

**Olive Patricia Dickason** *Appellant*

v.

**The Governors of the University of Alberta** *Respondents*

and

**The Alberta Human Rights Commission** *Respondent*

INDEXED AS: DICKASON v. UNIVERSITY OF ALBERTA

File No.: 22700.

1992: May 5; 1992: September 24.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, d Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Civil rights — Equality rights — Mandatory retirement — Provincial legislation prohibiting discrimination on basis of age — Employer may show that alleged contravention "reasonable and justifiable in the circumstances" — Whether university's policy of mandatory retirement at age 65 justified — Whether criteria for limiting Charter rights under s. 1 apply — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 7, 11.1.*

*Courts — Appellate review — Findings of fact — Curial deference — Whether appellate court should disturb findings of fact made by board of inquiry and Court of Queen's Bench.*

Appellant, a tenured full professor at the University of Alberta, was forced to retire at the age of 65 pursuant to a mandatory retirement clause in the collective agreement between the university and its academic staff. She filed a complaint with the Alberta Human Rights Commission alleging that her forced retirement contravened s. 7 of the *Individual's Rights Protection Act* by discriminating against her on the basis of her age. Section 11.1 of the Act provides that discrimination on a prohibited ground will be permitted if the employer shows that the breach was "reasonable and justifiable in the circumstances". The board of inquiry appointed to hear appellant's complaint decided in her favour and ordered that

**Olive Patricia Dickason** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Les gouverneurs de l'Université de l'Alberta** *Intimés*

et

b

**L'Alberta Human Rights Commission** *Intimée*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: DICKASON c. UNIVERSITÉ DE L'ALBERTA

Nº du greffe: 22700.

1992: 5 mai; 1992: 24 septembre.

d Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

<sup>e</sup> *Libertés publiques — Droits à l'égalité — Retraite obligatoire — Loi provinciale interdisant la discrimination en raison de l'âge — L'employeur peut démontrer que la violation alléguée est «raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances» — La politique de l'université fixant l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans est-elle justifiée? — Les critères permettant de limiter en vertu de l'article premier les droits garantis par la Charte s'appliquent-ils? — Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7, 11.1.*

<sup>g</sup> *Tribunaux — Révision en appel — Conclusions de fait — Retenue judiciaire — La cour d'appel doit-elle modifier les conclusions de fait tirées par une commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine?*

<sup>i</sup> h L'appelante, professeur permanente à l'Université de l'Alberta, a été forcée de prendre sa retraite à l'âge de 65 ans conformément à une clause relative à la retraite obligatoire prévue dans la convention collective conclue entre l'université et son corps professoral. Elle a présenté devant l'Alberta Human Rights Commission une plainte dans laquelle elle prétendait que sa mise à la retraite forcée violait l'art. 7 de l'*Individual's Rights Protection Act* puisqu'elle faisait ainsi l'objet de discrimination fondée sur l'âge. L'article 11.1 de la Loi prévoit que la discrimination fondée sur un motif interdit sera permise si l'employeur établit que la dérogation était «raisonnable et justifiable, eu égard aux circons-

j

she be reinstated. The Court of Queen's Bench upheld that decision, but it was overturned by the Court of Appeal.

*Held* (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The university has shown that the impugned practice of mandatory retirement is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act*.

*Per* La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: In the construction of human rights legislation, the rights enunciated must be given their full recognition and effect, while defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly. In applying the test set out in *Oakes* for determining whether legislation can be justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Court has adopted a flexible standard of proof which responds to the varying contexts in which the state seeks to invoke justification for the impugned legislation. Since a challenge brought under the *Charter* to legislation enacted by the state obviously affects a state interest, due deference must be given to the actions of the state manifested by the legislation under attack. The policy rationale for this varying standard cannot be automatically transferred to the consideration of human rights legislation, where the challenge will be to the actions of a private party. *Charter* cases may thus assist in the development of the test for determining whether a defence under s. 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act* has been established, but the *Oakes* model is only appropriate if it is applied without any trace of deference to a private defendant, and only with a large measure of flexibility and due regard to the context.

tances». La commission d'enquête constituée pour examiner la plainte de l'appelante a tranché en sa faveur et ordonné sa réintégration. Cette décision a été maintenue par la Cour du Banc de la Reine, puis renversée par la Cour d'appel.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'université a démontré que la pratique contestée de mise à la retraite obligatoire est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci: En interprétant la législation sur les droits de la personne, il faut reconnaître pleinement les droits qui y sont énoncés et leur donner effet pleinement, tandis que les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive. Dans l'application du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour déterminer si une loi peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour a adopté une norme de preuve souple qui tient compte des divers contextes dans lesquels l'État cherche à invoquer une justification pour sauvegarder la disposition législative contestée. Vu que la contestation en vertu de la *Charte* d'une disposition législative adoptée par l'État a évidemment une incidence sur un intérêt de l'État, il faut faire preuve de retenue à l'égard des actions de l'État manifestées par la disposition législative contestée. Le raisonnement de principe pour cette norme variable ne peut être appliqué automatiquement à l'examen d'une loi sur les droits de la personne, lorsque la contestation porte sur les actions d'une partie privée. La jurisprudence relative à la *Charte* peut donc être utile pour concevoir le critère permettant de déterminer si l'on a établi le moyen de défense prévu à l'art. 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*, mais le modèle de l'arrêt *Oakes* n'est adéquat que s'il est appliqué sans la moindre retenue à l'égard d'un défendeur privé, et seulement avec beaucoup de souplesse et en tenant dûment compte du contexte.

Le principe de common law de la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait tirées par un tribunal de première instance a dans une large mesure été adopté dans le cadre du contrôle des décisions de tribunaux administratifs, même si la norme de contrôle est toujours régie par leur loi habilitante. La retenue judiciaire doit s'appliquer aux conclusions de fait d'un tribunal administratif lorsqu'il y a une clause privative ou que les conclusions sont tirées dans le champ des connaissances spécialisées d'un tribunal administratif. En l'es-

The common law principle of curial deference to findings of fact made by a court of first instance has been to a large extent adopted in reviewing the decisions of administrative tribunals, although the standard of review will always be governed by the tribunal's empowering legislation. Curial deference must be given to a tribunal's findings of fact where there is a privative clause or where the findings were made within the tribunal's field of specialized knowledge. In this case, however, the Court should not be constrained by the conclu-

sions of the board of inquiry. The Act has clearly indicated that a very broad standard of review would be appropriate. On a plain reading of the Act, it is clear that the legislature specifically intended that appellate courts should examine the evidence anew and, if deemed appropriate, make their own findings of fact. The judge of the Court of Queen's Bench did not hear any *viva voce* testimony, but rather reassessed the evidence on the basis of the transcript of the board hearing. The Court of Appeal and this Court thus stand in exactly the same position as he did with precisely the same record to consider, and the policy reasons in favour of deferring to the findings of fact of a trial court do not apply.

While this Court's decision in *McKinney* can provide some guidance, it does not determine the outcome of this case. When weighing the arguments on the issue of minimal impairment as part of the analysis under s. 1 of the *Charter*, the majority in *McKinney* considered whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible. To frame the question in this way imposes a significantly lower burden of proof on the defendant than s. 11.1, which requires a defendant to prove that the discriminatory policy, viewed objectively, constitutes only a minimal impairment of the right. While no deference should be given to the policy choice of the defendant, other factors may well be relevant. The courts have respected the unique role of universities in our society as self-governing centres of learning, research and teaching safeguarded by academic freedom, and over the years have been very cautious in intervening in university affairs. The nurturing of academic freedom and the ensuring of faculty renewal are most delicate matters that do not lend themselves to a single clear-cut answer as to the proportionality between the burden of the discrimination complained of and the objectives sought. The evidence and assessment of competent and experienced university administrators will be of particular significance.

In this case the collective bargaining agreement authorizing compulsory retirement can also properly be taken into account. Parties may not generally contract out of a human rights statute. This rule resulted from the concern that there may be a great discrepancy in bar-

pèce, cependant, la Cour ne devrait pas être liée par les conclusions de la commission d'enquête. La Loi indique clairement qu'une norme de contrôle très large devrait s'appliquer. Il ressort clairement du libellé de la Loi que le législateur a voulu expressément que les cours d'appel examinent à nouveau la preuve et qu'elles tirent leurs propres conclusions de fait, si elles le jugent approprié. Le juge de la Cour du Banc de la Reine n'a entendu aucun témoignage de vive voix, mais il a plutôt réexaminé la preuve en se fondant sur la transcription de l'audience devant la commission d'enquête. La Cour d'appel et notre Cour se trouvent donc exactement dans la même position que le juge et ont à examiner exactement le même dossier, et les raisons de principe de s'en remettre aux conclusions de fait d'un tribunal de première instance ne s'appliquent pas.

Bien que la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *McKinney* puisse, jusqu'à un certain point, servir de guide, elle ne détermine pas l'issue de la présente affaire. En évaluant les arguments relatifs à la question de l'atteinte minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, les juges, à la majorité, dans l'affaire *McKinney* ont examiné la question de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent. Le fait de formuler ainsi la question impose au défendeur un fardeau de preuve beaucoup plus léger que celui que prescrit l'art. 11.1, qui oblige le défendeur à prouver que la politique discriminatoire, considérée objectivement, ne constitue qu'une atteinte minimale au droit en question. Bien qu'il n'y ait pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la politique pour laquelle la défenderesse a opté, d'autres facteurs peuvent fort bien être pertinents. Les tribunaux ont respecté le rôle unique des universités dans notre société en tant que centres autonomes d'érudition, de recherche et d'enseignement sauvegardés par la liberté universitaire, et ils ont hésité longuement au cours des années à s'immiscer dans les affaires universitaires. Le maintien de la liberté de l'enseignement et la garantie du renouvellement du corps professoral sont des questions très délicates qui ne se prêtent pas à une réponse simple et précise quant à la proportionnalité entre le fardeau de la preuve de la discrimination reprochée et les objectifs poursuivis. Les témoignages et les opinions d'administrateurs d'université compétents et expérimentés seront d'une importance particulière.

En l'espèce, il convient également de tenir compte de la convention collective autorisant la retraite obligatoire. Les parties ne peuvent pas, en règle générale, renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne. Cette règle s'inspire de la crainte qu'il

gaining power between the person contracting out of human rights legislation and the party receiving the benefit of that term. Labour codes are specifically designed to overcome or compensate any imbalance in bargaining power, however, and with these statutory safeguards in place collective agreements take on a new and important significance. A collective agreement may very well provide evidence of the reasonableness of a practice which appears on its face to be discriminatory. It should be shown, however, that the agreement was freely negotiated by parties with relatively equal bargaining positions and that it did not discriminate unfairly against minorities. Here the term of the collective agreement relating to compulsory retirement will apply to every member of the faculty association. Moreover, the union did not negotiate the term in a vacuum, but rather in the context of a system of tenure which protects all members of faculty from dismissal without just cause, and provides a pension scheme assuring the financial security of all retiring members of faculty.

The objectives of mandatory retirement were stated to be the preservation of tenure, the promotion of academic renewal, the facilitation of planning and resource management and the protection of "retirement with dignity" for faculty members. Like the objectives put forward in *McKinney*, in which they are subsumed, they are of sufficient significance to justify the limitation of a constitutional right to equality. The impugned retirement practice is rationally connected to the objectives cited. The retirement of faculty members at the age of 65 ensures that the university may readily predict the rate at which employees will leave the institution and that positions are opened for new faculty. Mandatory retirement also allows the university to renew its faculty by introducing younger members who may bring new perspectives to their disciplines. It provides a means of remedying the twofold problem of limited funding and a "bulge" in the age distribution of professors. As well, the policy supports the existence of a tenure system which creates barriers to the dismissal of faculty members thereby enhancing academic independence. In the university setting, mandatory retirement also withstands the minimal impairment test. No obvious alternative policy exists which would achieve the same results without restricting the individual rights of faculty members. Finally, the

n'existe une grande disparité en matière de pouvoir de négociation entre la personne qui renonce par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne et la partie qui tire profit de cette clause. Toutefois, les codes du travail sont conçus expressément pour permettre de surmonter ou de compenser tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation, et ces garanties légales font en sorte que les conventions collectives revêtent une importance nouvelle et considérable. Une convention collective peut fort bien démontrer le caractère raisonnable d'une pratique qui, de prime abord, semble discriminatoire. Il faudrait cependant prouver que la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal et qu'elle n'est pas injustement discriminatoire envers des minorités. En l'espèce, la clause de la convention collective portant sur la retraite obligatoire s'applique à tous les membres de l'association des professeurs. De plus, le syndicat n'a pas négocié cette clause en l'absence de tout contexte, mais il l'a plutôt fait dans le cadre d'un système de permanence qui protège tous les membres du corps professoral contre le renvoi non motivé et qui établit un régime de pension assurant la sécurité financière de tous les membres du corps professoral qui prennent leur retraite.

Les objectifs de la retraite obligatoire ont été formulés ainsi: maintenir la permanence, promouvoir le renouvellement du corps professoral, faciliter la planification et la gestion des ressources et protéger la «mise à la retraite dans la dignité» pour les membres du corps professoral. Comme les objectifs énoncés dans l'arrêt *McKinney*, dans lesquels ils sont compris, ils sont suffisamment importants pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel à l'égalité. La pratique de mise à la retraite contestée a un lien rationnel avec les objectifs cités. La mise à la retraite des professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans permet à l'université de prévoir aisément le rythme de départ des employés et d'ouvrir des postes pour de nouveaux professeurs. La retraite obligatoire permet aussi à l'université de renouveler son corps professoral en intégrant des membres plus jeunes qui apportent de nouveaux points de vue dans leurs disciplines. Elle constitue un moyen de résoudre le double problème du financement limité et de l'existence d'un «gonflement» dans la répartition par âge des professeurs. De même, cette politique justifie l'existence d'un système de permanence qui crée des obstacles au renvoi des professeurs, favorisant ainsi leur indépendance. Dans le cadre de l'université, la retraite obligatoire résiste également au critère de l'atteinte minimale. Il n'y a pas d'autre politique évidente qui permette d'obtenir les mêmes résultats sans restreindre les droits indivi-

effects of the *prima facie* discrimination are proportional to the legitimate objectives served.

*Per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Curial deference to the board of inquiry's findings of fact is consistent with both principle and precedent, and recognizes the "signal advantage" enjoyed by courts of first instance and administrative tribunals, which see and hear witnesses. A board's findings on social fact evidence should also be accorded some deference where these findings fall within the board's specific and primary mandate. A board whose determinations are not protected by a privative clause may be afforded less deference than a board which has the protection of such a clause, but this is only a question of degree.

In this case, it is clear that the trial judge appreciated the advantages enjoyed by the board, and that he relied on the board's findings of fact in making his own. This Court should accord the board's findings a similar measure of respect.

It has been established that human rights legislation is to receive a broad and purposive interpretation. Provisions which provide defences for discriminatory conduct must therefore be read narrowly. The analysis of s. 11.1 of the Act may be approached in a manner consistent with the model established in *R. v. Oakes*. The test for justifying discrimination under s. 11.1 is a strict one. This test requires the employer, in the face of a discriminatory practice, to prove the absence of a practical alternative to the discriminatory rule, satisfying a civil burden of proof. The flexible standard, whereby the defendant need not show that it adopted the least intrusive and offensive means of implementing policy, does not apply here. The rationale for the flexible standard is judicial deference to legislative choice, based on the idea that, with respect to resources and training, law makers are in a better position than courts to make policy choices between competing interests. This deference to legislative choice is completely unwarranted where, as here, the defendant is not a legislative body.

duels des membres du corps professoral. En dernier lieu, les effets de la discrimination à première vue sont proportionnels aux objectifs légitimes visés.

*Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes):* La retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait de la commission d'enquête est conforme à la fois aux principes et à la jurisprudence et reconnaît l'«avantage capital» dont bénéficient les tribunaux de première instance et les tribunaux administratifs, qui voient et entendent des témoins. On devrait également traiter avec une certaine retenue les conclusions tirées par une commission et reposant sur des éléments de preuve fondés sur des faits sociaux lorsque ces conclusions relèvent du mandat particulier et principal de la commission. On peut faire preuve à l'égard d'une commission dont les décisions ne sont pas protégées par une clause privative d'une retenue moindre qu'à l'égard d'une commission qui jouit de la protection d'une telle clause, mais il ne s'agit là que d'une question de degré.

*En l'espèce, il est évident que le juge de première instance s'est rendu compte de l'avantage dont bénéficiait la commission d'enquête et qu'il s'est fondé sur les conclusions de fait de la commission pour tirer sa propre conclusion. Notre Cour doit accorder le même respect aux conclusions de la commission d'enquête.*

*Il a été établi que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation à la fois large et fondée sur leur objectif. Il faut interpréter restrictivement les dispositions d'exception qui permettent de justifier des mesures discriminatoires. On peut aborder l'analyse de l'art. 11.1 de la Loi d'une manière conforme au modèle établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*. Le critère pour justifier une discrimination en vertu de l'art. 11.1 est un critère strict. Il exige que l'employeur, dans le cas d'une pratique discriminatoire, prouve l'absence d'une solution de rechange pratique à la règle discriminatoire et s'accorde du fardeau de preuve civil. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer à l'espèce la norme souple en vertu de laquelle le défendeur n'a pas à démontrer qu'il a adopté, pour appliquer sa politique, le moyen qui porte le moins atteinte au droit en question. La norme souple a pour fondement la retenue judiciaire à l'égard du choix du législateur, en vertu de la notion selon laquelle, en matière de ressources et de formation, le législateur se trouve en meilleure position que les tribunaux pour effectuer des choix de principe entre des intérêts concurrents. Cette retenue à l'égard du choix du législateur est tout à fait injustifiée lorsque, comme en l'espèce, le défendeur n'est pas une assemblée législative.*

The university's policy of mandatory retirement at age 65 is not reasonable and justifiable under s. 11.1 of the Act. First, since parties generally may not contract out of human rights legislation, a collective agreement is not evidence of the reasonableness of a discriminatory practice. The prohibition against waiver of human rights provisions arises not only from a concern about inequality in bargaining power, but also because the rights guaranteed by human rights codes are seen as inherent to the dignity of every individual within our society. While the existence of a collective agreement whereby employees agree to limit their own rights may exceptionally be a factor in considering the justifiability of an employer's discriminatory policy, any such agreement must be scrutinized to ensure that it does not discriminate unfairly against a minority of the union membership, and that it was freely negotiated. The particular context of the bargain, including relevant legislation in place at the time of its conclusion, may greatly mitigate its evidentiary weight, as is the case here. In the circumstances, the collective agreement between appellant and the university is not evidence of the reasonableness of its mandatory retirement policy.

La politique de mise à la retraite obligatoire à 65 ans de l'université n'est ni raisonnable ni justifiable en vertu de l'art. 11.1 de la Loi. D'abord, vu que, en règle générale, les parties ne peuvent renoncer par contrat aux lois sur les droits de la personne, une convention collective ne constitue pas une preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire. L'interdiction de renoncer aux dispositions des lois sur les droits de la personne repose non seulement sur le souci d'assurer un équilibre en matière de pouvoir de négociation, mais également sur l'idée que les droits garantis par les codes des droits de la personne sont inhérents à la dignité de chaque personne au sein de notre société. Même si l'existence d'une convention collective par laquelle les employés consentent à limiter leurs droits peut exceptionnellement être un facteur à prendre en considération dans l'examen du caractère justifiable d'une politique discriminatoire de l'employeur, il faut examiner attentivement cette convention afin de s'assurer qu'elle n'entraîne pas une discrimination injuste envers une minorité des membres du syndicat, et qu'elle a été négociée librement. Le contexte particulier de la négociation, y compris les dispositions législatives pertinentes en vigueur au moment de sa conclusion, peuvent réduire grandement son caractère probant, comme c'est le cas en l'espèce. Dans les circonstances, la convention collective entre l'appelante et l'université n'établit pas le caractère raisonnable de la politique de retraite obligatoire de l'université.

In light of this Court's conclusions in *McKinney*, the university's stated objectives are pressing and substantial. The university's fears about how tenure might be affected should mandatory retirement be eliminated are insufficient, however, to prove a rational connection between its objective of preserving the tenure system and its discriminatory policy. Peer evaluation is a fair and equitable way of assessing professors in good faith, on the basis of their teaching, research and publication records, rather than on their age. Unless abused, it poses no threat to academic freedom, and in fact enhances the value of tenure by ensuring that incompetent professors, young or old, are dismissed. The university has also failed to prove a rational link between the goal of faculty renewal and its policy of mandatory retirement. The argument that mandatory retirement at a fixed age allows the university to open positions to younger academics, thereby at once allowing a fresh infusion of ideas into the institution and remedying the problem of underfunding, does not stand up to scrutiny. It is based on the false premise that older workers are uniformly less productive and original than their younger colleagues. Further, the elimination of mandatory retirement would have only a limited effect on the number of

Compte tenu des conclusions de notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, les objectifs énoncés par l'université sont urgents et réels. Les craintes exprimées par l'université à propos des effets que l'élimination de la retraite obligatoire pourrait avoir sur la permanence ne suffisent pas cependant à établir l'existence d'un lien rationnel entre son objectif de préserver le système de permanence et sa politique discriminatoire. L'évaluation par les pairs est une façon juste et équitable d'évaluer les professeurs en toute bonne foi, en se fondant sur leur dossier d'enseignement, de recherche et de publications plutôt que sur leur âge. Sauf en cas d'abus, ce moyen ne menace aucunement la liberté universitaire; il se trouve, en fait, à accroître la valeur de la permanence en assurant le renvoi des professeurs incompétents, qu'ils soient jeunes ou vieux. L'université n'a pas non plus réussi à prouver l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif du renouvellement du corps professoral et sa politique de mise à la retraite obligatoire. L'argument portant qu'avec la retraite obligatoire à un âge précis, l'université peut offrir des postes à des professeurs plus jeunes, ce qui permet d'infuser des idées nouvelles dans l'institution et de résoudre le problème du financement limité, ne résiste pas à un examen approfondi. Il repose sur la

jobs for young academics owing, in part, to the small number of academics who actually wish to keep working beyond the normal retirement age. The institutional planning argument, according to which mandatory retirement is necessary because it allows the administration to plan ahead, should also be dismissed. Other variables, such as resignations, deaths, and early retirement, are predicted with relative certainty by means of statistical forecasts. The slight inconvenience which inevitably remains cannot alone be used as a justification for the denial of equality on the basis of age. The retirement with dignity argument depends entirely on the idea that professors who reach the age of 65 must necessarily fear assessment on the basis of their performance, because that performance has necessarily declined rapidly with age. Given that the evidence conclusively refutes the myth of universal decline, and that peer evaluation is an effective tool for identifying incompetence, this proposition clearly fails at the outset. The policy of mandatory retirement does not in any event meet the minimal impairment test. Peer evaluations, based on objective assessment, offer a far more dignified approach to academic work and are thus infinitely preferable. Encouragement of early retirement is another non-discriminatory alternative that would achieve the university's goals. Finally, the devastating effects that forced retirement has on a worker's finances, health, and self-esteem are grossly disproportionate to any advantages the university gains by its discriminatory practice.

fausse prémissse selon laquelle les travailleurs les plus âgés sont uniformément moins productifs et originaux que leurs collègues plus jeunes. En outre, l'élimination de la retraite obligatoire aurait seulement un effet limité sur le nombre d'emplois pour de jeunes professeurs à cause, en partie, du petit nombre de professeurs qui désirent vraiment continuer à travailler au-delà de l'âge normal de la retraite. Il faudrait également rejeter l'argument de la planification de l'établissement, selon lequel la mise à la retraite obligatoire est nécessaire parce qu'elle permet à la direction de planifier. D'autres variables, comme les démissions, les décès et la retraite anticipée, sont prévues avec une certitude relative grâce à des prévisions statistiques. Le léger inconveniit qui subsiste inévitablement ne peut servir à lui seul à justifier une atteinte à l'égalité fondée sur l'âge. L'argument fondé sur la mise à la retraite avec dignité dépend entièrement de l'idée selon laquelle les professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans doivent nécessairement craindre d'être évalués en fonction de leur rendement, car inva-riablement, ce rendement décline rapidement avec l'âge. Puisque la preuve réfute de façon concluante le mythe du déclin universel et que l'évaluation par les pairs est un outil efficace pour déceler l'incompétence, d'entrée de jeu, cette proposition n'est manifestement pas fon-née. La politique de mise à la retraite obligatoire ne satisfait en aucune façon au critère de l'atteinte mini-male. Parce qu'elles sont fondées sur une appréciation objective, les évaluations par les pairs offrent une façon beaucoup plus digne de traiter le travail universitaire et sont donc infiniment préférables. L'incitation à la retraite anticipée est une autre mesure non discriminatoire qui permettrait d'atteindre les objectifs de l'univer-sité. Enfin, les effets dévastateurs de la retraite forcée sur la situation financière, la santé et la dignité d'un tra-vailleur sont grandement disproportionnés à tout avan-tage que peut retirer l'université de sa pratique discrimi-natoire.

*Per Sopinka J. (dissenting):* The conclusion and for the most part the reasons of L'Heureux-Dubé J. were agreed with. In *McKinney* this Court decided that mandatory retirement at a specified age was not constitutionally impermissible. Parliament or a provincial legislature by appropriate legislation could prohibit or permit it. The province of Alberta, in s. 11.1 of its *Individual's Rights Protection Act*, has left the decision to employers and employees provided that where mandatory retirement is resorted to, the employer must satisfy a board of inquiry that this discriminatory prac-tice is reasonable and justifiable.

