée leur pouvoir discrétionnaire.

La ville a établi que sa politique de retraite obligatoire constituait une exigence professionnelle raisonnable au sens du par. 16(7) du Code. Les questions de droit communes au présent pourvoi et à l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, ont été tranchées dans cette dernière affaire.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; **arrêt mentionné:** *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (1976).

Lois et règlements cités

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 16(1), (7), 18, 30(1)a), 32(1).
Saskatchewan Regulation 216/79, art. 1b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1987), 57 Sask. R. 241, 40 D.L.R. (4th) 143, [1987] 5 W.W.R. 173, 87 CLLC ¶ 17,024, qui a accueilli un appel d'un jugement de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan (1984), 33 Sask. R. 105, [1984] 4 W.W.R. 468, 84 CLLC ¶ 17,022, accueillant un appel interjeté contre une décision d'une commission d'enquête constituée en vertu de *The Saskatchewan Human Rights Code*. Le pourvoi est accueilli.

John Zimmer, pour l'appelante la ville de Moose Jaw.

Ronald Hagan, pour l'appelant The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553.

Milton C. Woodard, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Les faits et les questions en litige dans ce pourvoi sont presque identiques à ceux de l'affaire *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

Facts

The respondent Day commenced employment as a fire fighter with the appellant City of Moose Jaw ("the City") in 1947. A collective agreement entered into in 1974 by the City and the appellant The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553 ("the Union"), provided for a gradual reduction in the mandatory retirement age for fire fighters, from sixty-five to sixty over a ten-year period. Pursuant to the collective agreement Day was retired at the end of February 1980, at age sixty-two. Both the City and the Union had declined to grant Day an extension of his retirement date as provided for in the collective agreement. As a result Day filed a complaint with the Saskatchewan Human Rights Commission alleging a violation of the prohibition against discrimination on the basis of age contained in s. 16(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1 ("the Code").

Board of Inquiry

The Board of Inquiry (the "Board") appointed pursuant to the Code held that the City and the Union had discriminated against Day on the basis of age, contrary to ss. 16(1) and 18 of the Code respectively, and that the s. 16(7) defence of "reasonable occupational qualification and requirement" had not been made out.

The Board first concluded that Day's mandatory retirement upon attaining age sixty-two amounted to *prima facie* age discrimination. The central issue for the Board's consideration was the proper interpretation of the words "reasonable occupational qualification and requirement" in s. 16(7) of the Code, as defined in s. 1(b) of Saskatchewan Regulation 216/79. The Board held that the standard of proof to be applied in considering a s. 16(7) defence is the ordinary civil standard of proof on a balance of probabilities, and that the burden of proof is borne by the employer. The Board held further that this Court's decision in *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202 ("*Etobicoke*"), was binding upon it. It is the Board's application of *Etobicoke* that has precipitated the appeal now before us.

Les faits

L'intimé Day a commencé à travailler comme pompier pour la ville de Moose Jaw («la ville»), appelante, en 1947. Une convention collective conclue en 1974 entre la ville et The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553 («le syndicat»), appelant, prévoyait la réduction graduelle, sur une période de dix ans, de l'âge de retraite obligatoire des pompiers de soixante-cinq à soixante ans. En application de la convention collective, Day a été mis à la retraite à la fin de février 1980, à l'âge de soixante-deux ans. La ville et le syndicat ont tous les deux refusé le report de son départ à la retraite, en vertu de la convention. Day a en conséquence saisi la Saskatchewan Human Rights Commission d'une plainte alléguant la violation de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge édictée par le par. 16(1) de *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1 («le Code»).

La commission d'enquête

La commission d'enquête (la «commission») constituée conformément au Code a jugé que la ville et le syndicat avaient commis à l'endroit de Day une discrimination fondée sur l'âge, contrairement au par. 16(1) et à l'art. 18 du Code, et qu'ils n'avaient pas établi le moyen de défense de l'«exigence professionnelle raisonnable».