*Le juge Sopinka (dissident):* Il est d'accord avec la conclusion et la majeure partie des motifs du juge L'Heureux-Dubé. Dans l'arrêt *McKinney*, notre Cour a décidé que la retraite obligatoire à un âge déterminé n'est pas inacceptable du point de vue constitutionnel. Le Parlement ou une assemblée législative peut, par une loi appropriée, l'autoriser ou l'interdire. À l'article 11.1 de son *Individual's Rights Protection Act*, la province d'Alberta a laissé cette décision aux employeurs et employés sous réserve que, si on adopte la retraite obli-gatoire, l'employeur doit convaincre une commission d'enquête que cette pratique discriminatoire est raison-nable et justifiable.

The jurisprudence developed with respect to s. 1 of the *Charter* is a useful guide in applying s. 11.1. In determining whether the proportionality factor has been met, the Court should not defer to the decision of an employer in the same way as in the case of a governmental actor. The tests developed for the application of s. 1 of the *Charter* and the defence to discrimination under human rights legislation are similar. While the former as expounded in *Oakes* is more elaborate, they both require that the impugned measure bear a rational relationship to a legitimate objective. The test is whether the requirement is "reasonably necessary" to assure the performance of the job. This is a question of fact to be determined by a board of inquiry subject to appeal proceedings. All the circumstances must be taken into account, including any agreement or collective agreement between the employer and employees. This is a factor, but in this case it has little or no weight.

The appeal should be allowed because the board of inquiry found on the evidence that the connection between the university's objective and its mandatory retirement policy was weak. Moreover, the board found that there were other more reasonable means for the university to achieve its objectives. No valid reason for disturbing these findings has been made out.

## Cases Cited

By Cory J.

**Considered:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; **referred to:** *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Klimashewski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada*,

La jurisprudence relative à l'article premier de la *Charte* constitue un guide utile dans l'application de l'art. 11.1. Pour déterminer si on a respecté le critère de proportionnalité, la Cour ne devrait pas montrer, face à la décision d'un employeur, la même retenue que s'il s'agissait de la décision d'un acteur gouvernemental. Le critère mis au point pour l'application de l'article premier de la *Charte* et celui qui a trait au moyen de défense opposable à une accusation de discrimination portée en vertu d'une loi sur les droits de la personne sont similaires. Bien que le premier, énoncé dans l'arrêt *Oakes*, soit plus complexe, tous les deux exigent que la mesure contestée ait un lien rationnel avec un objectif légitime. Le critère sert à déterminer si l'exigence en matière d'emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution du travail. C'est une question de fait que doit trancher une commission d'enquête sous réserve des procédures d'appel. Il faut tenir compte de toutes les circonstances, y compris toute entente ou toute convention collective intervenue entre l'employeur et les employés. C'est un facteur, mais il a peu ou pas de valeur en l'espèce.

Le pourvoi devrait être accueilli parce que la commission d'enquête a conclu, suivant la preuve, que le lien entre l'objectif de l'université et sa politique de retraite obligatoire est faible. En outre, la commission a conclu qu'il existe d'autres moyens plus raisonnables qui permettraient à l'université d'atteindre ses objectifs. On n'a présenté aucune raison valable de modifier ces conclusions.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêt examiné:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; **arrêts mentionnés:** *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990]

*Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150.

3 R.C.S. 644; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Harrison v. University of British Columbia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297; *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Klimashewski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immig-*

*Harrison c. University of British Columbia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297; *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Tétreault-Gadoury c. Canada*

gration Commission), [1991] 2 S.C.R. 22; Winnipeg School Division No. 1 v. Craton, [1985] 2 S.C.R. 150.

By Sopinka J. (dissenting)

*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.

### Statutes and Regulations Cited

*Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15.  
*Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, c. 15, s. 14.  
*Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, ss. 7 [am. 1990, c. 23, s. 4], 11.1 [ad. 1985, c. 33, s. 5], 31(1), 33, 38(a) [rep. & sub. 1985, c. 15, s. 14].  
*Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2, s. 6.  
*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, c. 33, s. 5.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 42(3).  
*Universities Academic Pension Act*, R.S.A. 1980, c. U-6.  
*Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, c. 36, s. 9.  
*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, c. U-6.1.

### Authors Cited

*Alberta Hansard*, May 21, 1985, p. 1085.  
Blackburn, Robert T. and Janet H. Lawrence. "Aging and the Quality of Faculty Job Performance" (1986), 23 *Review of Educational Research* 265.  
Cole, Stephen. "Age and Scientific Performance" (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958.  
Ford, Robert C. and Myron D. Fottler. "Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees", [1985] *Human Resource Planning* 147.  
Krashinsky, Michael. "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human

(Commission de l'emploi et de l'immigration), [1991] 2 R.C.S. 22; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150.

a Citée par le juge Sopinka (dissident)

*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.

### Lois et règlements cités

d *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15.  
*Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, ch. 15, art. 14.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 42(3).  
e *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, art. 7 [mod. 1990, ch. 23, art. 4], 11.1 [aj. 1985, ch. 33, art. 5], 31(1), 33, 38a) [abr. & rempl. 1985, ch. 15, art. 14].  
f *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2, art. 6.  
*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, ch. 33, art. 5.  
*Universities Academic Pension Act*, R.S.A. 1980, ch. U-6.  
g *Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, ch. 36, art. 9.  
*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, ch. U-6.1.

### h Doctrine citée

*Alberta Hansard*, May 21, 1985, p. 1085.  
Blackburn, Robert T. and Janet H. Lawrence. «Aging and the Quality of Faculty Job Performance» (1986), 23 *Review of Educational Research* 265.  
Cole, Stephen. «Age and Scientific Performance» (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958.  
Ford, Robert C. and Myron D. Fottler. «Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees», [1985] *Human Resource Planning* 147.  
j Krashinsky, Michael. «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human

- Rights Need Not Conflict" (1988), XIV *Canadian Public Policy* 40.
- Necheles-Jansyn, Ruth F. "Retirement in Academe: Special Case or Social Model?", [1983] *Aging and Work* 175.
- Ontario. Commission on the Future Development of the Universities of Ontario. *Ontario Universities: Options and Futures*. Toronto: The Commission, 1984.
- Reid, Frank. *Economic Aspects of Mandatory Retirement*. Toronto: Centre for Industrial Relations and Department of Economics, University of Toronto, 1987.
- Roadburg, Alan. *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada*. Toronto: Methuen, 1984.
- Walker, James W. and Harriet L. Lazer. *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management*. New York: John Wiley & Sons, 1978.
- APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377, reversing a judgment of Murray J. (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403, affirming a decision of a Board of Inquiry (1987), 9 C.H.R.R. D/4468, upholding appellant's complaint of unlawful discrimination. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.
- Sheila J. Greckol and Jo-Ann R. Kolmes*, for the appellant.
- Peter M. Owen, Q.C., and Greg A. Harding, for the respondents the Governors of the University of Alberta.
- J. Leslie Wallace and Sarah FitzGerald, for the respondent the Alberta Human Rights Commission.
- The judgment of La Forest, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by
- Rights Need Not Conflict» (1988), XIV *Analyse de politiques* 40.
- Necheles-Jansyn, Ruth F. «Retirement in Academe: Special Case or Social Model?», [1983] *Aging and Work* 175.
- Ontario. Commission on the Future Development of the Universities of Ontario. *Ontario Universities: Options and Futures*. Toronto: The Commission, 1984.
- Reid, Frank. *Economic Aspects of Mandatory Retirement*. Toronto: Centre for Industrial Relations and Department of Economics, University of Toronto, 1987.
- Roadburg, Alan. *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada*. Toronto: Methuen, 1984.
- Walker, James W. and Harriet L. Lazer. *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management*. New York: John Wiley & Sons, 1978.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377, qui a infirmé le jugement du juge Murray (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403, qui avait confirmé une décision d'une commission d'enquête (1987), 9 C.H.R.R. D/4468, qui avait maintenu la plainte de discrimination illicite portée par l'appelante. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents.
- Sheila J. Greckol et Jo-Ann R. Kolmes*, pour l'appelante.
- Peter M. Owen, c.r., et Greg A. Harding, pour les intimés les gouverneurs de l'Université de l'Alberta.
- J. Leslie Wallace et Sarah FitzGerald, pour l'intimée l'Alberta Human Rights Commission.
- Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par
- LE JUGE CORY—Il s'agit de déterminer en l'espèce si la politique de retraite obligatoire applicable au corps professoral de l'Université de l'Alberta viole l'*Individual's Rights Protection Act*,

province and if it does whether the policy can be justified under s. 11.1 of that Act.

R.S.A. 1980, ch. I-2, de cette province et, dans l'affirmative, si elle peut être justifiée en vertu de l'art. 11.1 de cette loi.

### Factual Background

On June 24, 1975 the University of Alberta hired the appellant Dr. Olive Patricia Dickason. On June 22, 1976 Dr. Dickason signed a contract in which she specifically agreed to be bound by the Academic Staff Agreement between the University and the Association of Academic Staff of the University of Alberta (AASUA). Article 18.01 of the agreement provided a normal retirement date for staff members at the age of 65 years. The appellant was appointed an assistant professor on July 1, 1976. On July 1, 1978, the Academic Staff Agreement was re-named as the Faculty Agreement. Article 18.01 was amended to refer to new pension legislation; 65 remained the age of retirement. On November 2, 1979 the University awarded her tenure, pursuant to the provisions of the Faculty Agreement. On June 1, 1985, Dr. Dickason was promoted to the position of full professor. On June 30, 1985, the University retired Dr. Dickason, pursuant to the terms of art. 18.01 of the Faculty Agreement. She was appointed professor emeritus, an indication of the esteem in which she was held. Indeed, her competence as a professor was never questioned.

Dr. Dickason filed a complaint alleging that her forced retirement was a violation of the *Individual's Rights Protection Act* (the "IRPA"). A Board of Inquiry was appointed and ruled in her favour: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. The University appealed this result to the Court of Queen's Bench without success: (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403. A further appeal was taken by the University to the Court of Appeal and that Court overturned the Board's decision: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377. It is from that decision that this appeal is brought.

### a Les faits

Le 24 juin 1975, l'Université de l'Alberta a engagé l'appelante, Olive Patricia Dickason, titulaire d'un doctorat. Le 22 juin 1976, M<sup>me</sup> Dickason a signé un contrat dans lequel elle consentait expressément à être liée par la convention dite Academic Staff Agreement conclue entre l'Université et l'Association of Academic Staff of the University of Alberta (AASUA). L'article 18.01 de la convention fixait à 65 ans l'âge normal de la retraite du personnel. L'appelante a été nommée professeure adjointe le 1<sup>er</sup> juillet 1976. Le 1<sup>er</sup> juillet 1978, on a donné à l'Academic Staff Agreement le nouveau nom de Faculty Agreement (la «convention»). L'article 18.01 a été modifié de façon à se reporter à la nouvelle loi sur les pensions; l'âge de la retraite est demeuré à 65 ans. Le 2 novembre 1979, l'Université a accordé la permanence à l'appelante, conformément aux dispositions de la convention. Le 1<sup>er</sup> juin 1985, M<sup>me</sup> Dickason a été promue au poste de professeure titulaire. Le 30 juin 1985, l'Université a mis M<sup>me</sup> Dickason à la retraite conformément aux dispositions de l'art. 18.01 de la convention. L'appelante a été nommée professeure émérite, ce qui montre l'estime qu'on avait pour elle. En fait, sa compétence de professeure n'a jamais été mise en doute.

M<sup>me</sup> Dickason a déposé une plainte dans laquelle elle alléguait que sa mise à la retraite forcée viole l'*Individual's Rights Protection Act* (l'«IRPA»). La commission d'enquête constituée pour examiner la plainte a tranché en sa faveur: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. L'Université en a appelé sans succès de cette décision devant la Cour du Banc de la Reine: (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403. Elle a porté sa cause devant la Cour d'appel, qui a renversé la décision de la commission: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377. Le présent pourvoi porte sur cet arrêt.

Pertinent Legislation

A brief history of the pertinent human rights and pension legislation must be given as these Acts were amended over the years that Dr. Dickason was a member of the Faculty of the University. On January 1, 1973, the *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2, came into force. It prohibited employment discrimination on the basis of age. However the protected age group was limited to those between 45 and 65 years of age. On July 1, 1978 the province proclaimed the *Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, c. 36. This provided that every member of the pension plan shall retire on "the normal retirement date" which was stated to be the age of 65 (s. 9). In 1985 the *IRPA* was amended by the introduction of a provision allowing exceptions to the bar against discrimination where it was "reasonable and justifiable" (*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, c. 33, s. 5). On April 18, 1985 the province introduced the *Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, c. U-6.1. This Act replaced the previous pension legislation and came into force November 1, 1985. The new legislation provided for "a normal pensionable date" of 65 years and allowed the participation of all employees in the plan, including those over that age. On June 5, 1985 the *Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, c. 15, was passed. This removed the cap of 65 years on the age definition contained in the *IRPA*.

Legislation*Individual's Rights Protection Act*

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

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

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

Les lois pertinentes

Il est nécessaire de faire un bref historique des lois pertinentes en matière de droits de la personne et de pensions étant donné qu'elles ont été modifiées au cours des années pendant lesquelles M<sup>me</sup> Dickason a été membre du corps professoral de l'Université. Le 31 janvier 1973, l'*Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2, est entrée en vigueur. Cette loi interdisait la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Le groupe d'âge protégé se limitait toutefois aux personnes âgées de 45 à 65 ans. Le 1<sup>er</sup> juillet 1978, la province a promulgué l'*Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, ch. 36. Cette loi prévoyait que tout membre du régime de pension devait prendre sa retraite à [TRADUCTION] «l'âge normal de la retraite», qui était fixé à 65 ans (art. 9). En 1985, l'*IRPA* fut modifiée par l'adjonction d'une disposition autorisant des exceptions à l'interdiction de discrimination lorsque cela était [TRADUCTION] «raisonnable et justifiable» (*Individual's Rights Protection Amendment Act*, 1985, S.A. 1985, ch. 33, art. 5). Le 18 avril 1985, la province a adopté l'*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, ch. U-6.1. Cette loi, qui remplaçait la loi antérieure sur les pensions, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1985. La nouvelle loi fixait à 65 ans [TRADUCTION] «l'âge normal de la retraite» et permettait à tous les employés, y compris ceux qui avaient plus de 65 ans de participer au régime de pension. Le 5 juin 1985, la *Charter Omnibus Act*, S.A. 1985, ch. 15, fut adoptée. Cette loi abolissait la limite supérieure de 65 ans imposée dans la définition du mot âge contenue dans l'*IRPA*.

La loi*Individual's Rights Protection Act*

[TRADUCTION] 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ni

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person.

**11.1** A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

**33(1)** A party to a proceeding before a board of inquiry may appeal the order of the board to the Court of Queen's Bench by originating notice filed with the clerk of the Court of the judicial district in which the inquiry was held.

(2) If the grounds of appeal consist wholly or partly of a question of fact or mixed fact and law, no appeal lies without the leave of a judge of the Court of Queen's Bench.

(4) The judge may, after taking into consideration any matters that he considers appropriate, grant leave to appeal under subsection (2).

(6) The Court may confirm, reverse or vary the order of the board and may make any order that the board can make under section 31.

(The wording in s. 33 has since been altered, S.A. 1990, c. 23, s. 14.)

**38** In this Act,

(a) "age" means 18 years of age or older;

#### Proceedings in the Courts Below

##### *Board of Inquiry*

The Chairman of the Board of Inquiry found that the University policy of mandatory retirement at age 65 contravened the law. He observed that s. 7 of the *IRPA* prohibits discrimination on the basis of age. Once that infringement was established the onus then shifted to the employer to show that the discrimination was reasonable and

en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des déficiences physiques ou mentales, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou d'une autre personne.

**11.1** Toute dérogation à la présente loi dont l'auteur présumé démontre qu'elle était raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances, est réputée ne pas avoir eu lieu.

**b** **33(1)** Toute partie à une procédure engagée devant une commission d'enquête peut interjeter appel de l'ordonnance de la commission devant la Cour du Banc de la Reine en déposant un avis de requête au greffe de la cour du district judiciaire dans lequel s'est tenue l'enquête.

**c** (2) Si les moyens invoqués reposent en totalité ou en partie sur une question de fait ou sur une question mixte de droit et de fait, l'appel ne peut être interjeté sans l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine.

**f** (4) Après avoir tenu compte de toute question qu'il estime appropriée, le juge peut accorder l'autorisation d'interjeter appel en vertu du paragraphe (2).

**f** (6) La Cour peut confirmer, renverser ou modifier l'ordonnance de la commission d'enquête et rendre toute ordonnance que la commission peut rendre en vertu de l'article 31.

**g** (La formulation de l'art. 33 a été modifiée depuis, S.A. 1990, ch. 23, art. 14.)

**38** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi:

a) «âge» Dix-huit ans et plus.

**h** **Les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure**

##### *La commission d'enquête*

i Le président de la commission d'enquête a conclu que la politique de l'Université concernant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans violait la loi. Il a fait remarquer que l'art. 7 de l'*IRPA* interdit toute discrimination fondée sur l'âge. Dès qu'une telle violation est établie, il y a déplacement du fardeau de la preuve et l'employeur doit démontrer

justifiable pursuant to s. 11.1 of the *IRPA*. The Chairman observed that human rights legislation is fundamental law. As a result, in his view, s. 11.1 should be interpreted restrictively so as to ensure that a right was limited only in "compelling circumstances".

He found that the similarity in wording and legislative purpose between s. 11.1 of the *IRPA* and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was such that the *Oakes* test should be used as a guide to the application of s. 11.1 of the *IRPA*. Using that test he found that the University's objectives, namely retirement with dignity, planning, academic renewal and preservation of the tenure system, were of sufficient importance to warrant overriding s. 7. He found as well that mandatory retirement was connected to all four objectives of the University. However, he concluded that the policy did not survive the minimal impairment test.

The Chairman specifically rejected the University's submission that the collective agreement justified the forced retirement of Professor Dickason. Rather, it was his opinion that the collective agreement in providing for mandatory retirement of faculty members represented an impermissible attempt to contract out of the *IRPA*.

In the result he ordered that Dr. Dickason be reinstated with compensation for her loss of income and benefits.

#### *Court of Queen's Bench*

The judge of first instance agreed that the rights guaranteed by provincial human rights statutes should be protected to the same degree as comparable ones guaranteed in the *Charter*. He, too, found that the criteria for limiting *Charter* rights in accordance with s. 1 should be used as a guide to applying s. 11.1 of the *IRPA*. He concluded that

que la discrimination est raisonnable et justifiable conformément à l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Le président a noté que la loi sur les droits de la personne est une loi fondamentale. Par conséquent, l'art. 11.1 devrait, selon lui, recevoir une interprétation stricte de manière qu'un droit ne puisse être restreint que dans des [TRADUCTION] «circonstances où cela est absolument nécessaire».

Il a conclu que l'art. 11.1 de l'*IRPA* et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont si semblables sur le plan de leur formulation et de l'objet législatif visé qu'il y avait lieu d'utiliser le critère de l'arrêt *Oakes* comme guide pour appliquer l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Après avoir appliqué ce critère, il a conclu que les objectifs de l'Université, à savoir la mise à la retraite dans la dignité, la planification, le renouvellement du corps professoral et le maintien du système de permanence, sont suffisamment importants pour justifier une dérogation à l'art. 7. Il a en outre constaté que la retraite obligatoire a un lien avec les quatre objectifs de l'Université. Il a toutefois conclu que la politique ne résiste pas à l'application du critère de l'atteinte minimale.

Le président a expressément rejeté la prétention de l'Université selon laquelle la convention collective justifiait la mise à la retraite forcée du professeur Dickason. Il était plutôt d'avis qu'en prescrivant la retraite obligatoire pour les membres du corps professoral, la convention collective représentait une tentative inadmissible de renoncer par contrat à l'application de l'*IRPA*.

En définitive, il a ordonné la réintégration de M<sup>me</sup> Dickason avec indemnisation pour la perte de revenu et d'avantages sociaux qu'elle avait subie.

#### *La Cour du Banc de la Reine*

Le juge de première instance a reconnu que les droits garantis par les lois provinciales sur les droits de la personne devraient être protégés au même titre que les droits comparables que garantit la *Charte*. Il a lui aussi conclu que les critères applicables à la restriction des droits garantis par la *Charte* conformément à l'article premier devraient

three of the objectives proposed by the University were sufficiently pressing and substantial to justify overriding the s. 7 right although he expressed some doubts as to whether the "retirement with dignity" objective could be sufficient to override s. 7. He concluded however that the University had not satisfied the onus resting upon it of demonstrating that mandatory retirement was rationally connected to those objectives. If it were required he would also have found that the minimal impairment requirement had not been satisfied by the University.

#### *Alberta Court of Appeal*

The Court of Appeal rejected the submission that it should not interfere in findings of fact made by the chambers judge. In doing so it observed that the chambers judge had relied on precisely the same record that was made available on the appeal. The court considered the case in light of the judgment of this Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. It noted that La Forest J. had held that universities were not government actors within the scope of the *Charter* but had then gone on to analyze the mandatory retirement requirement on the hypothetical basis that universities were in fact government actors. The Court of Appeal agreed with the chambers judge that an employer should not receive the "benefit of the doubt legislators may be extended". That is to say, the court was of the view that the deference extended by the courts to legislators should not apply to private employers. The Court of Appeal went on to assume that La Forest J. did not adopt a position of deference when considering the application of s. 1 to universities. It concluded on that basis that the issue in the case at bar was rendered moot and that the university must succeed.

servir de guide à l'application de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Il a statué que trois des objectifs proposés par l'Université étaient suffisamment urgents et réels pour justifier la suppression du droit garanti par l'art. 7, encore qu'il ait exprimé certains doutes quant à savoir si l'objectif de «mise à la retraite dans la dignité» pouvait être suffisant pour justifier une dérogation à l'art. 7. Il a toutefois conclu que l'Université ne s'était pas acquittée du fardeau qui lui incombaît de démontrer que la retraite obligatoire avait un lien rationnel avec ces objectifs. Si cela avait été nécessaire, il aurait aussi conclu que l'Université n'avait pas satisfait à l'exigence d'atteinte minimale.

#### *La Cour d'appel de l'Alberta*

d

The Cour d'appel a rejeté la prétention selon laquelle elle ne devrait pas modifier les conclusions de fait tirées par le juge en chambre. Ce faisant, elle fait remarquer que le juge en chambre s'est fondé exactement sur le même dossier que celui qui a été produit en appel. La cour examine l'affaire à la lumière de l'arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Elle fait remarquer que le juge La Forest y conclut que les universités ne sont pas des acteurs gouvernementaux relevant de la *Charte*, mais qu'il a ensuite procédé à l'analyse de l'exigence de la mise à la retraite obligatoire en supposant que les universités sont, à vrai dire, des acteurs gouvernementaux. La Cour d'appel partage l'opinion du juge en chambre selon laquelle il n'y a pas lieu d'accorder à un employeur [TRADUCTION] «le bénéfice du doute qui peut être laissé au législateur». En d'autres termes, la cour estime qu'il n'y a pas lieu pour les tribunaux de manifester envers un employeur privé la retenue dont ils font preuve envers le législateur. La Cour d'appel suppose que le juge La Forest n'a pas adopté une attitude de retenue lorsqu'il a examiné la question de l'application aux universités de l'article premier. Ainsi, elle a conclu que la question en litige en l'espèce est devenue purement théorique et que l'Université doit obtenir gain de cause.

e

f

g

h

i

j

La Cour d'appel a rejeté la prétention selon laquelle elle ne devrait pas modifier les conclusions de fait tirées par le juge en chambre. Ce faisant, elle fait remarquer que le juge en chambre s'est fondé exactement sur le même dossier que celui qui a été produit en appel. La cour examine l'affaire à la lumière de l'arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Elle fait remarquer que le juge La Forest y conclut que les universités ne sont pas des acteurs gouvernementaux relevant de la *Charte*, mais qu'il a ensuite procédé à l'analyse de l'exigence de la mise à la retraite obligatoire en supposant que les universités sont, à vrai dire, des acteurs gouvernementaux. La Cour d'appel partage l'opinion du juge en chambre selon laquelle il n'y a pas lieu d'accorder à un employeur [TRADUCTION] «le bénéfice du doute qui peut être laissé au législateur». En d'autres termes, la cour estime qu'il n'y a pas lieu pour les tribunaux de manifester envers un employeur privé la retenue dont ils font preuve envers le législateur. La Cour d'appel suppose que le juge La Forest n'a pas adopté une attitude de retenue lorsqu'il a examiné la question de l'application aux universités de l'article premier. Ainsi, elle a conclu que la question en litige en l'espèce est devenue purement théorique et que l'Université doit obtenir gain de cause.

Issues

Two issues are presented in this appeal.