La commission a conclu d'abord que la retraite obligatoire de Day à l'âge de soixante-deux ans constituait à première vue de la discrimination. La question essentielle à examiner par la commission était celle de l'interprétation à donner à l'expression «exigence professionnelle raisonnable» employée au par. 16(7) du Code et définie à l'al. 1b) du règlement 216/79 de la Saskatchewan. Selon la commission, la norme de preuve à appliquer dans le cas du moyen de défense prévu au par. 16(7) était la norme ordinaire en matière civile de la preuve selon la prépondérance des probabilités dont la charge incombe à l'employeur. La commission s'estimait en outre liée par l'arrêt de notre Cour *Commission ontarienne des droits de la personne c. Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202 («*Etobicoke*»). C'est l'application de cet arrêt par la commission qui a donné lieu au présent pourvoi.

The Board took the view that the absence of the term “*bona fide*” in the Saskatchewan legislation, and the presence instead of the term “reasonable”, mandated that the subjective aspect of the test enunciated by McIntyre J. in *Etobicoke* not apply in relation to the s. 16(7) defence, and that, therefore, it was irrelevant whether the occupational requirement in question was set honestly and in good faith, or otherwise. The Board thus held that the objective aspect of the test in *Etobicoke* was the operative test under s. 16(7). That test, set out in *Etobicoke* by McIntyre J. at p. 208, requires that an employer against whom a *prima facie* case of discrimination has been made out show that the impugned qualification or requirement is:

... related in an objective sense to the performance of the employment concerned, in that it is reasonably necessary to assure the efficient and economical performance of the job without endangering the employee, his fellow employees and the general public.

The Board’s interpretation of the Saskatchewan legislation and its application of *Etobicoke* are contained in the following portions of its reasons for decision:

It is the Board’s view that the case law establishes that it is still necessary for the employer to show that all members of the restricted class ... had the intolerable characteristic or that the incidence in that group was so great and not sufficiently identifiable as to make the risks from continuing to employ members of the group intolerable in the circumstances. It is the Board’s view that the wording of this test, although taken from the *Tamiami* decision was adopted by the Supreme Court of Canada in the *Etobicoke* case when the Court made reference to ‘sufficient risk of employee failure’.

The American decision referred to by the Board is the judgment of the United States Court of Appeals in *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976). The Board continued its reasons by propounding a test:

From its review of the case law the Board concludes that in order to establish a reasonable occupational qualification exception within the meaning of Section 16(7) of the *Code* the Respondent must meet the following requirements:

Selon la commission, le fait qu’à la place de «*bona fide*» («réelle») figurait dans la loi de la Saskatchewan le terme «reasonable» («raisonnable») signifiait que l’aspect subjectif du critère énoncé par le juge McIntyre dans l’arrêt *Etobicoke* ne s’appliquait pas au moyen de défense prévu au par. 16(7) et qu’en conséquence il importait peu que l’exigence professionnelle en question ait été posée sincèrement et de bonne foi ou non. La commission a donc décidé que l’aspect objectif du critère établi dans l’arrêt *Etobicoke* était celui à appliquer aux fins du par. 16(7). Ce critère, formulé dans l’arrêt *Etobicoke* par le juge McIntyre, à la p. 208, exige qu’un employeur contre lequel a été faite une preuve *prima facie* de discrimination démontre que l’exigence contestée:

... se rapport[e] objectivement à l’exercice de l’emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l’exécution efficace et économique du travail sans mettre en danger l’employé, ses compagnons de travail et le public en général.

L’interprétation donnée par la commission à la loi de la Saskatchewan ainsi que son application de l’arrêt *Etobicoke* ressortent des extraits suivants des motifs de sa décision:

[TRADUCTION] La commission estime que la jurisprudence établit qu’il est encore nécessaire pour l’employeur de prouver que tous les membres de la catégorie visée par la restriction [...] possédaient la caractéristique inadmissible ou que celle-ci se manifestait tellement fréquemment parmi les membres de ce groupe ou était tellement difficile à déceler que les risques inhérents au maintien en fonction de ces personnes devenaient intolérables dans les circonstances. La commission estime que la formulation de ce critère, quoique tirée de l’arrêt *Tamiami*, a été adoptée par la Cour suprême du Canada qui, dans l’arrêt *Etobicoke*, parle d’un «risque d’erreur humaine suffisant».

L’arrêt américain auquel se réfère la commission a été rendu par la Cour d’appel des États-Unis dans l’affaire *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, 531 F.2d 224 (5th Cir. 1976). La commission a poursuivi en formulant le critère que voici:

[TRADUCTION] Son examen de la jurisprudence amène la commission à la conclusion que, pour établir une exception fondée sur l’existence d’une exigence professionnelle raisonnable au sens du par. 16(7) du *Code*, l’intimée doit remplir les conditions énumérées ci-après:

- (a) In situations where employment involves risk to the public, which includes the case before the Board, the *Etobicoke* case establishes the test as: “whether the evidence adduced justifies the conclusion that there is sufficient risk of employee failure in those over the mandatory retirement age to warrant the early retirement in the interests of safety of the employee, his fellow employees and the public at large”.
- (b) That, in attempting to meet this burden, evidence of a medical and scientific nature will be considerably more persuasive than impressionistic evidence.
- (c) That the burden of proof, which is on the Respondent is no less in “public risk” situations, but merely that the Respondent is allowed to establish risk as opposed to inability and to establish that risk on the balance of probabilities.
- (d) That before risk of employee failure can be identified with a certain class it must be shown that the characteristics creating the risk either pervade the entire class or that those members of the class having such characteristics cannot be sufficiently identified through testing or other means in order that they might be retired.
- (e) That what will amount to “sufficient risk” must be determined in relation to the severity of the consequences, so that less increased risk might establish the exception where the results could be catastrophic, such as in the transportation cases whereas greater risk might not be sufficient in situations where there is more possibility of backup and support such as in a group or team type of work.
- (f) That the imposition of the requirement must be reasonable, that is a reasonable solution to the presence of the risk which needs to be minimized.
- a) Pour les situations où le maintien en fonction entraîne un risque pour le public, tel le cas dont la commission est saisie, l’arrêt *Etobicoke* établit le critère suivant: «si la preuve fournie justifie la conclusion que les personnes qui ont atteint l’âge de la retraite obligatoire présentent un risque de défaillance de l’employé suffisant pour justifier la mise à la retraite prématurée dans l’intérêt de l’employé, de ses compagnons de travail et du public en général».
- b) Pour s’acquitter de cette obligation, une preuve de nature médicale et scientifique sera bien plus convaincante que de simples impressions.
- c) La charge de la preuve, qui incombe à l’intimée, n’est pas moins lourde dans les situations comportant un «risque pour le public», mais il lui est simplement permis d’établir le risque plutôt que l’incapacité et de prouver ce risque selon la prépondérance des probabilités.
- d) Avant que le risque de défaillance de l’employé puisse être rattaché à une certaine catégorie de personnes, il doit être démontré que les caractéristiques d’où naît le risque se manifestent parmi tous les membres de la catégorie en question ou encore qu’il est impossible par des tests ou par d’autres moyens de déterminer avec une certitude suffisante les membres de la catégorie qui possèdent ces caractéristiques, afin qu’ils puissent être mis à la retraite.
- e) Ce qui constitue un «risque suffisant» doit être déterminé en fonction de la gravité des conséquences, de sorte que l’existence d’un risque moins grand établirait peut-être l’exception lorsque les résultats pourraient être catastrophiques, comme c’est le cas dans les affaires en matière de transport, tandis qu’un risque plus grand pourrait s’avérer insuffisant dans des situations où il y a de meilleures possibilités d’obtenir de l’aide ou du soutien, par exemple dans le cas d’un travail de groupe ou d’équipe.
- f) L’exigence doit être raisonnable, c’est-à-dire qu’elle doit représenter une solution raisonnable face à l’existence du risque devant être atténué.