1. Did the Court of Appeal err in concluding that the retirement policy of the University was justified pursuant to s. 11.1 of the *IRPA*?  
*a*

2. Should this Court or the Court of Appeal disturb the findings of fact which were made by the Board of Inquiry and the Court of Queen's Bench?  
*b*

Analysis*The Statutory Scheme Which Applied to Dr. Dickason*  
*d*

Before the merits of this appeal can be explored an explanation must be given as to the statutes which will be considered. At the date of Dr. Dickason's retirement in June 1985 the *Universities Academic Pension Act* contained a provision which mandated the retirement of faculty members at the age of 65. The new legislation which removed the mandatory retirement age had not yet been proclaimed. Thus, in June 1985 the University of Alberta was required by legislation to enforce the retirement of Dr. Dickason. The University could have raised this statutory requirement to support its defence that the retirement practice was reasonable. It chose not to do so. At the hearing, appellant's counsel explained that the parties had agreed to proceed as if the amendments to the pension legislation had been proclaimed before Dr. Dickason retired. Accordingly, it is not necessary to consider the appellant's submission, referred to in oral argument, that the *IRPA* guarantee against age discrimination without an age cap had primacy over the pension legislation. Rather, the appeal can be considered in the context of the relevant legislation in its present form.  
*e*

Les questions en litige

Deux questions sont soulevées dans le présent pourvoi.  
*a*

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la politique de mise à la retraite de l'Université était justifiée aux termes de l'art. 11.1 de l'*IRPA*?  
*b*

2. Y a-t-il lieu, pour notre Cour ou pour la Cour d'appel, de modifier les conclusions de fait tirées par la commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine?  
*c*

Analyse*Le régime législatif qui s'appliquait à Mme Dickason*  
*d*

Avant de procéder à l'examen au fond du présent pourvoi, il faut donner une explication au sujet des lois qui seront examinées. À la date de la mise à la retraite de Mme Dickason en juin 1985, l'*Universities Academic Pension Act* comportait une disposition prescrivant la mise à la retraite des membres du corps professoral à l'âge de 65 ans.  
*e* La nouvelle disposition législative qui a supprimé l'âge obligatoire de la retraite n'avait pas encore été promulguée. Ainsi, en juin 1985, l'Université de l'Alberta était tenue, en vertu de la loi, de mettre Mme Dickason à la retraite. L'Université aurait pu invoquer cette exigence légale à l'appui de son moyen de défense fondé sur le caractère raisonnable de la pratique de la mise à la retraite. Elle a jugé bon de ne pas le faire. À l'audience, l'avocat de l'appelante a expliqué que les parties avaient convenu de faire comme si les modifications apportées à la loi sur les pensions avaient été promulguées avant que Mme Dickason prenne sa retraite. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la thèse de l'appelante, dont il a été fait mention dans la plaidoirie, selon laquelle la protection qu'offre l'*IRPA* contre la discrimination fondée sur l'âge, sans limite supérieure d'âge, l'emporte sur la loi sur les pensions. Le pourvoi peut plutôt être examiné en fonction de la loi pertinente sous sa forme actuelle.  
*f*

### *Age Discrimination*

Section 7 of the *IRPA* prohibits discrimination in employment on the basis of race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin. Dr. Dickason's competence has never been questioned by the University. In these circumstances it is not unexpected that the parties agree that the impugned policy of compulsory retirement contravenes s. 7 of the *IRPA*. The sole question is whether the practice is justifiable pursuant to the provisions of s. 11.1 of the *IRPA*.

### *Section 11.1 of the IRPA*

Section 11.1 of the *IRPA* provides that discrimination on a prohibited ground will be permitted if the defendant (University) establishes that the breach was reasonable and justifiable in the circumstances. The appellant contends that the University failed to meet the onus of proof it bears as an employer to satisfy the test set out in this section. The resolution of this appeal will turn upon the interpretation of the justification defence provided by the section.

### *What is the Nature of the Test Set by s. 11.1?*

Although this Court has not yet considered the application of this section, a number of cases have dealt generally with the interpretation of human rights statutes. Dickson C.J. set out the guiding principles in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper

### *Discrimination fondée sur l'âge*

L'article 7 de l'*IRPA* interdit toute discrimination en matière d'emploi fondée sur la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, les déficiences physiques ou mentales, l'état matrimonial, l'âge, l'ascendance ou le lieu d'origine. L'Université n'a jamais mis en doute la compétence de Mme Dickason. Dans ces circonstances, il n'est pas étonnant que les parties reconnaissent que la politique de retraite obligatoire contestée déroge à l'art. 7 de l'*IRPA*. Il ne reste qu'à déterminer si cette pratique est justifiable conformément aux dispositions de l'art. 11.1 de l'*IRPA*.

### *L'article 11.1 de l'IRPA*

L'article 11.1 de l'*IRPA* prévoit que la discrimination fondée sur un motif interdit sera permise si la défenderesse (l'Université) établit que la dérogation était raisonnable et justifiable eu égard aux circonstances. L'appelante prétend que l'Université ne s'est pas acquittée de l'obligation qui lui incombe en matière de preuve, à titre d'employeur, de satisfaire au critère énoncé dans cet article. L'issue du présent pourvoi dépendra de l'interprétation qui sera donnée au moyen de défense fondé sur la justification prévu par cet article.

### *Quelle est la nature du critère établi par l'art. 11.1?*

Bien que notre Cour n'ait pas encore examiné l'application de cet article, certaines affaires ont porté d'une manière générale sur l'interprétation des lois sur les droits de la personne. Le juge en chef Dickson en a énoncé les principes directeurs dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnaissais qu'en interpréter la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les

impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained.

The right against discrimination provided in human rights statutes will be subject to any defence provided by those same statutes to those who discriminate. However, as McIntyre J. recognized in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, a defence which allows discrimination to continue stands as an exception to the rule of non-discrimination. In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, this Court held that while rights should receive a broad interpretation, defences to the exercise of those rights should be interpreted narrowly. Current human rights enactments seek to broaden the impact of individual rights, yet they strive to provide a balancing mechanism so that the many competing interests of society can be accommodated. For example, the *Charter* provides such a means of balancing by way of s. 1. Indeed, the parties to this appeal stressed the similarities that exist between s. 1 of the *Charter* and s. 11.1 of the *IRPA*. Both sections require that those who are *prima facie* in breach of the provisions of the Act establish that the breach is "reasonable and justifiable". I think it can be taken that the similarity exists between the *Charter* and the *IRPA* because they are designed to serve many of the same functions.

The resemblance between the two sections is apparent on their face. Indeed, the legislature of Alberta did rely upon s. 1 of the *Charter* as a model when the amendments of the *IRPA* were enacted. See *Alberta Hansard*, May 21, 1985, p. 1085. The fact that the two sections are remarkably similar and fulfil comparable roles should be taken into account when interpreting them. Yet it

a minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu'offre la *Loi d'interprétation* fédérale lorsqu'elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

b Le droit à la protection contre la discrimination prévu par les lois sur les droits de la personne est assujetti aux moyens de défense que ces mêmes lois accordent aux auteurs de discrimination. Toutefois, comme l'a reconnu le juge McIntyre dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, c un moyen de défense qui permet à la discrimination de se poursuivre constitue une exception à la règle de non-discrimination. Dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, notre Cour a conclu que, bien que les droits doivent recevoir une interprétation large, les moyens de défense qui peuvent être opposés à l'exercice de ces droits doivent être interprétés de façon restrictive. Les textes législatifs actuels sur les droits de la personne cherchent à élargir l'effet des droits individuels, tout en s'efforçant de fournir un mécanisme qui permet de trouver un point d'équilibre, de manière à concilier les nombreux intérêts opposés de la société. La Charte, par exemple, fournit un tel moyen de pondération grâce à son article premier. En fait, les parties au présent pourvoi ont souligné les similitudes qui existent entre l'article premier de la Charte et l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Les deux articles obligeant les personnes qui violent à première vue les dispositions de la Loi à établir que la violation est «raisonnable et justifiable». Je pense qu'on peut reconnaître l'existence d'une similitude entre la Charte et l'*IRPA* puisque toutes deux ont été conçues pour remplir, dans une large mesure, les mêmes fonctions.

i La ressemblance entre les deux articles s'impose à première vue. En fait, le législateur de l'Alberta s'est inspiré de l'article premier de la Charte au moment de l'adoption des modifications de l'*IRPA*. Voir *l'Alberta Hansard*, 21 mai 1985, p. 1085. Pour interpréter ces deux articles, il y a lieu de tenir compte du fait qu'ils sont remarquablement similaires et qu'ils ont des rôles comparables. Il

must be remembered there is a crucial difference between human rights legislation and constitutional rights. Human rights legislation is aimed at regulating the actions of private individuals. The *Charter's* goal is to regulate and, on occasion, to constrain actions of the state. This essential difference must be borne in mind when the defences provided by s. 1 of the *Charter* and s. 11.1 of the *IRPA* are considered. The cases which have dealt with s. 1 can only provide a useful source for identifying the requirements of s. 11.1 if this basic distinction is kept in mind.

The first and fundamental test for determining whether legislation can be justified under s. 1 of the *Charter* is set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. That familiar test directs the party raising a s. 1 defence to demonstrate: (i) that the restriction of a right is undertaken in the pursuit of a pressing and substantial objective and (ii) that the impugned restrictive measure is proportional to the enacted measure as evidenced by the fact that it is (a) rationally connected, (b) constitutes a minimal impairment to the right and (c) is proportional in its effects. In its application, the Court has adopted a flexible standard of proof which responds to the varying contexts in which the state seeks to invoke s. 1 justification for the impugned legislation.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. explained that in performing a s. 1 analysis the Court should measure state action against a varying standard which would be dependent upon the context in which it was invoked. There it was stated at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult

faut toutefois se rappeler qu'il existe une différence cruciale entre les lois sur les droits de la personne et les droits constitutionnels. Les lois sur les droits de la personne visent à réglementer les actes de particuliers. Le but visé par la *Charte* est de réglementer et, à l'occasion, de restreindre les actions de l'État. Il faut tenir compte de cette différence essentielle lors de l'examen des moyens de défense prévus par l'article premier de la *Charte* et par l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Les décisions qui ont porté sur l'article premier ne peuvent servir à établir les exigences de l'art. 11.1 que si l'on tient compte de cette distinction fondamentale.

c Le critère premier et fondamental qui s'applique pour déterminer si une loi peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* est énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ce critère bien connu oblige la partie qui invoque un moyen de défense fondé sur l'article premier à démontrer: (i) que la restriction d'un droit a pour but d'atteindre un objectif urgent et réel, et (ii) que la mesure restrictive contestée est proportionnel à l'objectif poursuivi par la loi comme en fait foi le fait a) qu'elle a un lien rationnel avec cet objectif, b) qu'elle constitue une atteinte minimale au droit en question et c) qu'elle a des effets proportionnels. Dans l'application de ce critère, la Cour a adopté une norme de preuve souple qui tient compte des divers contextes dans lesquels l'État cherche à invoquer une justification fondée sur l'article premier pour sauvegarder la disposition législative contestée.

*i* Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson expliquent que lorsqu'elle procède à une analyse fondée sur l'article premier, la Cour devrait évaluer l'action de l'État en fonction d'une norme variable qui dépendrait du contexte dans lequel elle est invoquée. Il y est déclaré, aux pp. 993 et 994:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous

choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. . . .

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. . . . [W]henever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such question . . . .

The policy rationale set out in *Irwin Toy* cannot be automatically transferred to the consideration of human rights legislation which seeks to regulate the behaviour of private actors. A challenge brought under the *Charter* to legislation enacted by the state obviously affects a state interest. In those circumstances, due deference must be given to the actions of the state manifested by the legislation which is under attack. Consideration must be given to the mischief or evil the legislation was designed to control or eradicate.

On the other hand, in the realm of human rights legislation, the challenge will be to the actions of a private party such as an employer or landlord who, it is alleged, has adopted a discriminatory practice. The actions of private parties will often relate to private aims such as increasing the profit or efficiency of a business. Praiseworthy as those aims may be in themselves, no deference should be accorded to them once a complainant has demonstrated a *prima facie* case of discrimination. To adopt a deferential attitude to such private aims would undermine the professed goal of human rights legislation to guarantee the rights of minority groups, women and individuals against arbitrary and abusive treatment. Legislation aimed at abolishing or reducing discrimination should be given a liberal and generous reading. It follows that any legislated defence to acts of discrimina-

la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. . . .

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. [ . . . ] [C]haque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions . . . .

Le raisonnement de principe énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy* ne peut être appliqué automatiquement à l'examen d'une loi sur les droits de la personne qui cherche à réglementer la conduite d'acteurs privés. La contestation en vertu de la *Charte* d'une disposition législative adoptée par l'État a évidemment une incidence sur un intérêt de l'État. En pareil cas, il faut faire preuve de retenue à l'égard des actions de l'État manifestées par la disposition législative contestée. Il faut tenir compte du méfait ou du mal que la disposition législative vise à réprimer ou à éliminer.

Par contre, lorsqu'il s'agit de lois sur les droits de la personne, la contestation porte sur les actions d'une partie privée, tel un employeur ou un propriétaire, qui, allègue-t-on, a eu recours à une pratique discriminatoire. Les actions de parties privées visent souvent des objectifs privés tels que l'augmentation du profit ou du rendement d'une entreprise. Si louables que soient ces objectifs en soi, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à leur égard lorsqu'un plaignant établit l'existence à première vue d'une discrimination. L'adoption d'une attitude de retenue à l'égard de tels objectifs privés aurait pour effet de miner le but déclaré des lois sur les droits de la personne, qui est de garantir les droits des groupes minoritaires, des femmes et des particuliers contre un traitement arbitraire et abusif. Les lois visant à abolir ou à réduire la discrimination devraient recevoir une interprétation

tion should be construed narrowly as was done in *Brossard, supra*.

Nonetheless, the similarity in wording and in function that exists between s. 1 of the *Charter* and s. 11.1 of the *IRPA* does indicate that *Charter* cases may assist in the development of the test for determining whether a defence under s. 11.1 of the *IRPA* is reasonable and justified. All the parties to this appeal take the position that the established structure of the s. 1 *Charter* analysis should be utilized when a s. 11.1 defence is being considered. I would agree but with some words of caution and restraint. First the *Oakes* model is only appropriate if it is applied without any trace of deference to a private defendant such as the employer or landlord. Secondly, only with a large measure of flexibility and due regard to the context should it be applied to the regulation of private relationships. The inquiry into what is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1 should not be rigidly constrained by the formal categories set out in the *Oakes* test. The courts below, in my view, applied the correct legal standard in considering the defence put forward pursuant to s. 11.1 of the *IRPA*. Before applying the *Oakes* test to the case at bar, some other arguments must be considered.

large et libérale. Il s'ensuit que tout moyen de défense prévu dans une loi à l'égard d'actes de discrimination devrait être interprété restrictivement comme ce fut le cas dans l'arrêt *Brossard*, précité.

La similitude qui existe entre l'article premier de la *Charte* et l'art. 11.1 de l'*IRPA*, sur le plan de leur formulation et de leur rôle, indique néanmoins que la jurisprudence relative à la *Charte* peut être utile pour concevoir le critère permettant de déterminer si la dérogation est raisonnable et justifiée aux termes de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Toutes les parties au présent pourvoi s'accordent pour dire qu'il y a lieu de recourir à la structure établie de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* lorsqu'on examine le moyen de défense prévu à l'art. 11.1. Je partage cet avis, mais non sans réserve ni appel à la prudence. En premier lieu, le modèle de l'arrêt *Oakes* n'est adéquat que s'il est appliqué sans la moindre retenue à l'égard d'un défendeur privé comme un employeur ou un propriétaire. En second lieu, il ne devrait être appliqué à la réglementation de rapports privés qu'avec beaucoup de souplesse et en tenant dûment compte du contexte. L'examen visant à déterminer ce qui est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 ne devrait pas être rigoureusement limité par les catégories formelles énoncées dans le critère de l'arrêt *Oakes*. À mon avis, les tribunaux d'instance inférieure ont utilisé la bonne norme juridique pour examiner le moyen de défense prévu à l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Avant d'appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* à la présente affaire, il faut examiner certains autres arguments.

*De quelle retenue devrait-on faire preuve à l'égard des conclusions de fait tirées par la commission en conformité avec l'*IRPA*?*

#### *What Deference Should Be Paid to Findings of Fact of the Commission Pursuant to the IRPA?*

The appellant contends that neither the Court of Appeal nor this Court should interfere with the findings of fact made by the Board of Inquiry or the Court of Queen's Bench. In support of this view, reliance is placed on the common law principle of curial deference to findings of fact made by a court of first instance. In *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, Ritchie J. wrote at p. 808:

L'appelante prétend que ni la Cour d'appel ni notre Cour ne devraient modifier les conclusions de fait tirées par la commission d'enquête ou par la Cour du Banc de la Reine. À l'appui de ce point de vue, elle invoque le principe de common law de la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait tirées par un tribunal de première instance. Dans *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, le juge Ritchie écrit, à la p. 808:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts.

See also *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, and *Klimashewski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754.

The common law position set out above is echoed in r. 518 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, which restricts the Court of Appeal's jurisdiction to review trial courts on questions of law or inferences drawn from the facts. Following this rule, the appellate court may not interfere with findings of fact except in cases in which the trier of fact has made a palpable and overriding error.

The principle of deference to findings of fact made at first instance has been to a large extent adopted in reviewing the decisions of administrative tribunals, although the standard of review of decisions made by administrative bodies will always be governed by their empowering legislation. Where the legislature has enacted a privative clause restricting review it has been held by this Court that appellate courts must defer to a tribunal's finding of fact. See: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, and *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298.

In *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1746, this Court further recognized that curial deference must be given to

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits.

Voir aussi *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, et *Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754.

La position de la common law décrite plus haut est reprise dans l'art. 518 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, qui limite la compétence de la Cour d'appel en matière de contrôle des décisions des tribunaux de première instance relativement aux questions de droit ou aux conclusions tirées des faits. En vertu de cette règle, la cour d'appel ne peut modifier des conclusions de fait que dans les cas où le juge des faits a commis une erreur manifeste et dominante.

Le principe de la retenue à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance a dans une large mesure été adopté dans le cadre du contrôle des décisions de tribunaux administratifs, même si la norme de contrôle des décisions prises par des organismes administratifs est toujours régie par leur loi habilitante. Dans le cas où le législateur a adopté une clause privative qui restreint ce contrôle, notre Cour a conclu que les cours d'appel doivent s'en remettre aux conclusions de fait d'un tribunal administratif. Voir: *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, et *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298.

Dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, à la p. 1746, notre Cour a en outre reconnu que la retenue judiciaire

findings made within the field of specialized knowledge of an administrative decision-maker.

However, the situation is different where there is neither specialized skill and knowledge exercised by an administrative decision-maker nor a statutory restriction imposed upon the Court's review of those decisions. Here the *IRPA* has clearly indicated that a very broad standard of review would be appropriate to decisions rendered by a Board of Inquiry under the Act. Section 33(2) provides that a party may appeal a decision of the Board on questions of fact or mixed fact and law with the leave of a judge of the Court of Queen's Bench. In the case at bar, Murray J. granted leave for an appeal on the facts. On a plain reading of the *IRPA*, it is clear that the legislature specifically intended that appellate courts should examine the evidence anew and, if deemed appropriate, make their own findings of fact. Under this Act, no particular deference is owed by the Court of Appeal to the findings of the initial trier of fact. This Court possesses the same statutory jurisdiction as the Court of Appeal.

In support of this position I would note that the provision for appeal in the *IRPA* is similar to that in the Ontario *Human Rights Code* (formerly R.S.O. 1970, c. 318) which this Court considered in *Etobicoke, supra*. The statutory basis for an appeal from an Ontario Board of Inquiry is found in s. 42(3) of the Code, R.S.O. 1990, c. H.19. It provides for an appeal on any question of law or fact and states that the Court may substitute its opinion for that of the Board. In *Etobicoke*, McIntyre J. held that this section (then s. 14d(4)) granted an appellate court broader powers to review findings of the trier of fact than exist at common law. The wording of s. 42(3) of the Ontario Code is more explicit than that found in s. 33(2) of the *IRPA*. However, the import of the two sections must be the same, as the right to an appeal on questions of fact would be meaningless if the appellate court were not empowered to sub-

doit s'appliquer aux conclusions tirées dans le champ des connaissances spécialisées d'un organisme administratif décideur.

<sup>a</sup> La situation est toutefois différente lorsqu'il ne s'agit ni de l'application de compétences ou de connaissances spécialisées par un organisme administratif décideur ni d'une restriction légale du contrôle judiciaire de ces décisions. En l'espèce, l'*IRPA* indique clairement qu'une norme de contrôle très large devrait s'appliquer aux décisions rendues par une commission d'enquête constituée en vertu de la Loi. Le paragraphe 33(2) prévoit qu'une partie peut interjeter appel d'une décision de la commission sur des questions de fait ou sur des questions mixtes de droit et de fait avec l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine. En l'espèce, le juge Murray a accordé l'autorisation d'interjeter appel sur les faits. Il ressort clairement du libellé de l'*IRPA* que le législateur a voulu expressément que les cours d'appel examinent à nouveau la preuve et qu'elles tirent leurs propres conclusions de fait, si elles le jugent approprié. En vertu de cette loi, la Cour d'appel n'est aucunement tenue de faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des conclusions tirées par le premier juge des faits. Notre Cour a la même compétence légale que la Cour d'appel.

<sup>b</sup> À l'appui de cette position, je soulignerai que la disposition de l'*IRPA* relative aux appels est semblable à celle du *Human Rights Code* de l'Ontario (auparavant R.S.O. 1970, ch. 318) que notre Cour a examiné dans l'arrêt *Etobicoke*, précité. La disposition législative permettant d'interjeter appel d'une décision d'une commission d'enquête ontarienne se trouve au par. 42(3) du Code, L.R.O. 1990, ch. H.19. Elle prévoit la possibilité d'interjeter appel sur toute question de droit ou de fait et précise que la cour peut substituer son opinion à celle de la commission. Dans l'arrêt *Etobicoke*, le juge McIntyre a conclu que cette disposition (alors le par. 14d(4)) accordait à une cour d'appel des pouvoirs d'examen des conclusions du juge des faits plus larges que ceux qui existent en common law. La formulation du par. 42(3) du Code ontarien est plus explicite que celle du par. 33(2) de l'*IRPA*. Toutefois, les deux dispositions doivent

stitute its own opinion for that of the Board. Nor is this a situation in which the administrative decision-maker possesses a specialized expertise which would merit curial deference. It can be seen that the *IRPA* grants the Court of Appeal and thus this Court the jurisdiction to make findings of fact based on a review of the evidence on the record, without deferring to the conclusions drawn by the Board of Inquiry.

The question remains whether this Court may disturb findings of fact made by a judge of the Court of Queen's Bench. It must be remembered that Murray J. did not hear any *viva voce* testimony. He did not, nor was it necessary for him to, make any assessment as to credibility. Indeed, almost all of the evidence in this case is so-called "social fact" evidence. Rather, the judge reassessed the evidence on the basis of the transcript of the Board of Inquiry hearing. As a result the Court of Appeal of Alberta and this Court stand in exactly the same position as the judge of the Court of Queen's Bench with precisely the same record to consider. In the circumstances the policy reasons in favour of deferring to the findings of fact of a trial court simply do not apply. There is no basis or justification for the position that this Court should be constrained by the conclusions reached by either the Chairman of the Board of Inquiry or the Judge of the Court of Queen's Bench on s. 11.1 evidence. One further preliminary matter must be dealt with.

#### *The Relevance of McKinney to the Case at Bar*

The Alberta Court of Appeal, correctly in my view, concluded that a private rights violator should not receive the "benefit of the doubt" extended to legislatures in *Charter* cases. However, that court went on to hold that the decision in *McKinney* determined the result of this case. With respect, I cannot agree.

être de même portée puisque le droit d'interjeter appel sur des questions de fait n'aurait aucun sens si la cour d'appel n'était pas habilitée à substituer sa propre opinion à celle de la commission. Il ne s'agit pas non plus d'un cas où l'organisme administratif décideur possède des compétences spécialisées qui appelleraient la retenue judiciaire. On peut constater que l'*IRPA* habilite la Cour d'appel et, partant, notre Cour, à tirer des conclusions de fait fondées sur l'examen de la preuve versée au dossier, sans s'en remettre aux conclusions tirées par la commission d'enquête.

Il reste donc à déterminer si notre Cour peut modifier les conclusions de fait tirées par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Il faut se rappeler que le juge Murray n'a entendu aucun témoignage de vive voix. Il n'a procédé à aucune évaluation de la crédibilité, et il n'avait pas à le faire. En fait, presque toute la preuve recueillie en l'espèce est ce qu'on appelle une preuve de [TRADUCTION] «faits sociaux». Le juge a plutôt réexaminé la preuve en se fondant sur la transcription de l'audience devant la commission d'enquête. Par conséquent, la Cour d'appel de l'Alberta et notre Cour se trouvent exactement dans la même position que le juge de la Cour du Banc de la Reine et ont à examiner exactement le même dossier. Dans ces circonstances, les raisons de principe de s'en remettre aux conclusions de fait d'un tribunal de première instance ne s'appliquent tout simplement pas. Rien ne permet ou ne justifie d'affirmer que notre Cour devrait être liée par les conclusions tirées par le président de la commission d'enquête ou par le juge de la Cour du Banc de la Reine au sujet de la preuve relative à l'art. 11.1. Il reste à trancher une autre question préliminaire.

#### La pertinence de l'arrêt *McKinney* relativement à l'espèce

La Cour d'appel de l'Alberta a, à juste titre selon moi, conclu que la personne qui viole des droits privés ne devrait pas jouir du «bénéfice du doute» qui est accordé au législateur dans les affaires relatives à la *Charte*. Toutefois, cette cour a ensuite conclu que l'arrêt *McKinney* déterminait l'issue de la présente affaire. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

Undoubtedly, this appeal raises a question that is closely related to that which was determined in *McKinney*. Namely, do the objectives of promoting tenure, academic renewal, planning and resource management and retirement with dignity justify the placing of limits by way of age on the substantive rights to equal treatment? In *McKinney* La Forest J. writing for the majority determined that the defendant universities were not government for the purposes of the *Charter*. Nevertheless, he proceeded to examine the institutions' retirement policies on the assumption that they were government actors for the purposes of considering those policies in light of s. 15 and s. 1. Although this section of the judgment is in *obiter* it clearly disposes of the constitutionality of such policies in government settings. The issue remains however, does *McKinney* fully decide whether a mandatory retirement policy in a private employment setting can be justified pursuant to the provisions of s. 11.1 of the *IRPA*?

There can be no doubt that the evidence presented in *McKinney* was in part identical and in part remarkably similar to that presented in this case. As a result, the treatment of the evidence by La Forest J. in the *McKinney* case can provide some guidance to the resolution of this one. Yet the decision cannot simply be transferred to this case as suggested by the University of Alberta. La Forest J. invoked, at least in part, the deferential standard of s. 1 analysis when he considered the arguments pertaining to minimal impairment. That same deference cannot be applicable in the case at bar, which is concerned with the employment arrangements of private parties. When weighing the arguments on the issue of minimal impairment La Forest J. in the *McKinney* case framed the question as: "whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible . . ." (emphasis in original) (at p. 286). To frame the question in this way imposes a significantly lower burden of proof on the defendant than that required

Le présent pourvoi soulève indubitablement une question étroitement liée à celle qui a été examinée dans l'affaire *McKinney*, à savoir si les objectifs de promouvoir la permanence, le renouvellement du corps professoral, la planification et la gestion des ressources ainsi que la mise à la retraite dans la dignité justifient l'imposition de limites fondées sur l'âge aux droits fondamentaux à un traitement égal. Dans *McKinney*, le juge La Forest a conclu au nom de la majorité que les universités défendresses ne faisaient pas partie du gouvernement aux fins de la *Charte*. Il a néanmoins examiné les politiques de ces institutions en matière de mise à la retraite en supposant que ces dernières étaient des acteurs gouvernementaux aux fins de l'examen de ces politiques en fonction de l'art. 15 et de l'article premier. Même si cette partie des motifs de jugement constitue une opinion incidente, elle tranche clairement la question de la constitutionnalité de ces politiques dans un cadre gouvernemental. Il reste toutefois à déterminer si l'arrêt *McKinney* tranche pleinement la question de savoir si une politique de mise à la retraite obligatoire dans le cadre d'un emploi privé peut être justifiée aux termes de l'art. 11.1 de l'*IRPA*.

Il ne fait aucun doute que la preuve présentée dans l'affaire *McKinney* était en partie identique et en partie remarquablement semblable à celle de l'espèce. Par conséquent, la façon dont le juge La Forest a traité la preuve dans l'affaire *McKinney* peut, jusqu'à un certain point, servir de guide pour trancher la présente affaire. Toutefois, cette décision ne peut être simplement transposée en l'espèce, comme le propose l'Université de l'Alberta. Le juge La Forest a invoqué, du moins en partie, la norme de retenue de l'analyse fondée sur l'article premier lorsqu'il a examiné les arguments portant sur l'atteinte minimale. La même retenue ne peut s'appliquer à la présente affaire, qui porte sur des ententes en matière d'emploi conclues par des parties privées. En évaluant les arguments relatifs à la question de l'atteinte minimale dans l'affaire *McKinney*, le juge La Forest a dit qu'il s'agissait de savoir «si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent . . .» (souligné dans l'original) (à la p. 286). Le fait de

by s. 11.1. That section requires a defendant to prove that the discriminatory policy, viewed objectively, constitutes only a minimal impairment of the right. As a result, the evidence adduced in this case must be considered in light of the test appropriate to the implementation of s. 11.1 of the *IRPA* even though the evidence presented is so very similar to that put forward in *McKinney*.

#### *Application of s. 11.1 to the Evidence*

A party seeking to establish a defence pursuant to s. 11.1 must demonstrate that the discriminatory practice furthers a substantial objective and is proportional to that objective. In considering the defence, no deference should be given to the policy choice of the defendant as would be the case in the s. 1 analysis of a social policy. However, other factors may well be relevant when the s. 11.1 test is applied in this regulatory context. The role of universities in our society as self-governing centres of learning, research and teaching safeguarded by academic freedom is unique. The courts have respected this and over the years have been very cautious in intervening in university affairs. The determination of the matters at stake involves the weighing of a number of factors not susceptible of exact measurement. The nurturing of academic freedom and the ensuring of faculty renewal are most delicate matters as they bear on the governance of persons and must take into account both group and individual responses. The subject matter does not lend itself to a single clear-cut answer as to the proportionality between the burden of the discrimination complained of and the objectives which are sought. The evidence and assessment of competent and experienced university administrators who are entrusted with the responsibility for fulfilling the role of the university in society will certainly be of particular significance. Furthermore, in this case the practice which they uphold and is now attacked was initially imposed by the terms of a collective agreement. The employees through their faculty association agreed with the employer to incorporate mandatory retirement at age 65 into the collective agreement. This term was the result of freely conducted negotiations. It

formuler ainsi la question impose au défendeur un fardeau de preuve beaucoup plus léger que celui que prescrit l'art. 11.1. Cet article oblige le défendeur à prouver que la politique discriminatoire, considérée objectivement, ne constitue qu'une atteinte minimale au droit en question. Par conséquent, la preuve produite en l'espèce doit être examinée en fonction du critère propre à l'application de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, même si la preuve présentée est si semblable à celle de l'affaire *McKinney*.

#### *Application de l'art. 11.1 à la preuve*

La partie qui invoque le moyen de défense prévu à l'art. 11.1 doit démontrer que la pratique discriminatoire répond à un objectif réel et qu'elle lui est proportionnelle. Dans l'examen du moyen de défense, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la politique pour laquelle la défenderesse a opté comme ce serait le cas s'il s'agissait de l'analyse d'une politique sociale fondée sur l'article premier. Toutefois, d'autres facteurs peuvent fort bien être pertinents lorsque le critère de l'art. 11.1 est appliqué dans ce contexte réglementaire. Le rôle que jouent les universités dans notre société en tant que centres autonomes d'érudition, de recherche et d'enseignement sauvegardés par la liberté dont jouissent les membres du corps professoral est unique. Les tribunaux ont respecté cela et, au fil des ans, ce n'est qu'avec beaucoup de circonspection qu'ils sont intervenus dans les affaires des universités. Pour résoudre les questions en jeu, il faut soupeser un certain nombre de facteurs auxquels on ne peut pas attribuer de mesures exactes. Le maintien de la liberté des professeurs et la garantie du renouvellement du corps professoral sont des questions très délicates puisqu'elles ont trait à la gestion de personnes et qu'elles doivent tenir compte à la fois de réactions collectives et individuelles. Le sujet ne se prête pas à une seule réponse précise quant à la proportionnalité entre le fardeau de la discrimination reprochée et les objectifs poursuivis. Les témoignages et les opinions d'administrateurs d'université compétents et expérimentés qui sont chargés de veiller à ce que l'université joue son rôle dans la société revêtent sûrement une importance particulière. De plus, en l'espèce, la pratique qu'ils soutiennent et qui est maintenant contestée a été imposée, à l'origine,

is significant that the parties originally agreed to this term before the University's pension legislation was amended to require retirement at age 65.

<sup>a</sup> par les clauses d'une convention collective. Par l'intermédiaire de leur association de professeurs, les employés ont convenu avec l'employeur d'intégrer la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans dans la convention collective. Cette clause était le résultat de négociations qui se sont déroulées librement. Il est révélateur qu'à l'origine les parties se soient entendues sur cette clause avant que la loi sur les pensions touchant l'Université ne soit modifiée de manière à prescrire la mise à la retraite à l'âge de 65 ans.

#### The Relevance of a Collective Bargaining Agreement to a s. 11.1 Defence

Generally speaking, parties may not contract out of a human rights statute. This Court has enforced that general rule in the context of age discrimination; see *Etobicoke, supra*, and *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150. Yet this Court has accepted the existence of a collective bargaining agreement as a factor to be taken into consideration in a s. 1 analysis. See *McKinney*, *per* La Forest J. at p. 287 and Cory J. at pp. 447-48. The *Craton* rule resulted from the concern that there may be a great discrepancy in bargaining power between the person contracting out of human rights legislation and the party receiving the benefit of that term. Unequal bargaining power may be utilized to force a party to agree to a contract which undermines the very purpose of human rights legislation. That type of imbalance may typically arise in an employment relationship.

#### La pertinence d'une convention collective relativement au moyen de défense prévu à l'art. 11.1

<sup>d</sup> En règle générale, les parties ne peuvent renoncer par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne. Notre Cour a appliqué cette règle générale dans le contexte de la discrimination fondée sur l'âge; voir *Etobicoke*, précité, et *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150. Elle a pourtant accepté l'existence d'une convention collective comme facteur à prendre en considération dans une analyse fondée sur l'article premier. Voir les motifs du juge La Forest dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 287, et ceux du juge Cory, aux pp. 447 et 448. La règle de l'arrêt *Craton* était inspirée par la crainte qu'il n'existe une grande disparité en matière de pouvoir de négociation entre la personne qui renonce par contrat à l'application d'une loi sur les droits de la personne et la partie qui tire profit de cette clause. L'inégalité du pouvoir de négociation peut servir à forcer une partie à adhérer à un contrat qui mine l'objet même de la loi sur les droits de la personne. Ce type de déséquilibre risque habituellement de se produire dans les relations de travail.

Yet labour codes, providing for the formation of unions and collective bargaining, are specifically designed to overcome or compensate any imbalance in bargaining power. With these statutory safeguards in place collective agreements take on a new and important significance. They can represent a carefully constructed, fairly negotiated bargain between employer and employees. It fol-

<sup>i</sup> Pourtant les codes du travail, qui réglementent la formation des syndicats et la négociation des conventions collectives, sont conçus expressément pour permettre de surmonter ou de compenser tout déséquilibre en matière de pouvoir de négociation. Ces garanties légales font en sorte que les conventions collectives revêtent une importance nouvelle et considérable. Elles peuvent représenter une entente élaborée avec soin et négociée équitablement entre l'employeur et ses employés. Il s'ensuit

lows that a collective agreement cannot be readily dismissed from consideration.

There remains a danger with collective bargaining agreements that must be considered. Unions must act in the best interests of all their members. Yet, a union could choose to negotiate terms which are solely for the benefit of the majority of the membership at the expense of the interests of the minority. Courts must be alert to this possibility. For example, any collective agreement which includes provisions adversely affecting a minority of individuals on the basis of their race or religion should be closely scrutinized. Similarly, a collective agreement term which discriminates against women in the workplace in situations where they do not constitute a clear voting majority of the bargaining unit should not be readily accepted as evidence of the reasonableness of a discriminatory practice.

Nonetheless, a collective agreement may very well provide evidence of the reasonableness of a practice which appears on its face to be discriminatory. However, certain precautions must be taken. For example, it should be demonstrated that the collective agreement was freely negotiated by parties with relatively equal bargaining positions. It should be shown that the agreement did not discriminate unfairly against minorities. In essence, there must be substantive fairness demonstrated by the agreement itself. As well, when considering the weight to be attached to the terms of a collective bargaining agreement, a court must remain flexible and be aware that it is always difficult to obtain complete equality between all the groups forming part of a bargaining unit.

Generally, in assessing the weight to be attached to a collective bargaining agreement as a factor in demonstrating that the discrimination was reasonable and justified, my reasons in *McKinney, supra*, pp. 447-48, may be apposite:

qu'on ne peut aisément faire abstraction d'une convention collective.

Il faut examiner un dernier danger en matière de conventions collectives. Les syndicats doivent agir dans le meilleur intérêt de tous leurs membres. Pourtant, un syndicat pourrait choisir de négocier des clauses qui profiteraient uniquement à la majorité de ses membres, aux dépens des intérêts de la minorité. Les tribunaux doivent être conscients de cette possibilité. Il faudrait par exemple étudier attentivement toute convention collective qui comprendrait des dispositions entraînant des conséquences préjudiciables pour une minorité de personnes en raison de leur race ou de leur religion. De même, on ne devrait pas accepter aisément comme preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire la clause d'une convention collective qui serait discriminatoire pour les femmes au travail, lorsque celles-ci ne constituent pas la nette majorité des membres votants de l'unité de négociation.

Une convention collective peut néanmoins fort bien démontrer le caractère raisonnable d'une pratique qui, de prime abord, semble discriminatoire. Il faut cependant prendre certaines précautions. Il faudrait par exemple démontrer que la convention collective a été négociée librement par des parties ayant un pouvoir de négociation relativement égal. Il faudrait prouver que la convention n'est pas injustement discriminatoire envers des minorités. Essentiellement, la convention elle-même doit témoigner d'une équité inhérente. En outre, lorsqu'elle est appelée à déterminer le poids à accorder aux clauses d'une convention collective, la cour doit faire preuve de souplesse et se rappeler qu'il est toujours difficile d'obtenir une égalité parfaite entre tous les groupes qui font partie d'une unité de négociation.

De façon générale, lorsqu'il s'agit de déterminer le poids à accorder à une convention collective en tant que facteur permettant de démontrer que la discrimination était raisonnable et justifiée, mes motifs de l'arrêt *McKinney*, précité, aux pp. 447 et 448, peuvent être pertinents:

... in the course of negotiating a collective bargaining agreement, it may become apparent that the union membership is overwhelmingly in favour of an agreement that embraces compulsory retirement as part of the consideration for obtaining higher wages at an earlier age—an age when houses must be bought and children raised and educated. That is to say, at a time when the need for family funds is at the highest.

It is often the case that, before a collective bargaining agreement is ratified, the union members will have received very careful advice concerning its terms and their significance not only from union officials, but also from skilled economists and lawyers. The collective agreement represents a total package balancing many factors and interests. It represents the considered opinion of its members that it would be in their best interests to accept the proposed contract. Bargains struck whereby higher wages are paid at an earlier age in exchange for mandatory retirement at a fixed and certain age, may well confer a very real benefit upon the worker and not in any way affect his or her basic dignity or sense of worth. If such contracts should be found to be invalid, it would attack the very foundations of collective bargaining and might well put in jeopardy some of the hard won rights of labour.

The collective agreement reflects the decision of intelligent adults, based upon sound advice, that it is in the best interest of themselves and their families to accept a higher wage settlement for the present and near future in exchange for agreeing to a fixed and certain date for retirement. In those circumstances, it would be unseemly and unfortunate for a court to say to a union worker that, although this carefully made decision is in the best interest of you and your family, you are not going to be permitted to enter into this contract. It is a position that I would find unacceptable.

In this case the collective bargaining agreement authorizing compulsory retirement can properly be taken into account as a factor in considering whether the discriminatory policy can be found to be reasonably justified. Here, the term of the collective agreement relating to compulsory retirement will apply to every member of the faculty association. The term was reasonable and appropriate in the circumstances. First, age differs from other grounds of discrimination since everyone of no matter what religion, colour, social origin,

... dans le cadre de la négociation d'une convention collective, il peut se révéler que la très grande majorité des membres du syndicat est en faveur d'un accord qui prévoit la retraite obligatoire en contrepartie de salaires plus élevés accordés à un âge plus jeune, un âge où il faut acheter une maison et élever des enfants, c'est-à-dire à un moment où les besoins financiers de la famille sont les plus importants.

Il arrive souvent qu'avant de conclure une convention collective les membres du syndicat aient reçu, non seulement de leurs représentants syndicaux mais également d'économistes et d'avocats compétents, des conseils très précis concernant ses conditions et leur importance. La convention collective représente une entente globale où plusieurs facteurs et intérêts sont conciliés. Elle représente l'opinion refléchie de ses membres qu'il serait dans leur meilleur intérêt d'accepter le contrat proposé. Les ententes conclues où l'on prévoit que des salaires plus élevés sont versés à un âge plus jeune en échange de la retraite obligatoire à un âge fixe et précis peuvent fort bien conférer un véritable avantage au travailleur et ne toucher daucune façon à sa dignité ou à sa valorisation personnelles. Si ces contrats étaient déclarés invalides, on porterait atteinte aux fondements mêmes de la négociation collective et on pourrait fort bien mettre en péril certains droits durement acquis en matière de travail.

La convention collective reflète la décision, fondée sur des conseils judicieux, de personnes adultes intelligentes qu'il est dans leur meilleur intérêt, ainsi que dans celui de leur famille, d'accepter pour l'immédiat et dans un avenir rapproché un salaire plus élevé en échange de l'établissement d'une date fixe précise pour la retraite. Dans ces circonstances, il serait inconvenant et malheureux qu'un tribunal dise à un travailleur syndiqué que, même si cette décision soigneusement prise est dans son meilleur intérêt et celui de sa famille, on ne lui permettra pas de conclure ce contrat. Il s'agit d'une position que j'estime inacceptable.

Dans ce cas, il convient de tenir compte de la convention collective autorisant la retraite obligatoire comme l'un des facteurs permettant de déterminer si la politique discriminatoire peut être raisonnablement justifiée. En l'espèce, la clause de la convention collective portant sur la retraite obligatoire s'applique à tous les membres de l'association des professeurs. Cette clause était raisonnable et appropriée eu égard aux circonstances. En premier lieu, l'âge diffère des autres motifs de discrimination puisque tous, peu importe leur religion,

nationality or gender becomes older with the passage of time. Eventual retirement with pension security is a matter of concern for all employers in every field. As a consequence, the mandatory retirement term will have an impact on all those members of the faculty association who remain employees of the University until the end of their career. Second, the union did not negotiate the term in a vacuum, but rather, in the context of a system of tenure which protects all members of faculty from dismissal without just cause, and provides a pension scheme assuring the financial security of all retiring members of faculty. It is safe to assume that the terms of the collective agreement pertaining to compulsory retirement were not the manifestation of an abuse of its power by the employer University. Rather, they represent a carefully considered agreement that was negotiated with the best interests of all members of the faculty association in mind.

In determining whether the practice of mandatory retirement constitutes reasonable justification for age discrimination the fact that this option was chosen by way of an agreement between an employer and the faculty association should be recognized. Members of a faculty association may, even more than some rank and file members of other unions, appreciate the significance and consequences of a mandatory retirement policy for themselves, for the faculty association and for the university. Such an agreement should not be lightly disregarded. In this case the University may properly rely on the collective agreement as evidence which tends to confirm the reasonableness of the mandatory retirement policy. It is a factor which must be kept in mind when applying the *Oakes* model test to the facts of this case.

#### Are the Objectives of the Policy Pressing and Substantial?

In the proceedings below, the objectives of mandatory retirement were stated to be: the preser-

leur couleur, leur origine sociale, leur nationalité ou leur sexe, vieillissent avec le temps. La question de la retraite éventuelle assortie d'une pension préoccupe tous les employeurs, dans tous les secteurs. Par conséquent, la clause relative à la retraite obligatoire aura un effet sur tous les membres de l'association des professeurs qui demeureront à l'emploi de l'Université jusqu'à la fin de leur carrière. En second lieu, le syndicat n'a pas négocié cette clause en l'absence de tout contexte, mais il l'a plutôt fait dans le cadre d'un système de permanence qui protège tous les membres du corps professoral contre le renvoi non motivé et qui établit un régime de pension assurant la sécurité financière de tous les membres du corps professoral qui prennent leur retraite. On peut présumer sans risque d'erreur que les clauses de la convention collective portant sur la retraite obligatoire ne traduisent pas un abus de pouvoir de la part de l'employeur, l'Université. Elles constituent plutôt une entente examinée avec soin qui a été négociée en tenant compte du meilleur intérêt de tous les membres de l'association des professeurs.

Pour déterminer si la pratique de la retraite obligatoire constitue une justification raisonnable de la discrimination fondée sur l'âge, il y a lieu de reconnaître que cette option a été choisie au moyen d'une convention entre l'employeur et l'association des professeurs. Les membres d'une association de professeurs peuvent, mieux encore que certains membres de la base d'autres syndicats, apprécier l'importance et les conséquences d'une politique de mise à la retraite obligatoire pour eux-mêmes, pour l'association des professeurs et pour l'université. On ne doit pas faire abstraction d'une telle convention à la légère. En l'espèce, l'Université peut à juste titre invoquer la convention collective comme preuve tendant à confirmer le caractère raisonnable de la politique de mise à la retraite obligatoire. Il s'agit là d'un facteur dont il faut tenir compte lorsqu'on applique aux faits de l'espèce le critère type de l'arrêt *Oakes*.

#### Les objectifs de la politique sont-ils urgents et réels?

Au cours des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure, les objectifs de la retraite

vation of tenure, the promotion of academic renewal, the facilitation of planning and resource management and the protection of "retirement with dignity" for faculty members. They are subsumed in the objectives put forward to justify mandatory retirement by the defendant universities in *McKinney* which the University of Alberta adopted in argument before this Court. These were (at p. 281):

(1) To enhance and maintain a university's capacity to seek and maintain excellence by permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal, and

(2) To preserve a university's academic freedom and the collegial form of association by minimizing distinctive modes of performance evaluation.

In *McKinney* this Court concluded that these objectives were of sufficient significance to justify the limitation of a constitutional right to equality. This conclusion must also apply to these same objectives put forward by the University of Alberta in the case at bar.

#### Is the Policy Proportional to the Objective?

According to the *Oakes* model, the defendant must demonstrate that the policy is rationally connected to the objective, minimally impairs the right and is proportional in its effects.

##### *(a) Rational Connection*

The University has submitted that the objectives outlined above as the rationale for negotiating a compulsory retirement term in the collective agreement all relate to the specific labour requirements in the academic market. As discussed in *McKinney*, the traditional career pattern of university faculty involves a deferred compensation scheme with a comparatively low entry level salary which increases with seniority (see Michael Krashinsky, "The Case for Eliminating

obligatoire ont été formulés ainsi: maintenir la permanence, promouvoir le renouvellement du corps professoral, faciliter la planification et la gestion des ressources et protéger la «mise à la retraite dans la dignité» pour les membres du corps professoral. Ils sont compris dans les objectifs que les universités défenderesses avaient avancés pour justifier la retraite obligatoire dans l'affaire *McKinney* et que l'Université de l'Alberta a adoptés dans sa plaidoirie devant notre Cour (à la p. 281):

(1) Accroître et conserver l'aptitude de l'université à rechercher et à maintenir l'excellence en faisant usage de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral;

(2) Préserver la liberté académique de l'université et la collégialité en réduisant au minimum les modes distincts d'évaluation du rendement.

Dans l'arrêt *McKinney*, notre Cour a conclu que ces objectifs étaient suffisamment importants pour justifier la restriction d'un droit constitutionnel à l'égalité. Cette conclusion doit aussi s'appliquer aux mêmes objectifs que l'Université de l'Alberta avance en l'espèce.

##### La politique est-elle proportionnelle à l'objectif visé?

Selon le modèle établi dans l'arrêt *Oakes*, la défenderesse doit démontrer que la politique a un lien rationnel avec l'objectif visé, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit en question et que ses effets sont proportionnels.

##### *a) Le lien rationnel*

L'Université a prétendu que les objectifs énumérés plus haut comme justifiant la négociation d'une clause de retraite obligatoire dans la convention collective sont tous liés à des exigences précises en matière d'emploi dans le secteur universitaire. Comme il a été dit dans l'arrêt *McKinney*, le schéma de carrière traditionnel des professeurs d'université implique un régime de rémunération différée caractérisé par un salaire de départ relativement bas qui augmente avec l'ancienneté (voir

Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict" (1988), XIV *Canadian Public Policy* 40, at p. 47). Within the first few years of appointment, junior faculty members have the opportunity to apply for tenured status. If accepted, they will be protected from dismissal except on grounds of incompetence or misconduct. Typically, as in the case of the University of Alberta, the power to dismiss professors on this basis is rarely exercised. The University dismissed only 10 professors over the years 1974-1984.

Michael Krashinsky, «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict» (1988), XIV *Analyse de politiques* 40, à la p. 47). Au cours des premières années d'emploi, les jeunes professeurs ont l'occasion de demander la permanence. Si leur demande est acceptée, ils sont protégés contre le congédiement, sauf pour cause d'incompétence ou d'inconduite. Habituellement, et c'est le cas de l'Université de l'Alberta, le pouvoir de renvoyer des professeurs pour cette raison est rarement exercé. L'Université n'a renvoyé que 10 professeurs au cours de la période de 1974 à 1984.

In the 1960s and early '70s, Canadian universities experienced dramatic growth which necessitated the hiring of a large number of new professors. Since then, financial constraints have prevented the expansion of our academic institutions. As a result, there exists a "bulge" in the age distribution of professors. A disproportionate number are concentrated among those in the latter part of their careers.

Au cours des années 60 et au début des années 70, les universités canadiennes ont connu une croissance spectaculaire, ce qui les a obligées à engager un grand nombre de nouveaux professeurs. Depuis, des contraintes financières ont empêché l'expansion de nos établissements universitaires. Il en est résulté un «gonflement» dans la répartition par âge des professeurs. Un nombre disproportionné de professeurs se trouvent à la dernière étape de leur carrière.