The Board then canvassed the evidence of the various experts called by both the appellants and the respondents in order to determine if the above test had been met on the facts of this case. The Board recognized that fire fighting was an arduous task, but stated that the appellants had not demonstrated that there was sufficient risk of employee

La commission a fait ensuite l’examen de la preuve des différents experts produits tant par les appelants que par les intimés, afin de déterminer si, d’après les faits de l’espèce, on avait satisfait au critère énoncé ci-dessus. La commission a reconnu le caractère ardu du travail de pompier, mais a dit que les appelants n’avaient pas démontré l’exis-

failure in those over the mandatory retirement age to warrant the retirement of Day at age sixty-two. The Board appeared to impose a burden on the employer, again adopting principles from the *Tamiami* decision, that the employer prove that it is "impossible or highly impractical" to conduct individualized testing. However, the Board found as a fact, on the basis of the extensive record before it, that individual performance testing to eliminate those who would be unable to perform the tasks of a fire fighter was feasible:

The Board concludes that, even though there was no burden on it to do so, the Commission has established on a balance of probabilities that individual firefighters at high risk of having a CHD [coronary heart disease] event can be detected and removed from the firefighting force without a blanket resort to age and at a cost which would not be prohibitive.

What the Human Rights Code requires in a case such as this is a balancing of the right of each individual employee to continue to work in spite of his age against the risk to the public and to other employees created by the nature of the duties to be performed. This Board has taken its obligation to balance the right against the risk extremely seriously and is satisfied that the risk of employee failure can be adequately reduced by performance testing and screening for potential CHD events through medical histories followed by possible tread mill stress testing.

In view of the test set out by the Board this finding resulted in the conclusion that the s. 16(7) defence had not been made out.

Court of Queen's Bench (1984), 33 Sask. R. 105

An appeal from the Board's decision was taken to the Saskatchewan Court of Queen's Bench pursuant to s. 32 of the Code, according to which appeals may be taken only on questions of law.

Matheson J. held that the Board erred in law in adopting a test for a reasonable occupational

tence, chez les personnes ayant dépassé l'âge de retraite obligatoire, d'un risque de défaillance de l'employé suffisant pour justifier la mise à la retraite de Day à l'âge de soixante-deux ans. La commission, adoptant encore une fois des principes établis dans l'arrêt *Tamiami*, semble avoir imposé à l'employeur la charge de prouver qu'il est [TRA-
DUCTION] «impossible ou hautement impraticable» de procéder à des tests individuels. Se fondant sur la preuve abondante produite devant elle, la commission a toutefois conclu qu'il était faisable d'administrer des tests d'aptitude individuels pour écarter les personnes incapables de s'acquitter des tâches d'un pompier:

[TRADUCTION] La commission conclut que, même si elle n'était pas tenue de le faire, la Human Rights Commission a établi selon la prépondérance des probabilités que les pompiers présentant un grand risque d'insuffisance coronarienne, peuvent être détectés et écartés du corps des pompiers, sans recourir à une restriction générale fondée sur l'âge et sans que le coût soit prohibitif.

Le Code exige dans un cas de ce genre qu'on soupèse le droit de chaque employé de continuer à travailler malgré son âge, d'une part, et le risque auquel se trouvent exposés le public et d'autres employés compte tenu de la nature des tâches à exécuter, d'autre part. Cette commission a pris très au sérieux son obligation de soupeser ce droit et ce risque et elle est convaincue que le risque de défaillance de l'employé peut être réduit suffisamment par des tests d'aptitude et par une vérification de la prédisposition aux insuffisances coronariennes, par consultation de dossiers médicaux suivie éventuellement d'épreuves d'effort sur tapis roulant.

Étant donné le critère énoncé par la commission d'enquête, cette conclusion a conduit à la décision que le moyen de défense prévu au par. 16(7) n'avait pas été établi.

La Cour du Banc de la Reine (1984), 33 Sask. R. 105

La décision de la commission d'enquête a été portée en appel devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan conformément à l'art. 32 du Code, qui dispose qu'appel ne peut être interjeté que sur des questions de droit.

Le juge Matheson a conclu que la commission avait commis une erreur de droit en adoptant un

qualification modelled on the American test in *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, *supra*, and that the *Tamiami* test had not been adopted by this Court in *Etobicoke*. Matheson J. rejected the assertion that the employer must show that all members of the restricted class must possess the "intolerable characteristic", as this would involve placing an impossible burden upon employers. As well, he held that nothing in *Etobicoke* suggested that the employer need establish, in the Board's words, that "... the incidence in that group was so great and not sufficiently identifiable as to make the risks from continuing to employ members of the group intolerable in the circumstances."