These circumstances support a finding that the impugned retirement practice is rationally connected to the objectives cited. The retirement of faculty members at the age of 65 ensures that the University may readily predict the rate at which employees will leave the institution. By requiring the retirement of all professors on reaching that age, positions are opened for new faculty. In accepting this argument, I do not wish to appear to have fallen victim to the "lump of labour" fallacy, which is the assumption that the total number of jobs in an economy is fixed. (See Frank Reid, *Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), at p. 9.) In the economy as a whole, retirements are not essential to open new positions for young workers as the quantity of jobs is not fixed. In the current academic market, however, funding pressures have prevented the expansion of the total number of teaching and research positions. The presence of the "bulge" has concentrated a large proportion of jobs in one age group. In this particular context, mandatory retirement is an essential

Ces circonstances permettent de conclure que la pratique de mise à la retraite contestée a un lien rationnel avec les objectifs cités. La mise à la retraite des professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans permet à l'Université de prévoir aisément le rythme de départ des employés. Grâce à la mise à la retraite obligatoire de tous les professeurs qui atteignent cet âge, des postes sont ouverts pour de nouveaux professeurs. Tout en acceptant cet argument, je ne veux pas donner l'impression de succomber au sophisme du [TRADUCTION] «nombre fixe d'emplois», qui suppose que le nombre total d'emplois dans l'économie ne change pas. (Voir Frank Reid, *Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), à la p. 9.) Dans l'économie considérée globalement, il n'est pas essentiel de procéder à des mises à la retraite pour ouvrir de nouveaux postes pour les jeunes travailleurs puisque la quantité d'emplois n'est pas fixe. Toutefois, dans le secteur universitaire actuel, des contraintes financières ont empêché l'accroissement du nombre total de postes d'enseignement et de recherche.

tool to provide a degree of inter-generational equity.

Mandatory retirement also allows the University to renew its faculty by introducing younger members who may bring new perspectives to their disciplines. The Report of the Bovey Commission on the Future Development of the Universities of Ontario (1984) identified academic renewal as a crucial goal for universities. This report recognizes that it is only through new appointments that universities can improve the ratio of women faculty members from the current numbers, which are extremely low (at pp. 21-22). The same Report estimates that without mandatory retirement, the numbers of new faculty hired in Ontario would have declined by approximately 300 from an estimate of 750 by the end of the 1980s (at p. 22). Mandatory retirement provides a means of remedying the twofold problem of limited funding and a "bulge" in the age distribution of professors.

As well, the policy of mandatory retirement supports the existence of a tenure system which creates barriers to the dismissal of faculty members thereby enhancing academic independence. Certainly, the University of Alberta has in place a system designed to remove demonstrably incompetent professors, but the administration has taken such steps most infrequently. It might be suggested that any necessary trimming of faculty could be more fairly accomplished by an active exercise of the power to dismiss for incompetence. Yet this argument fails to recognize the difficulties inherent in assessing either the quality of a professor's work or her productivity (see Robert T. Blackburn and Janet H. Lawrence, "Aging and the Quality of Faculty Job Performance" (1986), 23 *Review of Educational Research* 265, at p. 271).

Typically, teaching ability is only monitored by student evaluation. Research can only be measured

En raison du «gonflement», une grande proportion d'emplois est concentrée dans un seul groupe d'âge. Dans ce contexte particulier, la retraite obligatoire est un outil essentiel pour assurer un certain degré d'équité entre les générations.

La retraite obligatoire permet aussi à l'Université de renouveler son corps professoral en intégrant des membres plus jeunes qui apportent de nouveaux points de vue dans leurs disciplines. Le rapport de la Commission [Bovey] chargée d'étudier l'avenir des universités de l'Ontario (1984) a décrit le renouvellement du corps professoral comme un objectif crucial pour les universités. Ce rapport reconnaît que ce n'est qu'au moyen de nouvelles nominations que les universités peuvent augmenter la proportion de professeurs d'université féminins qui, à l'heure actuelle, est extrêmement faible (aux pp. 21 et 22). Dans ce rapport, on estime que, sans la retraite obligatoire, le nombre de nouveaux professeurs engagés en Ontario aurait diminué d'environ 300 sur le nombre estimatif de 750 à la fin des années 1980 (à la p. 22). La retraite obligatoire constitue un moyen de résoudre le double problème du financement limité et de l'existence d'un «gonflement» dans la répartition par âge des professeurs.

De même, la politique de retraite obligatoire justifie l'existence d'un système de permanence qui crée des obstacles au renvoi des professeurs, favorisant ainsi leur indépendance. Certes, l'Université de l'Alberta dispose d'un système destiné à renvoyer les professeurs manifestement incompétents, mais la direction n'a pris que très rarement de telles mesures. On pourrait faire valoir que toute réduction nécessaire du corps professoral pourrait se faire de façon plus équitable par l'exercice actif du pouvoir de renvoyer pour cause d'incompétence. Toutefois, cet argument ne reconnaît pas les difficultés inhérentes à l'évaluation de la qualité du travail d'un professeur ou de sa productivité (voir Robert T. Blackburn et Janet H. Lawrence, «Aging and the Quality of Faculty Job Performance» (1986), 23 *Review of Educational Research* 265, à la p. 271).

Normalement, la capacité d'enseigner n'est contrôlée qu'au moyen d'évaluations faites par les étu-

by the work published. A greater risk of dismissal could well discourage individual professors from choosing to concentrate on teaching skills. There are many obstacles that must be overcome in order to make a fair objective assessment of the quality of work produced. Although these difficulties are faced by universities when tenure is first considered, a policy which increased the frequency with which these difficult assessments were made would be cumbersome, threatening to faculty and disruptive to the university. It would undermine the sense of security which is so essential for the free exercise of academic inquiry.

On these facts, the University of Alberta has demonstrated that the practice of compulsory retirement is rationally connected to its stated objectives.

**(b) *Minimal Impairment***

There are only a very limited number of alternatives to mandatory retirement which would satisfy the University's legitimate objectives. The University could increase the rigour with which it enforces its procedures to dismiss professors for cause. While this might not necessarily undermine the tenure system, which is designed to protect professors from political interference and not from their own incompetence, it could make the security of tenure easier to circumvent. Also, as noted earlier, there are serious difficulties inherent in any attempt to measure the competence and productivity of professors.

Another possible alternative would be to encourage early retirement. This option would not contravene any of the University's objectives. Yet an optional programme would not necessarily achieve the numbers or certainty of vacancies among faculty that are required for renewal. Thus, this method would be an inadequate substitute for mandatory retirement.

dians. La recherche ne peut se mesurer que par les travaux publiés. Un plus grand risque de renvoi pourrait bien dissuader certains professeurs de se concentrer sur des tâches d'enseignement. Il faut surmonter de nombreux obstacles pour parvenir à effectuer une évaluation juste et objective de la qualité du travail accompli. Même si les universités se heurtent à ces difficultés au moment où la question de la permanence est examinée pour la première fois, une politique qui augmenterait la fréquence de ces difficiles évaluations serait fastidieuse, menaçante pour le corps professoral et source de perturbations pour l'université. Elle minerait le sentiment de sécurité qui est si essentiel au libre exercice de la recherche universitaire.

Compte tenu de ces faits, l'Université de l'Alberta a démontré que la pratique de la retraite obligatoire a un lien rationnel avec ses objectifs explicites.

**b) *L'atteinte minimale***

Il n'existe qu'un nombre très limité de solutions de recharge à la retraite obligatoire qui permettraient à l'Université d'atteindre ses objectifs légitimes. L'Université pourrait augmenter la rigueur avec laquelle elle applique ses procédures de renvoi motivé de professeurs. Même si cela n'avait pas nécessairement pour effet de miner le système de permanence, qui vise à protéger les professeurs des ingérences politiques et non de leur propre incomptence, cela pourrait rendre l'inamovibilité plus facile à contourner. En outre, comme on l'a déjà mentionné, il existe de graves difficultés qui sont inhérentes à toute tentative d'évaluer la compétence et la productivité des professeurs.

Une autre solution pourrait consister à encourager la retraite anticipée. Cette option ne contreviendrait à aucun des objectifs de l'Université. Toutefois, un programme optionnel ne permettrait pas nécessairement d'obtenir avec certitude, au sein du corps professoral, le nombre de postes vacants requis pour assurer le renouvellement. Cette méthode constituerait donc un substitut inadéquat à la retraite obligatoire.

In the University setting, the policy of mandatory retirement withstands the minimal impairment test. No obvious alternative policy exists which would achieve the same results without restricting the individual rights of faculty members. The fact that the practice is the result of a fair and freely negotiated collective agreement supports the conclusion that the practice is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1. <sup>a</sup>

Dans le cadre de l'Université, la politique de mise à la retraite obligatoire résiste au critère de l'atteinte minimale. Il n'y a pas d'autre politique évidente qui permette d'obtenir les mêmes résultats sans restreindre les droits individuels des membres du corps professoral. Le fait que la pratique résulte d'une convention collective équitable et négociée librement appuie la conclusion selon laquelle la pratique est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1. <sup>b</sup>

### (c) *Proportionality of Effects*

Lastly, the University of Alberta must demonstrate that the effects of the impugned practice are proportional to the objectives which it is intended to serve. Without question, mandatory retirement constitutes *prima facie* discrimination. Those faculty members who, like Professor Dickason, would choose to continue working past the age of 65 will suffer from the denial of this opportunity. Yet these individuals have the benefit of secure and reasonable pensions. The policy forms part of a collective agreement which benefits, as a whole, the academic staff of the University. In this context, the effects of the *prima facie* discrimination are proportional to the legitimate objectives served. <sup>c</sup>

### Disposition

The University has shown that the impugned practice of mandatory retirement is reasonable and justifiable within the meaning of s. 11.1 of the *IRPA*. In the result, the appeal is dismissed. As this proceeding is in the nature of a test case, there shall be no order as to costs. <sup>d</sup>

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by <sup>e</sup>

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—This appeal once again raises the issue of mandatory retirement at age 65, this time, however, in the context of the policy of a private employer, the respondent University of Alberta (the "University"). That policy is being challenged by the appellant professor, Dr. Olive Dickason, under the Alberta *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2 (the

### *c) La proportionnalité des effets*

En dernier lieu, l'Université de l'Alberta doit démontrer que les effets de la pratique contestée sont proportionnels aux objectifs qu'elle vise. La retraite obligatoire constitue indubitablement de la discrimination à première vue. Les membres du corps professoral qui, à l'instar du professeur Dickason, choisirraient de continuer à travailler après avoir atteint 65 ans vont souffrir du fait qu'on leur refuse cette possibilité. Malgré tout, ces personnes bénéficient de pensions sûres et raisonnables. La politique fait partie d'une convention collective qui, dans son ensemble, profite au corps professoral de l'Université. Dans ce contexte, les effets de la discrimination à première vue sont proportionnels aux objectifs légitimes visés. <sup>f</sup>

### Dispositif

L'Université a démontré que la pratique contestée de mise à la retraite obligatoire est raisonnable et justifiable au sens de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Le pourvoi est donc rejeté. Puisque l'instance s'apparente à une cause type, il n'y aura pas d'adjudication des dépens. <sup>g</sup>

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ont été rendus par <sup>h</sup>

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Le présent pourvoi soulève à nouveau la question de la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, cette fois dans le contexte de la politique d'un employeur privé, l'Université de l'Alberta («l'Université») intimée. Cette politique est contestée par l'appelante, le professeur Olive Dickason, qui invoque l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta,

"IRPA"). Specifically, the issue is whether the University, through a collective agreement with its academic staff, can retire Dr. Dickason at age 65, despite the provisions of s. 7 of the *IRPA*, which reads:

7(1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

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

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

because of the race, religious beliefs, colour, gender, physical disability, mental disability, marital status, age, ancestry or place of origin of that person or of any other person. [Emphasis added.]

The University relies upon s. 11.1 of the *IRPA*, which provides a general defence for discriminatory acts:

**11.1** A contravention of this Act shall be deemed not to have occurred if the person who is alleged to have contravened the Act shows that the alleged contravention was reasonable and justifiable in the circumstances.

I have considered the opinion of my colleague Justice Cory and, with respect, I cannot agree for the following reasons.

#### Facts

Given their particular relevance to the issue, I will briefly review the facts surrounding this appeal, with an emphasis on the chronology of events leading up to Dr. Dickason's retirement.

Dr. Dickason joined the academic staff at the University of Alberta on June 24, 1975. At the time, while s. 6 of the *Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, c. 2, then in force prohibited discrimination in employment on the basis of various factors, including age (subject to a defence of *bona fide* occupational qualification), age was defined as between 45 and 65 years of age, for the purposes of the Act.

R.S.A. 1980, ch. I-2 (l'«*IRPA*»). Plus précisément, il s'agit de déterminer si l'Université, en se fondant sur une convention collective conclue avec son personnel enseignant, peut mettre M<sup>me</sup> Dickason à la retraite à l'âge de 65 ans, malgré les dispositions de l'art. 7 de l'*IRPA*, qui porte:

[TRADUCTION] 7(1) Aucun employeur ni aucune personne agissant pour le compte d'un employeur ne doit

a) refuser d'employer ou de continuer à employer une personne, ni

b) faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

en raison de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, des déficiences physiques ou mentales, de l'état matrimonial, de l'âge, de l'ascendance ou du lieu d'origine de cette personne ou d'une autre personne. [Je souligne.]

L'Université se fonde sur l'art. 11.1 de l'*IRPA*, qui prévoit un moyen de défense général à l'égard d'actes discriminatoires:

[TRADUCTION] 11.1 Toute dérogation à la présente loi dont l'auteur présumé démontre qu'elle était raisonnable et justifiable, eu égard aux circonstances, est réputée ne pas avoir eu lieu.

f J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory et, en toute déférence, je ne puis y souscrire pour les raisons suivantes.

#### Les faits

Étant donné leur pertinence particulière, je reprendrai brièvement les faits qui entourent le présent pourvoi, en mettant l'accent sur la suite chronologique des événements conduisant à la mise à la retraite de M<sup>me</sup> Dickason.

Madame Dickason s'est jointe au personnel enseignant de l'Université de l'Alberta le 24 juin 1975. Si, à cette époque l'art. 6 de l'*Individual's Rights Protection Act*, S.A. 1972, ch. 2, alors en vigueur, interdisait toute discrimination dans l'emploi fondée sur divers facteurs, notamment l'âge (sauf à invoquer une exigence professionnelle normale), le mot âge, défini par la Loi, renvoyait à la période située entre 45 et 65 ans.

A little over a year later, Dr. Dickason became an assistant professor and signed a contract agreeing to be bound by the Academic Staff Agreement ("the Faculty Agreement") between the University and the Association of Academic Staff of the University of Alberta ("the Faculty Association"). Article 18.01 of the Agreement, which came into effect on July 1, 1976, established a "normal retirement date" for academic staff at age 65:

**18.01** The normal retirement date for a staff member will be 30 June following the attainment of age sixty-five (65) or 31 August for those staff members who were employed in anticipation of an end of year date, being 31 August.

In 1978, the *Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, c. 36 (the "UAPA") came into effect. Section 9 provided that academic staff would retire on the "normal retirement date", which was defined as age 65. The Faculty Agreement which bound Dr. Dickason was amended that same year to reflect its compliance with this legislation, although this did not involve any material change in the University's policy.

On November 2, 1979, Dr. Dickason was awarded tenure under the terms of the Faculty Agreement between the University and the Faculty Association.

In 1985, various amendments to the *IRPA* were enacted to make it compatible with s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("the Charter"). On June 5, 1985, four days after Dr. Dickason became a full professor at the University, these amendments came into force. Section 11.1 was added to the *IRPA*, and s. 38(a) of the *IRPA* was replaced with the present provision, which defines age as "18 years of age or older".

On June 30, 1985, Dr. Dickason, having reached her 65th birthday earlier in the year, was retired pursuant to art. 18.01 of the Faculty Agreement. Upon her retirement, she automatically acquired the status of professor emeritus. On July 3, 1985,

Après un peu plus d'un an, M<sup>me</sup> Dickason était nommée professeur adjoint et elle signait un contrat par lequel elle acceptait d'être liée par l'Academic Staff Agreement («la convention») conclue entre l'Université et l'Association of Academic Staff of the University of Alberta («l'association des professeurs»). L'article 18.01 de la convention, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1976, fixait la [TRADUCTION] «date normale de la retraite» pour le personnel enseignant à l'âge de 65 ans:

[TRADUCTION] **18.01** La date normale de la retraite pour tout membre du personnel est le 30 juin suivant la date à laquelle celui-ci atteint l'âge de soixante-cinq (65) ans, ou le 31 août pour les membres du personnel qui ont été engagés en prévision d'une date de clôture de l'exercice qui serait le 31 août.

En 1978, l'*Universities Academic Pension Act*, S.A. 1978, ch. 36, (l'«UAPA») entrait en vigueur. L'article 9 prévoyait la mise à la retraite du personnel enseignant à la [TRADUCTION] «date normale de la retraite», fixée par définition à l'âge de 65 ans. La convention qui liait M<sup>me</sup> Dickason était modifiée la même année pour en assurer l'harmonisation avec la Loi sans que cela n'entraîne aucune modification importante de la politique de l'Université.

Le 2 novembre 1979, M<sup>me</sup> Dickason obtenait sa permanence en vertu des dispositions de la convention conclue entre l'Université et l'association des professeurs.

En 1985, l'*IRPA* faisait l'objet de diverses modifications visant à la rendre compatible avec l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* («la Charte»). Ces modifications sont entrées en vigueur le 5 juin 1985, soit quatre jours après la date à laquelle M<sup>me</sup> Dickason a été promue au poste de professeur titulaire de l'Université. L'article 11.1 fut ajouté à l'*IRPA*, et l'al. 38a) de l'*IRPA* fut remplacé par la disposition actuelle, qui définit l'âge comme «dix-huit ans et plus».

Le 30 juin 1985, M<sup>me</sup> Dickason, qui avait atteint l'âge de 65 ans plus tôt dans l'année, fut mise à la retraite conformément à l'art. 18.01 de la convention. Au moment de sa mise à la retraite, elle acquérait automatiquement le statut de professeur

Dr. Dickason filed a complaint with the Alberta Human Rights Commission, alleging that the University had contravened s. 7 of the *IRPA* by discriminating against her on the basis of her age. A Board of Inquiry was appointed on April 1, 1986.

It should be noted at this point that, at the time of Dr. Dickason's forced retirement, the *UAPA* of 1978 was still in force. It was not until November 1, 1985, that it was superseded by the *Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, c. U-6.1 (the "UAPPA"), in which references to "normal retirement age" were replaced with references to "normal pensionable age". Notwithstanding this chronology, the parties to this appeal agreed at the outset that they would argue the case as though the *UAPPA* had already come into force on the date of Dr. Dickason's retirement, and the case proceeded before the Board of Inquiry, as well as before the courts, including ours, on this understanding. The argument that the University could have perhaps made under the former *UAPA* was therefore abandoned.

The Board of Inquiry appointed to hear Dr. Dickason's complaint decided in her favour and ordered that she be re-instated at the University: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. On appeal to the Court of Queen's Bench, the decision was upheld ((1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403), but a further appeal to the Court of Appeal was allowed: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377.

Board of Inquiry (1987), 9 C.H.R.R. D/4468

In his decision, the Chairperson, K. J. Alyluia, first emphasized the special role of human rights legislation as "fundamental law", and noted the similarity between the equality provisions at s. 7 of the *IRPA* and at s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He concluded that the

émérite. Le 3 juillet 1985, M<sup>me</sup> Dickason présentait, devant l'Alberta Human Rights Commission, une plainte dans laquelle elle prétendait que l'Université avait violé l'art. 7 de l'*IRPA* en pratiquant à son égard de la discrimination fondée sur l'âge. Une commission d'enquête fut constituée le 1<sup>er</sup> avril 1986.

Il y a lieu de souligner ici qu'au moment de la mise à la retraite obligatoire de M<sup>me</sup> Dickason, l'*UAPA* de 1978 était encore en vigueur. C'est le 1<sup>er</sup> novembre 1985 seulement qu'elle fut remplacée par l'*Universities Academic Pension Plan Act*, S.A. 1985, ch. U-6.1 (l'«*UAPPA*»), dans laquelle l'expression [TRADUCTION] «âge normal de la retraite» fut remplacée par [TRADUCTION] «âge normal donnant droit à pension». En dépit de cette chronologie, les parties au présent pourvoi ont convenu dès le début de faire comme si l'*UAPPA* était déjà entrée en vigueur à la date de la mise à la retraite de M<sup>me</sup> Dickason, et c'est sur la base de cette entente que l'affaire a été portée devant la commission d'enquête, puis devant les tribunaux, y compris notre Cour. L'argument que l'Université aurait peut-être pu invoquer en vertu de l'ancienne *UAPA* a donc été abandonné.

La commission d'enquête constituée pour examiner la plainte de M<sup>me</sup> Dickason a tranché en sa faveur et ordonné sa réintégration: (1987), 9 C.H.R.R. D/4468. Portée en appel, cette décision a été maintenue par la Cour du Banc de la Reine ((1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209, 91 A.R. 350, 9 C.H.R.R. D/5403), puis renversée par la Cour d'appel: (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393, 117 A.R. 11, 2 W.A.C. 11, 83 D.L.R. (4th) 1, [1991] 6 W.W.R. 377.

La commission d'enquête (1987), 9 C.H.R.R. D/4468

Dans sa décision, le président, K. J. Alyluia, a d'abord souligné le rôle spécial de la législation sur les droits de la personne, qualifiée de «loi fondamentale», et il a noté la similarité entre les dispositions sur l'égalité contenues à l'art. 7 de l'*IRPA* et celles du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu qu'on ne pouvait se servir des dispositions de la convention collective

provisions of the collective agreement could not be used to circumvent human rights legislation.

The Chairperson then embarked on an extensive review of the evidence, canvassing the four points argued by the University in support of mandatory retirement at age 65, and rejecting each of them in turn. With respect to the argument that professors should be allowed to "retire with dignity", he found that the University had not presented evidence showing a decline in ability "which would render the vast majority of academic staff unable to function effectively as they approach or reach 65" (p. D/4472). Accordingly, it would be "unwise, unfair and now illegal" to penalize all professors who reach age 65, particularly when incompetent professors of any age could be dismissed for cause through procedures already in place at the University.

On the need for institutional planning, the Chairperson concluded that there were so many uncertainties in the planning process that the removal of the "constant" of mandatory retirement would not have a great effect.

He next turned to the University's "academic renewal" argument, to the effect that it was necessary to replace older academics with young professors who had new ideas and heightened creativity. While conceding that intellectual renewal was necessary for a healthy academic atmosphere, the Chairperson concluded that, in the face of competing evidence, the proposition of originality as a by-product of youth had not been proved. As well, in his view, the increasing popularity of flexible retirement made mandatory retirement less crucial to academic renewal. Based on evidence collected from institutions which had abolished mandatory retirement, the Chairperson held that, after a five to ten year transitional period, the flow of replacement returns to its initial level. He therefore disagreed with the contrary conclusion by the trial judge in *Harrison v. University of British Colum-*

pour contourner une loi sur les droits de la personne.

Le président a ensuite procédé à un examen approfondi de la preuve, reprenant les quatre points invoqués par l'Université à l'appui de la mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, pour les rejeter les uns après les autres. En ce qui a trait à l'argument selon lequel les professeurs devraient pouvoir [TRADUCTION] «prendre leur retraite dans la dignité», il a conclu que l'Université n'avait produit aucune preuve établissant une baisse de capacité [TRADUCTION] «qui rendrait la vaste majorité des professeurs incapables de fonctionner efficacement dès qu'ils approcheraien ou atteindraient l'âge de 65 ans» (à la p. D/4472). Par conséquent, il serait [TRADUCTION] «déraisonnable, injuste et maintenant illégal» de pénaliser tous les professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans, compte tenu tout particulièrement de la possibilité de procéder au renvoi motivé des professeurs incompetents de tout âge en ayant recours aux procédures déjà prévues par l'université.

Quant au besoin de planification de l'établissement, le président a conclu qu'il existait un si grand nombre d'incertitudes au sein du processus de planification que l'élimination de la [TRADUCTION] «constante» de la mise à la retraite obligatoire n'entraînerait aucun effet important.

Il a ensuite abordé l'argument du [TRADUCTION] «renouvellement du corps professoral» invoqué par l'Université, selon lequel il est nécessaire de remplacer les professeurs âgés par des professeurs jeunes qui ont de nouvelles idées et une créativité supérieure. Après avoir reconnu la nécessité d'un renouvellement intellectuel pour assurer le maintien d'une saine atmosphère universitaire, le président a conclu que, d'après des éléments de preuve divergents, on n'a pas fait la preuve qu'originalité et jeunesse vont nécessairement de pair. Il a estimé en outre que la popularité croissante de la retraite flexible rendait la retraite obligatoire moins cruciale pour le renouvellement du corps professoral. En se fondant sur la preuve recueillie auprès d'établissements qui ont aboli la mise à la retraite obligatoire, le président a conclu que le renouvellement reprend son rythme initial après une période

*bia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206 (B.C.S.C.), in these terms (at p. D/4475):

The Court concedes that mandatory retirement poses disadvantages to the fit and willing person who must now retire at a fixed age but balances these factors with youth unemployment and decides for the latter; one of the facts being the economic advantage enjoyed by older workers with pension benefits versus youth with no similar financial resources. . . . Again, with respect I cannot concur with these conclusions based on the evidence presented. Admitting that there may be a reduction in the number of young academics entering into employment if mandatory retirement were abolished, the evidence indicates that the reductions would not be large.