Matheson J. held that the Board erred in law when it concluded that the respondents [appellants herein] failed to displace the burden of showing that functional testing on an individualized basis was "impossible or highly impractical". As a consequence of this error Matheson J. reversed the Board's decision and dismissed Day's complaint.

Court of Appeal (1987), 57 Sask. R. 241

A further appeal was taken to the Court of Appeal for Saskatchewan. Before the appeal was heard, the respondent Day died. However, Bayda C.J.S., speaking for the court, was of the view that the Saskatchewan Human Rights Commission is a party to all proceedings before a board of inquiry by virtue of s. 30(1)(a) of the Code, and any such party enjoys the right to appeal granted by s. 32(1) of the Code. The appeal was, therefore, permitted to proceed on the initiative of the Commission. This ruling was not challenged in this Court.

The judgment of Bayda C.J.S. in the present case has been reviewed in *Saskatoon Fire Fighters*, and it would serve no purpose to repeat that review here. In his conclusion, Bayda C.J.S. dealt

critère de ce qui constituait une exigence professionnelle raisonnable qui était modelé sur le critère américain formulé dans l'arrêt *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.*, précité, et que ce dernier critère n'avait pas été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Etobicoke*. Le juge Matheson a rejeté l'assertion qu'il incombe à l'employeur de démontrer que tous les membres de la catégorie touchée par la restriction possèdent la «caractéristique inadmissible», car ce serait là imposer aux employeurs une obligation dont il leur serait impossible de s'acquitter. Il a conclu en outre que rien dans l'arrêt *Etobicoke* n'indique que l'employeur doit établir, pour reprendre les propos de la commission, que la caractéristique en question «... se manifestait tellement fréquemment parmi les membres de ce groupe ou était tellement difficile à déceler que les risques inhérents au maintien en fonction de ces personnes devenaient intolérables dans les circonstances».

Le juge Matheson a décidé que la commission avait commis une erreur de droit en concluant que les intimés [appelants en l'espèce] ne s'étaient pas acquittés de l'obligation qui leur incombait de démontrer que des tests individuels d'aptitude étaient «impossibles ou hautement impraticables». Vu cette erreur, le juge Matheson a infirmé la décision de la commission et a rejeté la plainte de Day.

La Cour d'appel (1987), 57 Sask. R. 241

Un nouvel appel a été formé devant la Cour d'appel de la Saskatchewan. L'intimé Day est décédé avant que l'appel soit entendu. Le juge en chef Bayda, au nom de la cour, a toutefois estimé que, suivant l'al. 30(1)a) du Code, la Saskatchewan Human Rights Commission est partie à toute procédure devant une commission d'enquête et qu'elle jouit à ce titre du droit d'appel que confère le par. 32(1) du Code. L'autorisation a donc été accordée à la Human Rights Commission de poursuivre l'appel, décision qu'on ne conteste pas devant notre Cour.

Les motifs du juge en chef Bayda dans la présente affaire ont été étudiés dans l'arrêt *Saskatoon Fire Fighters* et il est inutile de refaire cet examen ici. Dans sa conclusion, le juge en chef Bayda

specifically with the circumstances of the Day complaint, as follows at p. 255:

As for the Day case, the Board, although at one point in its reasons appeared to state the proper test, proceeded to apply a modified **Etobicoke** test. In so doing, however, it in large measure applied the same principles one would need to apply to determine the existence of the element of exclusivity required under the Saskatchewan **Regulations**. The fact that the Board did not specifically say it was doing that does not affect the result it reached. The Board found, in effect, that the employer did not discharge the onus upon him to prove exclusivity of the unrestricted age group and concluded that the employer did justify the discrimination the Board initially found. This was the proper conclusion under Saskatchewan law. The Board was right to hold that a violation of s. 16(1) occurred. The appellate judge was wrong to reverse the Board's decision.

Consequently, the Court of Appeal set aside Matheson J.'s decision, and restored the order of the Board of Inquiry.