Finally, again drawing on data from universities where mandatory retirement had been abolished, the Chairperson rejected the University's argument that the abolition of mandatory retirement threatened the tenure system.

Turning to the applicable law, the Chairperson found that the onus of proof on the University, in the face of its *prima facie* violation of human rights, was akin to that established by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, under s. 1 of the *Charter*. While he agreed that there was a rational connection between mandatory retirement and the University's aims, he concluded that "none of the links is vital to their continuance" (p. D/4478); all the aims could be met without forced retirement. In his view, mandatory retirement impairs rights more than minimally, and he concluded that "the effect of the policy—namely loss of tenured professor status with all the rights and privileges flowing therefrom, including of course the right to con-

de transition de cinq à dix ans. Il a donc exprimé en ces termes (à la p. D/4475) son désaccord avec la conclusion contraire du juge de première instance dans l'affaire *Harrison c. University of British Columbia* (1986), 30 D.L.R. (4th) 206 (C.S.C.-B.):

[TRADUCTION] La Cour concède que la retraite obligatoire entraîne des inconvénients pour la personne en santé et prête à continuer, qui est maintenant forcée de prendre sa retraite à un âge fixe, mais elle soupèse ces facteurs et le chômage des jeunes et tranche en faveur de ces derniers, notamment en raison de l'avantage économique dont bénéficient les travailleurs plus âgés, avec leurs prestations de retraite, en comparaison des jeunes qui ne disposent d'aucune ressource financière semblable [...] Encore une fois, avec égards, je ne saurais souscrire à ces conclusions en me fondant sur la preuve produite. En admettant que l'abolition de la retraite obligatoire puisse entraîner une réduction du nombre d'emplois ouverts à de jeunes professeurs, il ne s'agirait selon la preuve que d'une réduction peu importante.

Enfin, en se fondant de nouveau sur des données obtenues auprès d'universités qui ont aboli la retraite obligatoire, le président a rejeté l'argument de l'Université voulant que l'abolition de la mise à la retraite obligatoire menace le système de la permanence.

En ce qui a trait au droit applicable, le président a conclu que la charge de la preuve qui incombait à l'Université, par suite de cette violation *prima facie* des droits de la personne, était similaire à celle qui avait été établie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*. Tout en reconnaissant qu'il existait un lien rationnel entre la retraite obligatoire et les buts visés par l'Université, il a conclu qu'[TRADUCTION] «aucun des liens n'est essentiel à leur poursuite» (à la p. D/4478); tous les buts peuvent être atteints sans la mise à la retraite forcée. Il a estimé que la retraite obligatoire porte une atteinte plus que minimale à des droits et il a conclu que [TRADUCTION] «l'effet de cette politique, soit la perte du statut de professeur permanent, avec tous les droits et priviléges qui en découlent, y compris bien sûr le droit de continuer à travailler, est disproportionné.

tinue working—is disproportionate to its objectives" (pp. D/4478-79).

The Board of Inquiry accordingly allowed Dr. Dickason's complaint and ordered the University to reinstate her.

Court of Queen's Bench (1988), 62 Alta L.R. (2d) 209

On appeal to the Court of Queen's Bench, Murray J. began by considering the onus of proof under s. 11.1 of the *IRPA* and the principles set out in *Charter* cases. He observed that the *IRPA* enjoys a special status, "not quite constitutional in character", but as a "fundamental law" which expresses public policy (at p. 222). While Supreme Court decisions on the onus of proof under s. 1 of the *Charter* set out appropriate guidelines, the chambers judge concluded that the Board erred in over-emphasizing the link between s. 15(1) of the *Charter* and s. 7 of the *IRPA*. However, in his opinion, this error was not fatal to the Board's decision.

Agreeing that there was a *prima facie* violation of s. 7 of the *IRPA*, the chambers judge then turned to the *Oakes* test to determine whether the respondent University's policy regarding mandatory retirement could be saved (at p. 230):

We are here concerned with human rights legislation enacted at the provincial constitutional level. What better way to ensure proper protection of those rights than to use as a guide the criteria formulated by the highest court in the land to scrutinize actions which violate a comparable protected right under the *Charter*. One of the purposes in each case is to determine if on balance the limiting action is reasonable and can be justified having regard to the objectives it seeks to achieve. I am of the opinion that the criteria which must be satisfied to save a government law by virtue of s. 1 of the *Charter* can and should be used as a guide in examining an otherwise prohibited action under s. 11.1 of the *I.R.P.A.*, at

tionné par rapport à ces objectifs» (aux pp. D/4478 et D/4479).

<sup>a</sup> La commission d'enquête a donc accueilli la plainte de M<sup>me</sup> Dickason et ordonné à l'Université de la réintégrer.

La Cour du Banc de la Reine (1988), 62 Alta. L.R. (2d) 209

<sup>b</sup> Saisi de l'appel interjeté devant la Cour du Banc de la Reine, le juge Murray a commencé par l'examen du fardeau de preuve sous le régime de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, de même que des principes établis dans les arrêts concernant la *Charte*. Il a fait observer que, [TRADUCTION] «sans avoir un caractère tout à fait constitutionnel», l'*IRPA* a un statut spécial comme «loi fondamentale» qui se veut l'expression d'une politique d'intérêt public (à la p. 222). Même si les arrêts rendus par la Cour suprême à l'égard du fardeau de preuve applicable en vertu de l'article premier de la *Charte* établissent les lignes directrices appropriées, le juge de première instance a conclu que la commission avait commis une erreur en surestimant le lien qui existe entre le par. 15(1) de la *Charte* et l'art. 7 de l'*IRPA*. Toutefois, selon lui, cette erreur n'était pas fatale pour la décision de la commission.

<sup>c</sup> Après avoir reconnu l'existence en l'espèce d'une violation *prima facie* de l'art. 7 de l'*IRPA*, le juge de première instance s'est fondé sur le critère établi dans l'arrêt *Oakes* pour déterminer si la politique de l'Université intimée en matière de retraite obligatoire pouvait être sauvegardée (à la p. 230):

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Il s'agit en l'espèce d'une loi sur les droits de la personne adoptée au niveau constitutionnel provincial. Existe-t-il une meilleure façon d'assurer la protection adéquate de ces droits que d'utiliser comme guide les critères établis par la plus haute cour du pays pour examiner les actions qui violent un droit comparable garanti par la *Charte*. L'un des objectifs visés dans chaque cas consiste à déterminer si, tout compte fait, l'action restrictive est raisonnable et peut être justifiée eu égard aux objectifs qu'elle cherche à atteindre. J'estime que les critères auxquels il faut satisfaire pour sauvegarder une loi du gouvernement sous le régime de l'article premier de la *Charte* peuvent et doivent servir

least to the extent that those considerations are applicable.

After a review of the case law in other jurisdictions as well as the evidence, he applied the civil standard of "proof by a preponderance of probability" from *Oakes* and held that, although "certain of the objectives are valid . . . [and] of a pressing and substantial nature", mandatory retirement had no rational connection to the University's aims (at p. 247). The appeal was accordingly dismissed. The issue of the constitutionality of s. 11.1 of the *IRPA* raised by the appellant was not discussed. Dr. Dickason's appeal on the question of damages was also dismissed.

Court of Appeal (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393

The Court of Appeal (Lieberman, Belzil and Foisy JJ.A.) allowed the University's appeal on the basis of this Court's decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. Although the Court of Appeal acknowledged that this case did not involve an application of the Canadian *Charter*, it held that *McKinney* was binding insofar as, in that decision, La Forest J. determined that mandatory retirement in a university context was justifiable under s. 1.

In the court's view, the appeal raised the question of the stringency of the test applied under s. 11.1 of the *IRPA*, that is, the burden which the University had to discharge in order to have its mandatory retirement policy upheld. The Court of Appeal agreed with the chambers judge that "the university, as a private employer, would not be entitled to the deference shown by the courts to legislators in a s. 1 of the *Charter* analysis" (p. 398). However, in the court's opinion, La Forest J.'s conclusion on the justifiability of mandatory retirement in Canadian universities was

de guide lorsqu'il s'agit d'examiner, en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, une action par ailleurs interdite, à tout le moins dans la mesure où ces principes s'appliquent.

Après avoir passé en revue la jurisprudence d'autres ressorts de même que la preuve produite, il a appliqué la norme civile de la «preuve selon la prépondérance des probabilités» tirée de l'arrêt *Oakes* et il a conclu que, même si [TRADUCTION] «certains des objectifs sont valides [...] et urgents et réels», la retraite obligatoire n'a aucun lien rationnel avec les buts visés par l'université (à la p. 247). L'appel fut donc rejeté. La question de la constitutionnalité de l'art. 11.1 de l'*IRPA* soulevée par l'appelante n'a pas été examinée. L'appel interjeté par M<sup>me</sup> Dickason sur la question des dommages-intérêts fut aussi rejeté.

d

La Cour d'appel (1991), 81 Alta. L.R. (2d) 393

La Cour d'appel (les juges Lieberman, Belzil et Foisy) a accueilli l'appel interjeté par l'Université, en se fondant sur l'arrêt de notre Cour *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Même si elle a reconnu que la présente instance ne portait pas sur l'application de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu que l'arrêt *McKinney* s'appliquait dans la mesure où le juge La Forest avait déterminé que la retraite obligatoire dans le contexte universitaire était justifiable en vertu de l'article premier.

g

Selon la cour, l'appel soulevait la question de la rigueur du test applicable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, c'est-à-dire du fardeau dont l'Université devait s'acquitter pour obtenir le maintien de sa politique de mise à la retraite obligatoire. La Cour d'appel a souscrit à l'avis du juge de première instance selon lequel [TRADUCTION] «il n'y a pas lieu pour les tribunaux d'accorder à l'Université, en sa qualité d'employeur privé, la retenue dont ils font preuve à l'égard des législateurs dans une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*» (à la p. 398). Selon la cour toutefois, la conclusion du juge La Forest sur le caractère justifiable de la retraite obligatoire dans les universités canadiennes s'appliquait obligatoirement et rendait purement théorique toute question visant le fardeau

j

binding and rendered moot any question on the evidentiary burden under s. 11.1 (at pp. 399-400):

It is now apparent from the decision of the Supreme Court of Canada in *McKinney* that the learned chambers judge was in error in his assessment of the evidence and in his conclusions. Either he applied too stringent a test or he misapprehended the evidence.

These basic social and economic conclusions of the Supreme Court of Canada are judicially approved criteria and policy guidelines binding on this court, whether in the context of a *Charter* analysis under s. 1 or an analysis under s. 11.1 of the *Individual's Rights Protection Act*.

The court further held that the issues raised in the appeal were identical to those in *McKinney* and should not be decided on a case-by-case basis "unless more than minor factual differences exist" (p. 400).

## Issues

Since the respondent University has conceded that its policy of mandatory retirement at age 65 for its academic staff is discriminatory under s. 7 of the *IRPA*, the central issue in this case is whether that policy is "reasonable and justifiable" under s. 11.1. Before attempting to answer that question, however, several legal issues must be addressed:

1. The role of the Board of Inquiry;
2. Section 11.1 of the *IRPA*;
3. The impact of the collective agreement.

### *1. The Role of the Board of Inquiry*

After extensive review of the evidence, which included *viva voce* testimony from twenty witnesses (see the appendix at the end of the reasons for judgment of Murray J., not included in the reported version), the Board concluded that, though there was some connection between the policy and the University's goals, mandatory retirement was not vital to achieving the stated

de preuve sous le régime de l'art. 11.1 (aux pp. 399 et 400):

[TRADUCTION] Il ressort maintenant de l'arrêt *McKinney* de la Cour suprême du Canada que le juge de première instance a commis une erreur dans son appréciation de la preuve et dans ses conclusions. Il a soit appliqué un critère trop rigoureux, soit mal perçu la preuve.

.....

Ces conclusions sociales et économiques fondamentales de la Cour suprême du Canada sont des critères et des lignes directrices judiciairement approuvés qui lient la cour, qu'il s'agisse d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte* ou d'une analyse fondée sur l'art. 11.1 de l'*Individual's Rights Protection Act*.

La cour a en outre conclu que les questions soulevées en appel étaient identiques à celles de l'affaire *McKinney* et qu'elles ne devaient pas être tranchées comme des cas d'espèce [TRADUCTION] «à moins qu'il n'existe des différences factuelles importantes» (à la p. 400).

.....

### Les questions en litige

Puisque l'Université intimée a concédé que sa politique de mise à la retraite obligatoire de ses professeurs dès l'âge de 65 ans est discriminatoire en vertu de l'art. 7 de l'*IRPA*, la question centrale du pourvoi consiste à déterminer si cette politique est «raisonnable et justifiable» en vertu de l'art. 11.1. Avant d'aborder cette question, il faut toutefois traiter de plusieurs points de droit:

1. Le rôle de la commission d'enquête;
2. L'article 11.1 de l'*IRPA*;
3. L'effet de la convention collective.

### *1. Le rôle de la commission d'enquête*

Après avoir procédé à un examen approfondi des éléments de preuve et entendu vingt témoins (voir l'annexe à la suite des motifs du jugement prononcés par le juge Murray, qui n'est pas incluse dans la version publiée), la commission a conclu que, bien qu'il y ait un certain lien entre la politique et l'objectif de l'Université, la retraite obligatoire n'était pas un élément essentiel pour lui per-

.....

objectives. The effect of the policy was disproportionate to its objectives. The differing conclusions by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, and *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, two cases arising in the context of mandatory retirement for firefighters and involving nearly identical provisions in human rights legislation, show that discrimination cases such as this are fact-driven, and that outcome will vary with the evidence submitted. The recent decision by this Court in *McKinney, supra*, has cast a long shadow over these proceedings. Hence, it is crucial that we establish at the outset why, aside from the fact that it was based on "government" action challenged under the *Charter* and this involves private action challenged under the *IRPA*, the outcome in *McKinney* is not necessarily determinative here.

The basis for review of the Board of Inquiry's decision in this case is s. 33 of the *IRPA*, the relevant portions of which read as follows:

33(1) A party to a proceeding before a board of inquiry may appeal the order of the board to the Court of Queen's Bench by originating notice filed with the clerk of the Court of the judicial district in which the inquiry was held.

(2) If the grounds of appeal consist wholly or partly of a question of fact or mixed fact and law, no appeal lies without the leave of a judge of the Court of Queen's Bench.

(4) The judge may, after taking into consideration any matters that he considers appropriate, grant leave to appeal under subsection (2).

mettre d'atteindre ces objectifs. La politique avait un effet disproportionné par rapport aux objectifs. Les conclusions différentes auxquelles est arrivée notre Cour dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, et *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, deux affaires engagées dans le contexte de la mise à la retraite obligatoire des pompiers et fondées sur des dispositions législatives sur les droits de la personne pratiquement identiques, montrent que dans les affaires de discrimination, comme en l'espèce, les faits ont une importance primordiale et que l'issue varie selon la preuve produite. La décision récente de notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, précité, jette une ombre sur ces affaires. Il est donc important d'établir d'entrée de jeu pourquoi, indépendamment du fait que cette affaire était fondée sur une action «du gouvernement» contestée en vertu de la *Charte* alors que la présente espèce porte sur une action privée contestée sous le régime de l'*IRPA*, l'issue de l'affaire *McKinney* n'est pas nécessairement déterminante en l'espèce.

Le contrôle judiciaire de la décision de la commission d'enquête en l'espèce était fondé sur l'art. 33 de l'*IRPA*, dont les dispositions pertinentes portent:

[TRADUCTION] 33(1) Toute partie à une procédure engagée devant une commission d'enquête peut interjeter appel de l'ordonnance de la commission devant la Cour du Banc de la Reine en déposant un avis de requête au greffe de la cour du district judiciaire dans lequel s'est tenue l'enquête.

(2) Si les moyens invoqués reposent en totalité ou en partie sur une question de fait ou sur une question mixte de droit et de fait, l'appel ne peut être interjeté sans l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine.

(4) Après avoir tenu compte de toute question qu'il estime appropriée, le juge peut accorder l'autorisation d'interjeter appel en vertu du paragraphe (2).

(6) The Court may confirm, reverse or vary the order of the board and may make any order that the board can make under section 31.

(6) La Cour peut confirmer, renverser ou modifier l'ordonnance de la commission d'enquête et rendre toute ordonnance que la commission peut rendre en vertu de l'article 31.

My colleague Cory J. concludes, after a brief review of the relevant principles, that, under the *IRPA*, "no particular deference" is owed by this Court either to the findings of the Board or to the findings of the Court of Queen's Bench. On the first point, he relies on the "plain meaning" of s. 33(2) of the *IRPA*, which empowers the Court of Queen's Bench to substitute its opinion for that of the Board where the appeal is granted on mixed issues of law and fact (as was the case here). On the second point, he notes that Murray J. did not hear any *viva voce* witnesses and, in fact, relied on the same written transcript and evidence as is before the Court now. Hence, in his opinion, "[t]here is no basis or justification for the position that this Court should be constrained by the conclusions reached by either the Chairman of the Board of Inquiry or the Judge of the Court of Queen's Bench on s. 11.1 evidence" (p. 1127).

Après un bref examen des principes pertinents, mon collègue le juge Cory conclut que sous le régime de l'*IRPA*, notre Cour «n'est aucunement tenue de faire preuve d'une retenue particulière» à l'égard des conclusions de la commission ou des conclusions de la Cour du Banc de la Reine. En ce qui a trait au premier point, il se fonde sur le «sens ordinaire» du par. 33(2) de l'*IRPA* qui habilite la Cour du Banc de la Reine à substituer sa propre opinion à celle de la commission lorsque l'appel est accueilli sur des questions mixtes de droit et de fait (comme en l'espèce). En ce qui a trait au second point, il fait remarquer que le juge Murray n'a pas entendu de témoignages et qu'en fait, il s'est fondé sur la même transcription et la même preuve écrite que celles qui sont maintenant produites devant notre Cour. Voilà pourquoi, à son avis, «[r]ien ne permet ou ne justifie d'affirmer que notre Cour devrait être liée par les conclusions tirées par le président de la commission d'enquête ou par le juge de la Cour du Banc de la Reine au sujet de la preuve relative à l'art. 11.1» (à la p. 1127).

With respect to the findings of the Board of Inquiry, I must of course agree that there is a wide scope of review afforded to the Court of Queen's Bench under the *IRPA*, given that the Board's findings are not protected by a privative clause and that human rights tribunals are not as "specialized" as some other administrative bodies such as labour boards. In my opinion, however, a sweeping dismissal of the role of the Board overlooks the very rationale for the rule of curial deference to findings of fact made by courts of first instance and administrative tribunals.

En ce qui a trait aux conclusions de la commission d'enquête, je dois bien sûr reconnaître que l'*IRPA* accorde à la Cour du Banc de la Reine de larges pouvoirs de contrôle puisque les conclusions de la commission ne sont pas protégées par une clause privative et que les tribunaux des droits de la personne ne sont pas aussi «spécialisés» que d'autres organismes administratifs tels que les commissions des relations du travail. À mon avis toutefois, écarter de façon trop absolue le rôle de la commission, c'est méconnaître la raison même qui sous-tend la règle de la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait des cours de première instance et des tribunaux administratifs.

The principle of curial deference is not simply based upon what appellate courts may do, acting within their jurisdiction. It is based on the recognition of the "signal advantage" enjoyed by lower courts and quasi-judicial bodies which see and

Le principe de la retenue judiciaire ne se résume pas à ce que les cours d'appel peuvent faire dans le cadre de leur compétence. Il est aussi fondé sur la reconnaissance de l'[TRADUCTION] «avantage capital» dont bénéficient les tribunaux d'instance infé-

hear witnesses. The classic statement on this subject is found in *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, where Lord Shaw of Dunfermline states (at p. 36):

When a Judge hears and sees witnesses and makes a conclusion or inference with regard to what is the weight on balance of their evidence, that judgment is entitled to great respect, and that quite irrespective of whether the Judge makes any observation with regard to credibility or not. . . . In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page. What in such circumstances, thus psychologically put, is the duty of an appellate Court? In my opinion, the duty of an appellate Court in those circumstances is for each Judge of it to put to himself, as I now do in this case, the question, Am I—who sit here without those advantages, sometimes broad and sometimes subtle, which are the privilege of the Judge who heard and tried the case—in a position, not having those privileges, to come to a clear conclusion that the Judge who had them was plainly wrong? If I cannot be satisfied in my own mind that the Judge with those privileges was plainly wrong, then it appears to me to be my duty to defer to his judgment.

This rationale has been adopted consistently by this Court in such cases as *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, where a trial judge's evaluation of expert testimony was reinstated in favour of the assessment substituted by the Court of Appeal (at p. 799):

In these circumstances, an appellate court which has neither seen nor heard the witnesses and as such is unable to assess their movements, glances, hesitations, trembling, blushing, surprise or bravado, is not in a position to substitute its opinion for that of the trial judge, who has the difficult task of separating the wheat from the chaff and looking into hearts and minds of witnesses in an attempt to discover the truth.

See also *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806 and 808, and *Klimashew-*

*rieure et les organismes quasi judiciaires qui voient et entendent les témoins. L'exposé classique sur ce sujet remonte à l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, où lord Shaw of Dunfermline dit (à la p. 36):*

[TRADUCTION] Lorsqu'un juge entend et voit les témoins et qu'il tire une conclusion ou fait une déduction sur la base du poids qu'il attribue à ces témoignages, ce jugement doit être traité avec le plus grand respect, même si le juge n'a fait aucune observation à l'égard de la crédibilité. [. . .] Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs cillements, avoir fait sur celui qui les a vus et entendus, une impression que le dossier imprimé ne peut pas reproduire. Psychologiquement parlant, quel est donc alors le devoir d'une cour d'appel? À mon avis, les juges d'une cour d'appel doivent, dans ces circonstances, se poser la question que je me pose présentement: Suis-je—moi qui ne puis profiter de ces avantages, parfois marqués, parfois subtils, dont bénéficie le juge qui entend la preuve et qui préside le procès—en mesure de conclure avec certitude en l'absence de ces avantages, que le juge qui a bénéficié a commis une erreur manifeste? Si je ne puis me convaincre que le juge qui en a bénéficié a commis une erreur manifeste, il est alors de mon devoir de m'en remettre à son jugement.

Ce raisonnement a été systématiquement repris par notre Cour dans des arrêts comme *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, où l'évaluation des témoignages d'experts faite par le juge de première instance a été rétablie après que la Cour d'appel eut substitué sa propre opinion à celle du juge de première instance (à la p. 799):

Dans ce contexte, une cour d'appel qui n'a ni vu ni entendu les témoins et, à ce titre, est incapable d'apprécier leurs gestes, regards, hésitations, tremblements, rougeurs, surprise ou bravade, ne saurait substituer son opinion à celle du juge du procès dont c'est précisément la tâche difficile de séparer l'ivraie du bon grain, de scruter les reins et les cœurs pour tenter de découvrir la vérité.

Voir également les arrêts *Stein c. Le Navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, aux pp. 806 et 808, et

*ski v. Klimashewski Estate*, [1987] 2 S.C.R. 754, at p. 754.

Furthermore, in *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, this Court confirmed that the advantage which the trier of fact enjoys in evaluating the testimony of witnesses extends to experts. Le Dain J. wrote at pp. 1249-50:

The Court of Appeal took the position that because of the nature of the evidence in this case, which consisted of expert testimony and documentary evidence, the Court, to use its own words, was "almost in the position of conducting the trial *de novo* and making our own assessment of the evidence." I cannot agree. The limits to the scope of appellate review of the findings of fact by a trial court, which were affirmed by this Court in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, and other decisions, also apply in my opinion to the review of the findings of a trial court based on expert testimony, as indicated in *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; and *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21 (C.A.)

The Court of Appeal appears to have taken the position that it could assess the weight of the evidence in support of the facts on which the expert witnesses expressed an opinion because the evidence of those facts was before the trial court in a documentary form. The findings of the trial judge were similar to the assumed facts and the opinions in the affidavits of the expert witnesses. In coming to a different conclusion, on a balance of probabilities, from that of the trial judge with respect to some of those facts, the Court of Appeal in effect rejected the expert testimony which was based in part on those facts. It did so without having heard the expert witnesses and without being in a position to determine what their testimony would have been had the factual basis for their testimony been qualified to the extent considered necessary by the Court of Appeal. In doing so, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred. [Emphasis added.]

In addition to the cases cited in the foregoing passage, see also *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at p. 358.

*Klimashewski c. Succession Klimashewski*, [1987] 2 R.C.S. 754, à la p. 754.

De plus, dans l'arrêt *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, notre Cour a confirmé que l'avantage dont bénéficie le juge des faits pour évaluer les témoignages s'étend aux experts. Le juge Le Dain a écrit ce qui suit, aux pp. 1249 et 1250:

La Cour d'appel a estimé que, à cause de la nature de la preuve en l'espèce, constituée de témoignages d'experts et de preuves documentaires, elle, pour reprendre ses propres termes, était «presque en position de procéder à un procès *de novo* et de faire (sa) propre analyse des preuves administrées.» Je ne saurais être d'accord. Les limites de la portée du contrôle en appel des conclusions de fait d'un tribunal de première instance, qui ont été confirmées par cette Cour dans l'arrêt *Stein c. Le Navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, ainsi que par d'autres décisions, s'appliquent aussi, à mon avis, au contrôle des conclusions d'un tribunal de première instance fondées sur des témoignages d'experts, comme l'indiquent les arrêts *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, et *Joyce v. Yeomans*, [1981] 2 All E.R. 21 (C.A.)

La Cour d'appel paraît avoir estimé qu'elle pouvait apprécier elle-même les éléments de preuve offerts à l'appui des faits sur lesquels les experts avaient, dans leurs témoignages, exprimé une opinion, parce que les éléments de preuve concernant les faits dont le tribunal de première instance avait été saisi étaient des pièces documentaires. Les conclusions du juge de première instance sont analogues aux faits présumés et aux opinions exprimées par les experts dans leurs affidavits. En arrivant à une conclusion différente, selon la prépondérance des probabilités, de celle du juge de première instance dans le cas de certains de ces faits, la Cour d'appel a en fait rejeté le témoignage des experts basé en partie sur ces faits. Elle l'a fait sans avoir entendu les experts et sans être en mesure de dire ce qu'aurait été leur témoignage si le fondement factuel de celui-ci avait été modifié dans la mesure jugée par elle nécessaire. Ce faisant, la Cour d'appel a, à mon avis, commis une erreur. [Je souligne.]

En plus des arrêts cités dans le passage précédent, voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, à la p. 358.

A general discounting of findings of fact of the Board of Inquiry also ignores the other advantages it enjoys as the preliminary trier of fact. The Board is in a privileged position with respect to the assessment of evidence, in that it sees and hears witnesses. The mandate of members of the Human Rights Commission, who preside over hearings, is always the interpretation and application of the *IRPA*, which necessarily involves the adjudication of policy issues and the consideration of social fact evidence. The findings of the Board on social evidence must be accorded some deference to the extent that they fall within the realm of its specific and primary mandate under the *IRPA*. These findings, not being protected by a privative clause under the *IRPA*, may be afforded less deference than findings of an administrative tribunal which has the protection of a privative clause. This, however, is only an issue of degree. See *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at pp. 1745-46; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336; *Lester (W.W.) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 650; and the recent decision in *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 338 of Sopinka J.'s reasons.

This approach has been adopted by this Court in other appeals from decisions of human rights tribunals very similar to this one. As Cory J. points out, the scope of review in this case is no greater than that in *Etobicoke, supra*. There, McIntyre J., at p. 211, noted that because of the broader scope of review it would not always be an error for the appellate court to substitute its findings for those of the Board. He nonetheless emphasized the advantageous position of administrative tribunals in assessing *viva voce* evidence, relying on this

<sup>a</sup> Écarter de façon générale les conclusions de fait de la commission d'enquête, c'est aussi méconnaître les autres avantages qui lui appartiennent en sa qualité de premier juge des faits. La Commission se trouve dans une position privilégiée pour ce qui en est de l'évaluation de la preuve, puisqu'elle voit et entend les témoins. Les membres de la Commission des droits de la personne, qui président les audiences, ont toujours comme mandat principal l'interprétation et l'application de l'*IRPA*, ce qui comprend nécessairement la résolution des questions de principe et l'examen d'éléments de preuve fondés sur des faits sociaux. Les conclusions de la commission sur la preuve relatives aux questions d'ordre social méritent qu'on les traite avec une certaine retenue dans la mesure où elles demeurent à l'intérieur du mandat particulier et principal que lui confère l'*IRPA*. Comme ces conclusions ne sont pas protégées par une clause privative aux termes de l'*IRPA*, on peut faire preuve d'une retenue moindre à leur égard qu'à l'égard de celles d'un tribunal administratif qui jouit de la protection d'une clause privative. Il ne s'agit là toutefois que d'une question de degré. Voir *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, aux pp. 1745 et 1746; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la p. 1336; *Lester (W.W.) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprenants de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 650; et le récent arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, à la p. 338 des motifs du juge Sopinka.

<sup>b</sup> Cette approche a été adoptée par notre Cour dans d'autres pourvois contre des décisions rendues par des tribunaux des droits de la personne très similaires à celui qui est visé en l'espèce. Comme le souligne le juge Cory, l'étendue du pouvoir de contrôle ne dépasse pas ici celle qui s'appliquait à l'affaire *Etobicoke*, précitée. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a, à la p. 211, fait remarquer qu'une cour d'appel qui agit en vertu des pouvoirs de contrôle plus généraux qui lui sont attribués, ne commet pas toujours une erreur si elle substitue ses

passage from the Ontario Divisional Court's decision in *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, at p. 716:

... the learned Inquiry Officer's finding that the mandatory retirement provision was a *bona fide* occupational qualification and requirement for Cosgrove's employment was a finding of fact.... It was he who heard the evidence and under the circumstances was the only authority capable of judging the good faith of the assertions made before him. No appellate Court, in my respectful view, should overlook this signal advantage.

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, *supra*, Sopinka J. took a similar view (at pp. 1314-15):

It was the role of the Board, admittedly a very difficult one given the complexity and divergence of medical views on the subject, to determine if individualized testing was feasible. The Board concluded that this was not the case. In my opinion, the Board correctly applied the law, found as a fact that there was no practical alternative available to the appellant, and concluded that in adopting the policy with respect to retirement at age sixty, the employer was acting reasonably. No error of law having been committed by the Board, the Court of Appeal was wrong to reverse its decision. [Emphasis added.]

In my view, therefore, curial deference to the findings of fact of the Board of Inquiry is consistent both with principle and precedent. I note in particular that, while most of the witnesses who testified were qualified as experts, the Board also heard ordinary witnesses. In any event, as I have already mentioned, the assessment of expert evidence is also the province of the trier of fact.

This leads us to the second issue, the deference to be accorded to the findings of the Court of Queen's Bench. According to Cory J., it is open to an appellate court to substitute its own determina-

proches conclusions à celles de la commission. Il a néanmoins souligné la position avantageuse des tribunaux administratifs lorsqu'il s'agit d'évaluer les témoignages de vive voix, en se fondant sur l'extrait suivant de la décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Re Ontario Human Rights Commission and City of North Bay* (1977), 17 O.R. (2d) 712, à la p. 716:

**b** [TRADUCTION] ... la conclusion du commissaire enquêteur que la disposition concernant la retraite obligatoire était une exigence professionnelle normale et justifiée du travail chez Cosgrove était une conclusion de fait. [...] C'est lui qui a entendu la preuve et qui, dans les circonstances, était la seule personne en mesure de déterminer la bonne foi des témoignages devant lui. À mon humble avis, une cour d'appel ne devrait pas négliger cet avantage capital.

**d** Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, précité, le juge Sopinka a adopté un point de vue semblable (aux pp. 1314 et 1315):

**e** La commission avait un rôle, très difficile il est vrai étant donné la complexité et la divergence des opinions médicales en la matière, qui consistait à déterminer la faisabilité de tests individuels. Elle a conclu qu'ils n'étaient pas faisables. À mon avis, la commission d'enquête a appliqué correctement les règles de droit, a conclu qu'en fait l'appelante ne disposait d'aucune autre solution pratique et a décidé qu'en adoptant la politique relative à la retraite à l'âge de soixante ans, l'employeur avait agi raisonnablement. Comme la commission n'avait pas commis d'erreur de droit, c'est à tort que la Cour d'appel a infirmé sa décision. [Je souligne.]

**f** J'estime donc que la retenue judiciaire à l'égard des conclusions de fait de la commission d'enquête est conforme à la fois aux principes et à la jurisprudence. Je remarque en particulier que, même si la plupart des dépositions ont été faites par des témoins experts, la commission a aussi entendu des témoins ordinaires. De toute façon, comme je l'ai déjà mentionné, l'évaluation des témoignages d'experts relève de la compétence du juge des faits.

**j** Ceci nous amène au deuxième point, à savoir la retenue dont doivent faire l'objet les conclusions de la Cour du Banc de la Reine. Selon le juge Cory, une cour d'appel peut substituer ses propres

tions of fact when it relies on the same written record as the trial court which first reviewed a tribunal's decision. While this might be true in some circumstances (and I make no comment on its general application, noting that there seems to be no authority on this proposition), this power of substitution of findings based on a written record is only valid to the extent that the trial court made its own findings of fact, and did not rely on the conclusions of the Board of Inquiry. Otherwise, an appellate court would once again risk failing to respect the privileged position of the tribunal which heard and saw witnesses.

In the case at bar, it is clear that Murray J. appreciated the advantage enjoyed by the Board of Inquiry with respect to *viva voce* evidence. After reproducing the passage from *Clarke v. Edinburgh and District Tramways Co.* cited above, he wrote (at p. 221):

This court has not had the privilege of hearing or observing the witnesses testify and to the extent that that may be important in reviewing the evidence which was before the board, Lord Shaw's comments must be remembered and taken into consideration.

Murray J. ultimately concluded that the respondent University had failed to discharge its burden of proof under s. 11.1 of the *IRPA* and wrote (at p. 247):

Having reviewed the evidence and bearing in mind the comments of the board with respect to certain of the evidence which it had the privilege of hearing firsthand, I am satisfied that the university has not discharged the onus which rests upon it to establish that art. 18.01 rationally relates to those objectives which the university claims it assists in accomplishing. The evidence does not show that it was carefully designed to meet and achieve the objectives put forward. [Emphasis added.]

In arriving at this conclusion, it is true that Murray J. re-examined the evidence presented before the Board. However, his conclusions were completely consistent with those of the Chairperson, as he

conclusions de fait lorsqu'elle se fonde sur le même dossier écrit que celui qui a été produit devant la cour de première instance chargée d'examiner pour la première fois la décision d'un tribunal. Même si cela peut être vrai dans certaines circonstances (et je ne me prononce pas sur la question de l'application générale de cette proposition, me contentant de souligner qu'elle semble ne reposer sur aucune doctrine ni aucune jurisprudence), ce pouvoir de substituer des conclusions sur la foi du dossier écrit n'est valide que dans la mesure où la cour de première instance a tiré ses propres conclusions de fait, sans se fonder sur les conclusions de la commission d'enquête. Autrement, une cour d'appel risquerait, encore une fois, de ne pas tenir compte de la position privilégiée du tribunal qui a entendu et vu les témoins.

En l'espèce, il est évident que le juge Murray s'est rendu compte de l'avantage dont bénéficiait la commission d'enquête à l'égard des témoignages de vive voix. Après avoir reproduit l'extrait précité de l'arrêt *Clarke c. Edinburgh and District Tramways Co.*, il a écrit (à la p. 221):

[TRADUCTION] La cour n'a pas eu le privilège d'entendre ni d'observer les témoins lors de leurs dépositions, et dans la mesure où cela peut avoir une certaine importance pour l'examen de la preuve qui a été produite devant la commission, il faut se rappeler les commentaires de lord Shaw et en tenir compte.

Le juge Murray devait conclure que l'Université intimée ne s'était pas acquittée de son fardeau de preuve sous le régime de l'art. 11.1 de l'*IRPA* (à la p. 247):

[TRADUCTION] Après avoir examiné la preuve et en tenant compte des commentaires de la commission à l'égard de certains témoignages qu'elle a eu le privilège d'entendre directement, je suis convaincu que l'Université ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombaient d'établir que l'art. 18.01 a un lien rationnel avec les objectifs qu'il est censé promouvoir, selon l'Université. La preuve ne démontre pas qu'il a été élaboré avec soin dans le but d'atteindre et de réaliser les objectifs avancés. [Je souligne.]

Il est vrai que pour parvenir à cette conclusion, le juge Murray a réexaminé la preuve produite devant la commission. Ses conclusions étaient toutefois entièrement compatibles avec celles du président,

himself noted at various points in his judgment (see, for example, pp. 234, 238 and 248).

From these remarks made by the trial judge, indicating his acknowledgement of the Board's role as primary trier of fact, and from the similarity of the conclusions of the Board and the Court of Queen's Bench, I must conclude that Murray J. relied on the Board's findings of fact in making his own. In other words, the trial judge properly understood the rationale underlying the principle of curial deference and accorded the Board's findings of fact the measure of respect appropriate to the circumstances. In my opinion, this Court should do no less.

Even had I not been of the opinion that deference should have been given to the findings of the tribunal, I would have come to the same conclusions for the reasons that follow.

## 2. Section III.1 of the IRPA

While I agree generally with my colleague Cory J.'s remarks on this issue, I believe it important to emphasize the principles of interpretation of human rights legislation, this Court's decisions in previous age discrimination cases, and the strict standard applicable in the absence of legislative deference, an element which again distinguishes this case from *McKinney*.

In order to further the goal of achieving as fair and tolerant a society as possible, this Court has long recognized that human rights legislation should be interpreted both broadly and purposively. Once in place, laws which seek to protect individuals from discrimination acquire a quasi-constitutional status, which gives them pre-eminence over ordinary legislation. As Lamer J. (as he then was) wrote in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at pp. 157-58:

comme il l'a lui-même fait remarquer à plusieurs reprises dans son jugement (voir par exemple les pp. 234, 238 et 248).

Compte tenu de ces remarques, par lesquelles le juge de première instance indique qu'il reconnaît le rôle de la commission comme principal juge des faits, et de la similarité des conclusions de la commission et de la Cour du Banc de la Reine, force m'est de conclure que le juge Murray s'est appuyé sur les conclusions de fait de la commission pour tirer les siennes. En d'autres termes, le juge de première instance a bien compris la raison qui sous-tend le principe de la retenue judiciaire, et a traité les conclusions de fait de la commission avec le respect approprié aux circonstances. J'estime qu'il doit en être ainsi pour notre Cour.

Même si je n'avais pas été d'avis qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du tribunal, j'en serais venue au même résultat, pour les raisons qui suivent.

## 2. L'article III.1 de l'IRPA

Bien que je sois généralement d'accord avec les remarques de mon collègue le juge Cory sur ce point, il me semble important de souligner les principes d'interprétation applicables aux législations sur les droits de la personne, les arrêts de notre Cour dans des cas de discrimination fondée sur l'âge et la norme stricte applicable en l'absence de retenue à l'égard d'un choix du législateur, élément qui, encore une fois, distingue la présente affaire de l'arrêt *McKinney*.

Dans la poursuite de l'objectif visant à rendre la société la plus juste et la plus tolérante possible, notre Cour a reconnu de longue date que les lois sur les droits de la personne doivent recevoir une interprétation à la fois large et fondée sur leur objet. Dès qu'elles entrent en vigueur, les lois visant à protéger les personnes contre toute discrimination acquièrent un statut quasi constitutionnel, qui leur donne préséance sur les lois ordinaires. Comme l'a écrit le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, aux pp. 157 et 158:

When the subject matter of a law is said to be the comprehensive statement of the "human rights" of the people living in that jurisdiction, then there is no doubt in my mind that the people of that jurisdiction have through their legislature clearly indicated that they consider that law, and the values it endeavours to buttress and protect, are, save their constitutional laws, more important than all others. Therefore, short of that legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language in the Code or in some other enactment, it is intended that the Code supersedes all other laws when conflict arises.

As a result, the legal proposition *generalia specialibus non derogant* cannot be applied to such a code. Indeed the *Human Rights Code*, when in conflict with "particular and specific legislation", is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law.

This Court again stressed the fundamental nature of human rights legislation in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, when McIntyre J. wrote at p. 547:

The accepted rules of construction are flexible enough to enable the Court to recognize in the construction of a human rights code the special nature and purpose of the enactment . . . and give to it an interpretation which will advance its broad purposes. Legislation of this type is of a special nature, not quite constitutional but certainly more than the ordinary—and it is for the courts to seek out its purpose and give it effect.

A short time later, Dickson C.J. gave eloquent expression to the principle in a well-known passage in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (the *Action Travail* case), at p. 1134:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to

Lorsque l'objet d'une loi est décrit comme l'énoncé complet des «droits» des gens qui vivent sur un territoire donné, il n'y a pas de doute, selon moi, que ces gens ont, par l'entremise de leur législateur, clairement indiqué qu'ils considèrent que cette loi et les valeurs qu'elle tend à promouvoir et à protéger, sont, hormis les dispositions constitutionnelles, plus importantes que toutes les autres. En conséquence, à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et expès dans le Code ou dans toute autre loi, il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit.

En conséquence, la maxime juridique *generalia specialibus non derogant* ne peut s'appliquer à un tel code. En réalité, si le *Human Rights Code* entre en conflit avec «des lois particulières et spécifiques», il ne faut pas le considérer comme n'importe quelle autre loi d'application générale, il faut le reconnaître pour ce qu'il est, c'est-à-dire une loi fondamentale.

Notre Cour a encore une fois souligné la nature fondamentale des lois sur les droits de la personne dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, où le juge McIntyre écrit, à la p. 547:

Les règles d'interprétation acceptées sont suffisamment souples pour permettre à la Cour de reconnaître, en interprétant un code des droits de la personne, la nature et l'objet spéciaux de ce texte législatif [...] et de lui donner une interprétation qui permettra de promouvoir ses fins générales. Une loi de ce genre est d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire. Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.

Peu de temps après, le juge en chef Dickson a exprimé ce principe de façon éloquente dans un passage bien connu de 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 (l'affaire *Action Travail*), à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne

minimize those rights and to enfeeble their proper impact.

As a concomitant principle, provisions in human rights codes which provide defences for discriminatory conduct must be read narrowly if they are not to overwhelm and defeat the protection extended by this legislation. In *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, *supra*, this point was emphasized at pp. 358-59 of my dissenting reasons:

The starting point for any analysis of human rights legislation is the recognition that the purpose of such legislation is the protection of fundamental individual rights. These rights are violated if stereotypical group characteristics are ascribed to individuals. Since the protection of human rights is vitally important in our society, legislation prohibiting discrimination must be construed broadly using a purposive approach. . . .

A logical corollary to this purposive approach is the narrow interpretation of exceptions within human rights legislation. Defences to discrimination under the Code must be narrowly construed so that the larger objects of the Code are not frustrated. [Emphasis in original.]

Sopinka J., writing for the majority, agreed at p. 339 of his reasons:

In approaching the interpretation of a human rights statute, certain special principles must be respected. Human rights legislation is amongst the most pre-eminent category of legislation. It has been described as having a "special nature, not quite constitutional but certainly more than ordinary". . . . One of the reasons such legislation has been so described is that it is often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised. As the last protection of the most vulnerable members of society, exceptions to such legislation should be narrowly construed. . . .

devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet.

Comme principe concomitant, doivent être interprétées restrictivement les dispositions d'exception des codes des droits de la personne qui permettent de justifier des mesures discriminatoires, de façon à les empêcher de noyer et de faire échouer la protection accordée par cette législation. Dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, j'ai souligné ce point aux pp. 358 et 359 de mes motifs de dissidence:

Le point de départ de toute analyse des lois en matière de droits de la personne est la reconnaissance que l'objet de ces lois est la protection des droits fondamentaux de la personne. Il y a violation de ces droits si les stéréotypes d'un groupe sont attribués à une personne. Puisque la protection des droits de la personne revêt une importance vitale dans notre société, les lois antidiscriminatoires doivent recevoir une interprétation large dans le cadre d'une analyse en fonction de leur objectif . . .

Un corollaire logique de cette analyse en fonction de l'objet est qu'il faut interpréter restrictivement les exceptions contenues dans la législation des droits de la personne. Il faut interpréter restrictivement les justifications invoquées à l'égard d'une mesure discriminatoire pour faire obstacle aux objets généraux du Code. [Souligné dans l'original.]

Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, a manifesté son accord, à la p. 339 de ses motifs:

Dans l'examen de l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne, il faut respecter certains principes spéciaux. Les lois sur les droits de la personne se classent parmi les lois les plus prééminentes. Notre Cour a affirmé qu'une telle loi est «d'une nature spéciale. Elle n'est pas vraiment de nature constitutionnelle, mais elle est certainement d'une nature qui sort de l'ordinaire» . . . Une des raisons pour lesquelles nous avons ainsi décrit les lois sur les droits de la personne c'est qu'elles constituent souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation. Comme les lois sur les droits de la personne sont le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société, les exceptions doivent s'interpréter restrictivement . . .

Accordingly, in general, s. 11.1 of the *IRPA* must be read narrowly, so as to give the fullest possible breadth to the protection against discrimination afforded in s. 7, as both the Board of Inquiry and the Court of Queen's Bench found in this case.

With respect to the specific test to be applied under s. 11.1, it has been argued that the established structure of the model set out in *R. v. Oakes, supra*, provides the most appropriate test. In considering the applicability of the *Oakes* test to s. 11.1 of the *IRPA*, it is helpful to examine commonalities between this test and the two-part test developed for those seeking to uphold discriminatory action under other exceptional provisions in human rights codes. I would note that where legislation provides tribunals with a specific test for discriminatory justifications, the tribunals should apply that test. The current "BFOQ" test, comprised of a subjective and an objective branch, was first set out by this Court in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, supra*, by McIntyre J., who wrote at p. 208:

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

In *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, a case involving an infringement of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, Beetz J., writing for the majority, discussed the components of the objective branch (at pp. 311-12):

Par conséquent, il faut en général interpréter restrictivement l'art. 11.1 de l'*IRPA* de façon à donner le plus d'ampleur possible à la protection contre la discrimination garantie par l'art. 7, comme l'ont reconnu en l'espèce et la commission d'enquête et la Cour du Banc de la Reine.

En ce qui a trait au test applicable sous le régime de l'art. 11.1, on a prétendu que la structure établie par le modèle énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, est le test le plus approprié. Pour déterminer si le test de l'arrêt *Oakes* s'applique à l'art. 11.1 de l'*IRPA*, il est utile d'examiner les points communs entre ce test et le test à deux volets élaboré par ceux qui cherchent à justifier une action discriminatoire en invoquant d'autres dispositions d'exception des codes des droits de la personne. Je voudrais signaler que lorsque la loi fournit aux tribunaux un test particulier permettant de justifier une discrimination, les tribunaux devraient l'appliquer. Le test courant de l'«EPN», qui comprend un volet subjectif et un volet objectif, a été énoncé pour la première fois par notre Cour (sous le nom d'«exigence professionnelle réelle») dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, précité, par le juge McIntyre, qui a écrit à la p. 208:

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

*i* Dans *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, affaire qui portait sur une violation de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, le juge Beetz, s'exprimant au nom de la majorité, a examiné les éléments constitutifs du volet objectif (aux pp. 311 et 312):

The respondent must also demonstrate that the aptitude or qualification is related in an objective sense to the performance of the employment concerned. McIntyre J. suggested in *Etobicoke* that the purpose of the objective test is to determine whether the employment requirement is "reasonably necessary" to assure the performance of the job. In the case at bar, I believe that this "reasonable necessity" can be examined on the basis of the following two questions:

(1) Is the aptitude or qualification rationally connected to the employment concerned? This allows us to determine whether the employer's purpose in establishing the requirement is appropriate in an objective sense to the job in question. In *Etobicoke*, for example, physical strength evaluated as a function of age was rationally connected to the work of being a fireman.

(2) Is the rule properly designed to ensure that the aptitude or qualification is met without placing an undue burden on those to whom the rule applies? This allows us to inquire as to the reasonableness of the means the employer chooses to test for the presence of the requirement for the employment in question. The sixty-year mandatory retirement age in *Etobicoke* was disproportionately stringent, for example, in respect of its objective which was to ensure that all firemen have the necessary physical strength for the job.

In other decisions, the Court has stressed the need for employers seeking to justify discriminatory practices to prove the absence of alternative means of testing employees. In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, Wilson J. explained the rationale for this approach (at p. 513):

The essence of direct discrimination in employment is the making of a rule that generalizes about a person's ability to perform a job based on membership in a group sharing a common personal attribute such as age, sex, religion, etc. The ideal of human rights legislation is that each person be accorded equal treatment as an individual taking into account those attributes. Thus, justification of a rule manifesting a group stereotype depends on

L'intimée doit prouver en outre que l'aptitude ou la qualité se rapporte objectivement à l'exercice de l'emploi en question. Le juge McIntyre laisse entendre dans l'arrêt *Etobicoke* que le critère objectif sert à déterminer si l'exigence en matière d'emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution du travail. Je crois qu'en l'espèce cette «nécessité raisonnable» peut être examinée en fonction des deux questions suivantes:

- b* (1) L'aptitude ou la qualité a-t-elle un lien rationnel avec l'emploi en question? C'est là un moyen de déterminer si le but visé par l'employeur en établissant l'exigence convient objectivement au poste en question. Dans l'affaire *Etobicoke*, par exemple, la force physique évaluée selon l'âge avait un lien rationnel avec le travail de pompier.
- c* (2) La règle est-elle bien conçue de manière que l'exigence quant à l'aptitude ou à la qualité puisse être remplie sans que les personnes assujetties à la règle ne se voient imposer un fardeau excessif? Cela nous permet d'examiner le caractère raisonnable des moyens choisis par l'employeur pour vérifier si l'on satisfait à cette exigence dans le cas de l'emploi en question. Par exemple, l'âge de la retraite obligatoire à soixante ans dans l'affaire *Etobicoke* était d'une sévérité disproportionnée à son objectif qui était de s'assurer que tous les pompiers possédaient la force physique nécessaire pour s'acquitter de leurs fonctions.