Disposition

Upon the unfortunate death of the respondent Day, the controversy upon which this proceeding was founded disappeared. Both the Court of Appeal and this Court heard the appeal notwithstanding that it was moot. This was an appropriate exercise of discretion in order to resolve issues of law which this appeal shared in common with *Saskatoon Fire Fighters*. Those issues have been resolved in the reasons in that case which need not be repeated here. It is sufficient to state that the Board erred in law in concluding as it did that the City had failed to establish that its mandatory retirement policy was a reasonable occupational requirement within the terms of s. 16(7) of the Code. I agree with Bayda C.J.S. that, without expressly saying so, the Board in effect applied the exclusivity test which has been held to constitute an error of law in *Saskatoon Fire Fighters*.

The issues of law having been resolved, in light of the circumstances outlined above, it is unneces-

traite particulièrement des circonstances de la plainte de Day, à la p. 255:

[TRADUCTION] Pour ce qui est du cas de Day, la commission d'enquête, quoiqu'elle paraisse à un endroit dans ses motifs énoncer le critère approprié, a par la suite appliqué une variante du critère établi dans l'arrêt **Etobicoke**. En le faisant, toutefois, elle a dans une grande mesure appliqué les principes qu'il faudrait appliquer pour déterminer l'existence de l'élément d'exclusivité exigé par le **règlement** de la Saskatchewan. Le fait que la commission d'enquête n'a pas dit explicitement que c'est ce qu'elle faisait ne change en rien la conclusion à laquelle elle est arrivée. La commission a décidé en fait que l'employeur ne s'était pas acquitté de la charge qui lui incombait de prouver l'exclusivité de ce groupe d'âge, sans restriction, et a conclu que l'employeur n'avait pas justifié la discrimination qu'elle avait constatée. C'était la conclusion qui s'imposait sous le régime du droit de la Saskatchewan. La commission a eu raison de dire qu'il y avait eu violation du par. 16(1). C'est donc à tort que le juge d'appel a infirmé la décision de la commission.

La Cour d'appel a en conséquence infirmé la décision du juge Matheson et a rétabli l'ordonnance de la commission d'enquête.

Dispositif

Avec le décès malheureux de l'intimé Day, le différend qui a donné naissance au présent litige n'existait plus. L'appel, dès lors sans objet, a néanmoins été entendu par la Cour d'appel et par notre Cour. Il s'agit là d'un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire afin de régler des questions de droit communes au présent pourvoi et à l'affaire *Saskatoon Fire Fighters*. Ces questions ont été tranchées dans les motifs rédigés dans cette dernière affaire, qu'il n'y a pas lieu de répéter ici. Il suffit de dire que la commission d'enquête a commis une erreur de droit en concluant que la ville n'avait pas établi que sa politique de retraite obligatoire était une exigence professionnelle raisonnable au sens du par. 16(7) du Code. Je suis d'accord avec le juge en chef Bayda que, sans le reconnaître explicitement, la commission a en fait appliqué le critère d'exclusivité qui a été jugé erroné en droit dans l'arrêt *Saskatoon Fire Fighters*.

Comme les questions de droit ont été tranchées et compte tenu des circonstances exposées plus

sary to consider whether the matter should be remitted to the Board to be dealt with according to law. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside, and the judgment of Matheson J. restored; costs to the appellants against the respondent Commission both here and in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant the City of Moose Jaw: John C. Zimmer, Moose Jaw.

Solicitor for the appellant The Moose Jaw Fire Fighters Association, Local 553: Ronald G. Hagan, Moose Jaw.

Solicitor for the respondents: Milton C. Woodard, Saskatoon.

haut, il est inutile d'examiner si l'affaire devrait être renvoyée à la commission d'enquête pour qu'elle statue conformément aux règles de droit appropriées. Par conséquent, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et le jugement du juge Matheson rétabli. Les dépens des appelants tant en notre Cour qu'en Cour d'appel seront supportés par l'intimée la Human Rights Commission.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante la ville de Moose Jaw: John C. Zimmer, Moose Jaw.

Procureur de l'appelant The Moose Jaw Fire Fighters Association, section locale 553: Ronald G. Hagan, Moose Jaw.

Procureur des intimés: Milton C. Woodard, Saskatoon.