Dans d'autres décisions, notre Cour a souligné que les employeurs qui cherchent à justifier des pratiques discriminatoires doivent prouver l'absence d'autres moyens de faire subir des tests aux employés. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, le juge Wilson a expliqué le fondement de cette règle (à la p. 513):

En matière d'emploi, la discrimination directe consiste essentiellement à formuler une règle qui fait une généralisation quant à l'aptitude d'une personne à remplir un poste selon son appartenance à un groupe dont les membres partagent un attribut personnel commun, tel l'âge, le sexe, la religion, etc. L'idéal que visent les lois sur les droits de la personne est justement de faire en sorte que chacun reçoive un traitement égal en tant qu'individu, eu égard à ces attributs. Par conséquent, la justification d'une règle révélant un stéréotype de groupe dépend ou bien de la validité de la généralisation

the validity of the generalization and/or the impossibility of making individualized assessments.

In *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, *supra*, Sopinka J. clarified the rule at pp. 1313-14:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it.

See also *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, *supra*, at pp. 340-41 of Sopinka J.'s reasons for judgment, and my reasons at pp. 363-65.

In justifying a discriminatory policy, an employer must satisfy the civil burden of proof, that is, proof on the preponderance of probabilities. In the context of s. 1 of the *Charter*, the standard is rigorously applied. As Dickson C.J. first wrote in *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 138:

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, "commensurate with the occasion". Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit.

Given the terminology, legislative history and purpose of human rights legislation, those seeking to justify discrimination attract a similarly heavy onus.

ou bien de l'impossibilité d'évaluer chaque cas individuellement, ou des deux.

Dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, précité, le juge Sopinka a clarifié la règle, aux pp. 1313 et 1314:

Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre solution.

Voir également l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, précité, aux pp. 340 et 341 des motifs du jugement du juge Sopinka, de même qu'aux pp. 363 à 365 de mes motifs.

Pour justifier une politique discriminatoire, l'employeur doit s'acquitter du fardeau de preuve civil, c'est-à-dire de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Dans le contexte de l'article premier de la *Charte*, la norme s'applique rigoureusement. Comme l'a dit pour la première fois le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 138:

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction.

Étant donné la formulation, l'historique et l'objet des lois sur les droits de la personne, ceux qui cherchent à justifier une discrimination assument un aussi lourd fardeau de preuve.

The review above illustrates some of the commonalities between the "BFOQ" test currently applied in human rights cases, and the *Oakes* test used in *Charter* cases. The "BFOQ" test, like the *Oakes* test, involves a consideration of objectives, of connections between discriminatory policies and objectives, and of disproportional impacts of policies. There is considerable interplay between the *Charter* and provincial human rights legislation, due to the similarity of their goals and the specific guarantees they provide. The scope for interplay is even more apparent in considering s. 11.1 of the *IRPA*. Both the *Charter* and the *IRPA* guarantee equality and prohibit discrimination on the basis of age. The language of s. 11.1 of the *IRPA* and s. 1 of the *Charter* is strikingly similar: both require that limitations on rights be both "reasonable" and "justifiable", and both clearly put the burden of proof on the party seeking to uphold discriminatory conduct. Given these similarities, it is appropriate for the court to approach the analysis of s. 11.1 in a manner consistent with that set out in *Oakes*.

The respondent University does not argue that analogy to s. 1 is inappropriate, but submits that the Court should apply the "flexible" standard first used in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (at pp. 781-83), and further developed in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927 (at pp. 990 and 993-94). (See also: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 391; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, at p. 442; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 185-86, and *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at pp. 627-28.) My colleague La Forest J. concluded in *McKinney* that a less stringent standard of judicial scrutiny was mandated, because he found that the University of Guelph, in that case, had to make choices in the allocation of its scarce resources

L'analyse qui précède fait ressortir certains des points communs entre le test de l'«EPN» actuellement appliqué dans les affaires traitant des droits de la personne et le test de l'arrêt *Oakes* utilisé dans les affaires relatives à la *Charte*. Tout comme le test de l'arrêt *Oakes*, celui de l'«EPN» comporte l'étude des objectifs, des liens entre la politique discriminatoire et les objectifs et des répercussions disproportionnées de la politique. Il y a une grande interaction entre la *Charte* et les lois provinciales sur les droits de la personne, en raison de la similitude des objets qu'elles visent et des garanties particulières qu'elles prévoient. La possibilité d'interaction est encore plus évidente lorsque l'on examine l'art. 11.1 de l'*IRPA*. La *Charte* et l'*IRPA* garantissent toutes deux l'égalité et interdisent la discrimination fondée sur l'âge. La formulation de l'art. 11.1 de l'*IRPA* et celle de l'article premier de la *Charte* se ressemblent d'une manière frappante: les deux articles exigent que les restrictions des droits soient à la fois «raisonnables» et «justifiables», et tous deux imposent clairement la charge de la preuve à la partie qui cherche à maintenir la conduite discriminatoire. Compte tenu de ces similitudes, la cour se doit d'aborder l'analyse de l'art. 11.1 d'une manière conforme à celle qui est préconisée dans l'arrêt *Oakes*.

L'Université intimée ne prétend pas que l'analogie avec l'article premier est inadéquate, mais elle fait valoir que la Cour devrait appliquer la norme «souple» utilisée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (aux pp. 781 à 783), et reprise dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927 (aux pp. 990, 993 et 994). (Voir aussi: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 391; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, à la p. 442; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 185 et 186, et *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, aux pp. 627 et 628.) Mon collège le juge La Forest a conclu, dans l'arrêt *McKinney*, qu'il y avait lieu d'appliquer une norme de contrôle judiciaire moins stricte parce qu'il avait constaté que l'Université de Guelph, dans cette affaire, devait choisir, dans la répartition de ressources

between academic staff over the age of 65 and younger professors. He wrote at pp. 285-86:

In assessing proportionality and particularly the issue whether there has been a minimal impairment to a constitutionally guaranteed right, it must be remembered that we are concerned here with measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values. In the case of broadly based social measures like these, where government seeks to mediate between competing groups, it is by no means easy to determine with precision where the balance is to be struck. . . .

The approach taken to these cases has been marked by considerable flexibility having regard to the difficulty of the choices, their impact on different sectors of society and the inherent advantages in a democratic society of the legislature in assessing these matters. Implicit in earlier cases, this was expressly adopted in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*. . . .

... the question is whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the government's pressing and substantial objectives. [Emphasis in original.]

Thus, the respondent University argues, the flexible standard, whereby the defendant need not show that it adopted the least intrusive and offensive means of implementing policy, would apply here, and would militate strongly for an outcome identical to that in *McKinney*.

This argument simply cannot succeed and in that I agree totally with my colleague Cory J. when he states (at p. 1123):

The policy rationale set out in *Irwin Toy* cannot be automatically transferred to the consideration of human rights legislation which seeks to regulate the behaviour of private actors . . . .

. . . in the realm of human rights legislation, the challenge will be to the actions of a private party such as an employer or landlord who, it is alleged, has adopted a discriminatory practice. The actions of private parties will often relate to private aims such as increasing the profit or efficiency of a business. Praiseworthy as those

limitées, entre le personnel enseignant de plus de 65 ans et les professeurs plus jeunes. Il a écrit ce qui suit, aux pp. 285 et 286:

Pour évaluer s'il y a proportionnalité et plus particulièrement s'il y a eu atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution, il faut se rappeler que nous sommes ici en présence de mesures qui tentent d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées. Lorsqu'il s'agit de mesures sociales largement répandues comme celles-ci, où le gouvernement tente de se faire médiateur entre des groupes concurrents, il n'est certes pas facile de déterminer avec précision le point d'équilibre. . . .

L'attitude retenue dans ces cas est empreinte d'une très grande souplesse compte tenu de la difficulté des choix, de leurs répercussions sur différents secteurs de la société et des avantages inhérents dont bénéficie le législateur en évaluant ces questions dans une société démocratique. Cet aspect, implicite dans les décisions antérieures, a été expressément retenu dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*. . . .

... la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement. [Souligné dans l'original.]

Selon l'argument de l'Université intimée, il y aurait donc lieu d'appliquer à l'espèce la norme souple en vertu de laquelle le défendeur n'a pas à démontrer qu'il a adopté, pour appliquer sa politique, le moyen qui porte le moins atteinte au droit en question, ce qui devrait appeler une issue identique à celle de l'affaire *McKinney*.

Cet argument ne peut tout simplement pas être retenu et, sur ce point, je suis complètement d'accord avec mon collègue le juge Cory lorsqu'il dit (à la p. 1123):

Le raisonnement de principe énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy* ne peut être appliqué automatiquement à l'examen d'une loi sur les droits de la personne qui cherche à réglementer la conduite d'acteurs privés. . . .

. . . lorsqu'il s'agit de lois sur les droits de la personne, la contestation porte sur les actions d'une partie privée, tel un employeur ou un propriétaire, qui, allègue-t-on, a eu recours à une pratique discriminatoire. Les actions de parties privées visent souvent des objectifs privés tels que l'augmentation du profit ou du rendement d'une

aims may be in themselves, no deference should be accorded to them once a complainant has demonstrated a *prima facie* case of discrimination. To adopt a deferential attitude to such private aims would undermine the professed goal of human rights legislation to guarantee the rights of minority groups, women and individuals against arbitrary and abusive treatment.

The rationale for the flexible standard is judicial deference to legislative choice, based on the idea that, with respect to resources and training, law makers are in a better position than courts to make policy choices between competing interests. Legislative representatives have better access to information, and they are accountable to the electorate. Because legislative bodies are democratic, their decisions are representative of the will of the majority in our society. This important latter consideration was spelled out by Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. in *Irwin Toy, supra*, at p. 993:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. [Emphasis added.]

In *McKinney*, the majority of the Court conducted its s. 1 analysis from the premise that the policies under scrutiny were laws promulgated by a legislature. The reasons of La Forest J. are rife with references to "the Legislature" and to legislative action, as the following passage from p. 318 amply illustrates:

The *Charter*, we saw earlier, was expressly framed so as not to apply to private conduct. It left the task of regulating and advancing the cause of human rights in the private sector to the legislative branch. This invites a mea-

entreprise. Si louables que soient ces objectifs en soi, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à leur égard lorsqu'un plaignant établit l'existence à première vue d'une discrimination. L'adoption d'une attitude de retenue à l'égard de tels objectifs privés aurait pour effet de miner le but déclaré des lois sur les droits de la personne, qui est de garantir les droits des groupes minoritaires, des femmes et des particuliers contre un traitement arbitraire et abusif.

La norme souple a pour fondement la retenue judiciaire à l'égard du choix du législateur, en vertu de la notion selon laquelle, en matière de ressources et de formation, le législateur se trouve en meilleure position que les tribunaux pour effectuer des choix de principe entre des intérêts concurrents. Les élus ont un meilleur accès à l'information et ils doivent rendre compte à leurs électeurs. Comme les assemblées législatives sont démocratiques, leurs décisions sont représentatives de la volonté de la majorité dans notre société. Cet important principe a été expliqué clairement par le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, à la p. 993:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *McKinney*, la majorité de notre Cour a procédé à une analyse fondée sur l'article premier en s'appuyant sur la prémissse selon laquelle les politiques en cause étaient des lois promulguées par le législateur. Dans les motifs du juge La Forest, il est fait abondamment mention du «législateur» et du pouvoir législatif, comme l'ilustre bien le passage suivant tiré des pp. 318 et 319:

Nous avons vu déjà que la *Charte* a été expressément conçue de façon à ne pas s'appliquer aux actions privées. Elle remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de réglementer et de promouvoir la cause des

sure of deference for legislative choice. . . . Not, I repeat, that the courts should stand idly by in the face of a breach of human rights in the Code itself, as occurred in *Blainey*. But generally, the courts should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality. The courts should adopt a stance that encourages legislative advances in the protection of human rights. [Emphasis added.]

(See also, for example, pp. 285-86, 304-5, and 314-15 of La Forest J.'s reasons.)

This deference to legislative choice, however, is completely unwarranted where, as here, the defendant is not a legislative body. Leaving aside, for the moment, the question whether the allocation of scarce resources is even the central issue in this matter, this Court owes no deference to the policy of a private employer. On this point, I can do no better than to refer to the argument presented by the Alberta Human Rights Commission, which submitted at paragraph 33 of its factum:

This Court's reasons in *Irwin Toy* and *McKinney* closely tie entitlement to the Court's deference to the democratic, representative and neutral nature of the decision-maker. With very few exceptions, employers are not representative of the general public. They are not subject to democratic checks and balances. They are not in the business of making difficult decisions of social policy and mediating between competing claims. They cannot be expected to be free from private interest in deciding whether to adopt a policy that infringes upon protected rights.

In formulating their policy towards their employees, bodies such as the respondent University must be expected to protect their own interests. They may even have an adversarial relationship with their employees with respect to such issues as salaries and the allocation of budget and other resources. Private employers are unrepresentative and accountable to no one, except to the

droits de la personne dans le secteur privé. Cela incite à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du choix du législateur. [...] Ce qui, je le répète, ne veut pas dire que les tribunaux doivent rester figés lorsqu'il y a violation des droits de la personne dans le Code lui-même, comme cela s'est produit dans l'affaire *Blainey*. Mais de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. [Je souligne.]

(Voir également, par exemple, les pp. 285 et 286, 304 et 305, ainsi que 314 et 315 des motifs du juge La Forest.)

Cette retenue à l'égard du choix du législateur est cependant tout à fait injustifiée lorsque, comme en l'espèce, le défendeur n'est pas une assemblée législative. Même en laissant de côté pour l'instant la question de savoir si la répartition de ressources limitées constitue le fond du litige, notre Cour n'est aucunement obligée de faire preuve de retenue à l'égard de la politique d'un employeur privé. Sur ce point, je ne puis que reprendre l'argument présenté par l'Alberta Human Rights Commission, au paragraphe 33 de son mémoire:

[TRADUCTION] Les motifs de cette Cour dans les arrêts *Irwin Toy* et *McKinney* établissent un lien étroit entre le droit à la retenue judiciaire et la nature démocratique, représentative et neutre du décideur. Sauf quelques très rares exceptions, les employeurs ne sont pas représentatifs du public en général. Ils ne sont pas assujettis à des mécanismes d'équilibre démocratiques. Ils n'ont pas comme tâche de prendre des décisions difficiles en matière de politique sociale et d'assurer la médiation entre des demandes opposées. On ne peut s'attendre à ce qu'ils soient dégagés de tout intérêt privé lorsqu'ils sont appelés à décider de l'opportunité d'adopter une politique qui porte atteinte à des droits protégés.

On peut s'attendre à ce que des organismes comme l'Université intimée protègent leurs propres intérêts lorsqu'ils élaborent leurs politiques en matière de relations de travail. Ils peuvent même avoir un rapport antagonique avec leurs employés en ce qui a trait à des questions de salaires et de répartition du budget et d'autres ressources. Les employeurs privés ne sont pas repré-

extent that their conduct is regulated through law. As well, their ability to exploit available information in evaluating and determining policy is not necessarily any better than, and may indeed be distinctly inferior to, the ability of boards of inquiry and courts. As I wrote in *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 562, even if the respondent University were a lawmaking body for the purposes of the *Charter*, it "does not have all the requisite characteristics of a legislative body considering resource allocation, to warrant these special considerations being applied".

In enacting s. 11.1, the Alberta legislature delegated to private employers the task of setting up policies which were "reasonable" and "justifiable" under the *IRPA*. It chose to structure its human rights legislation in such a way that employers would have the freedom to choose the course of action most suitable to them in their particular circumstances. However, the legislature recognized that this scope of action could not be unchecked since employers, operating primarily in their own interests, might establish policies which were unreasonably and unjustifiably discriminatory. Accordingly, in s. 31(1) of the *IRPA*, it gave a broad supervisory and remedial role to the Alberta Human Rights Commission.

sentatifs et ils n'ont pas de comptes à rendre, sauf dans la mesure où leur conduite est régie par la loi. En outre, leur capacité d'exploiter les renseignements disponibles dans l'évaluation et l'élaboration de politiques n'est pas nécessairement meilleure, et peut même être clairement moins bonne, que celle des commissions d'enquête et des tribunaux. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 562, même si l'Université intimée était un organisme investi du pouvoir de légiférer aux fins de la *Charte*, elle «ne possède pas toutes les caractéristiques requises d'un organisme législatif qui doit tenir compte de la répartition des ressources pour justifier l'application de ces considérations particulières».

<sup>d</sup> En adoptant l'art. 11.1, le législateur de l'Alberta a délégué à des employeurs privés la tâche d'établir des politiques «raisonnables» et «justifiables» en vertu de l'*IRPA*. Il a jugé bon de structurer sa loi sur les droits de la personne de telle façon que les employeurs soient libres d'adopter la ligne de conduite qui leur semble la plus appropriée compte tenu de leur situation particulière. Le législateur a cependant reconnu que cette liberté d'action ne pouvait être affranchie de tout contrôle puisque les employeurs, portés principalement à agir dans leur propre intérêt, pourraient établir des politiques qui seraient discriminatoires de façon déraisonnable et injustifiable. Il a donc conféré à l'Alberta Human Rights Commission, au par. 31(1) de l'*IRPA*, un rôle étendu de contrôle et de redressement.

<sup>e</sup> Si le législateur de l'Alberta avait arrêté sa propre décision de politique sociale à l'égard de la retraite obligatoire des professeurs d'université, la Cour pourrait être justifiée de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de cette politique puisque nous pourrions nous attendre à ce que le législateur ait examiné avec soin ses propres projets de loi, de façon à s'assurer qu'il agit conformément à son code des droits de la personne. Le législateur a plutôt délégué cette tâche de critique et de contrôle à la commission des droits de la personne. Dans la mesure où notre Cour doit faire preuve de retenue judiciaire à l'égard du choix du législateur, nous

<sup>f</sup> If the Alberta legislature had made its own social policy decision with respect to mandatory retirement of university employees, the Court might have reason to show some deference to this policy, since we would expect the legislature to examine its own proposed laws critically, in order to ensure its own compliance with its human rights code. Instead, the legislature delegated this critical and supervisory task to the Human Rights Commission. To the extent that this Court owes judicial deference to legislative choice, we should respect the law makers' decision to invest the Commission with the responsibility for determining which dis-

criminating employment policies are nevertheless valid under s. 11.1 of the *IRPA*. This reinforces the need for some deference by appellate courts, including this one, to the findings of fact of the Board of Inquiry, and makes the use of the flexible standard yet more inappropriate to this case than it would otherwise be.

devrions respecter la décision qu'il a prise de confier à la commission la responsabilité de déterminer quelle politique d'emploi discriminatoire demeure malgré tout valide en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Ceci accentue l'obligation pour les cours d'appel, y compris la nôtre, de faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des conclusions de fait de la commission d'enquête, et rend l'emploi de la norme souple encore plus inadéquat en l'espèce qu'il ne le serait autrement.

Finally, on this point, I remain unconvinced, as I was in both *McKinney* and *Stoffman*, that this case falls into the exceptional category which attracts a relaxation of the strict standard in *Oakes*. The crux of the matter here is not the allocation of scarce resources, but rather the denial of the appellant's right to equality. My remarks made in dissent in *Stoffman* also apply here, *mutatis mutandis* (at p. 562):

Sur ce point finalement, je ne suis toujours pas convaincu, comme dans les affaires *McKinney* et *Stoffman*, que la présente affaire fait partie de la catégorie exceptionnelle qui appelle une atténuation de la norme stricte établie dans l'arrêt *Oakes*. Le nœud du litige en l'espèce n'est pas la répartition de ressources limitées, mais plutôt le déni du droit de l'appelante à l'égalité. Les remarques que j'ai faites en dissidence dans l'arrêt *Stoffman* s'appliquent également en l'espèce, *mutatis mutandis* (à la p. 562):

My colleague La Forest J. also maintains that the hospital as an institution is forced to choose between "competing social groups" and, as a result, special considerations apply in considering the "minimal impairment" aspect of the *Oakes* formula. I agree that the Trustees do make a choice between groups in this situation. However, I cannot agree that in the present case the allocation of resources is a fundamental issue. That is not the kind of choice being made pursuant to this policy. The choice as I see it is made between competent medical practitioners who happen to be over 65, and competent doctors under 65, usually entering the medical practice. I do not see these circumstances warranting special considerations.

Mon collègue le juge La Forest affirme également que l'hôpital, comme institution, est tenu de faire un choix entre «les revendications de groupes concurrents» et, par conséquent, des considérations particulières s'appliquent dans l'examen du critère de «l'atteinte minimale» selon l'arrêt *Oakes*. Je reconnaiss que, dans cette situation, les administrateurs font ce choix entre différents groupes. Cependant, je ne suis pas d'accord qu'en l'espèce la répartition des ressources soit une question fondamentale. Ce n'est pas ce genre de choix qui est fait en application de cette politique. À mon avis, le choix s'effectue entre des médecins compétents qui se trouvent à avoir plus de 65 ans, et des médecins compétents de moins de 65 ans, qui débutent habituellement dans la pratique médicale. Je ne crois pas que ces circonstances justifient l'application de considérations particulières.

See also *Tétrault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at pp. 43-44.

Voir également *Tétrault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, aux pp. 43 et 44.

For these reasons, with respect to the burden of proof on the University under s. 11.1 of the *IRPA*, the *Oakes* strict standard is appropriate, rather than the more relaxed test adopted by this Court in *Edwards Books, Irwin Toy* and, latterly, *McKinney*. Simply put, this Court owes no deference to the policy decisions of a private employer, and the use

Pour ces motifs, en ce qui a trait au fardeau de preuve qui incombaît à l'Université en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*, c'est la norme stricte énoncée dans l'arrêt *Oakes* qui est appropriée, plutôt que le critère plus souple adopté par notre Cour dans les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy* et, plus récemment, dans l'arrêt *McKinney*. En termes simples,

of the flexible standard in these circumstances is completely unjustified. To paraphrase the remarks of Wilson J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at p. 154, given that s. 7 of the IRPA "is designed to protect those groups who suffer social, political and legal disadvantage in our society, the burden resting on government [or, in this case, the respondent University] to justify the type of discrimination against such groups is appropriately an onerous one." This Court has recognized in other age discrimination cases that mandatory retirement is particularly difficult to justify. McIntyre J. noted in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke, supra*, at p. 209:

We all age chronologically at the same rate, but aging in what has been termed the functional sense proceeds at widely varying rates and is largely unpredictable. In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure become evident, individuals may be discharged or retired for cause.

There is a presumption that policies of mandatory retirement at a specific age are illegitimate, save in the clearest of cases. This presumption is not consistent with a posture of deference to employers, whether governmental or private, who seek to brand as incompetent all employees aged 65 and over.

In assessing the reasonableness and justifiability of the University of Alberta's mandatory retirement policy under s. 11.1 we must first examine the University's purposes in establishing the policy

notre Cour n'a aucune obligation de retenue envers les décisions de principe d'un employeur privé, et le recours à la norme souple dans les circonstances est complètement injustifié. Pour reprendre les remarques du juge Wilson dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 154, étant donné que l'art. 7 de l'IRPA «est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement [ou, en l'espèce, l'Université intimée] de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde.» Notre Cour a reconnu dans d'autres affaires de discrimination fondée sur l'âge que la mise à la retraite obligatoire est particulièrement difficile à justifier. Le juge McIntyre a fait remarquer dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, à la p. 209:

Chronologiquement, nous vieillissons tous au même rythme, mais le vieillissement, au sens fonctionnel du terme, se fait à des rythmes très différents et il est difficilement prévisible. Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite.

Il existe une présomption selon laquelle les politiques de retraite obligatoire à un âge déterminé sont injustifiées, sauf dans les cas les plus clairs. Cette présomption n'est pas compatible avec une attitude de retenue à l'égard des employeurs, gouvernementaux ou privés, qui cherchent à étiqueter comme incompétents tous les employés âgés de 65 ans ou plus.

Pour évaluer le caractère raisonnable et justifiable de la politique de mise à la retraite obligatoire pratiquée par l'Université de l'Alberta au regard de l'art. 11.1, nous devons d'abord examiner les

and ask whether these goals are legitimate or, in *Charter* terms, "pressing and substantial". Next, we must assess whether the policy is rationally connected to the goals it purports to further. If the University's goals are legitimate, and if the policy used to further those goals is rationally connected to them, we must then ask whether there is an alternative to the discriminatory policy and, specifically, whether the employer has shown why individual testing is not feasible in the circumstances. Throughout, we must bear in mind that the standard of proof upon the respondent is strict, akin to the s. 1 standard set out in *Oakes*. The employer must not merely show that its discriminatory policy is a reasonable alternative, but that it is the least burdensome option available, the one which least infringes on employees' rights while furthering the employer's legitimate goals.

objectifs visés par l'Université lorsqu'elle a établi cette politique, puis nous demander si ces objectifs sont légitimes ou, pour reprendre les termes employés à l'égard de la *Charte*, «urgents et réels». Nous devons ensuite déterminer si la politique a un lien rationnel avec les objectifs qu'elle est censée viser. Si les objectifs de l'Université sont légitimes et si la politique mise en œuvre pour les atteindre a un lien rationnel avec eux, il faut alors déterminer s'il existe une solution de rechange et, de façon plus précise, si l'employeur a démontré pourquoi il était impossible, dans les circonstances, de soumettre la personne visée à un test. Il faut, en tout temps, se rappeler que l'intimée est tenue à une norme de preuve stricte, semblable à celle qui a été établie dans l'arrêt *Oakes* à l'égard d'une analyse fondée sur l'article premier. L'employeur doit démontrer non seulement que sa politique discriminatoire est une solution de rechange raisonnable, mais aussi qu'elle est la solution la moins pénible, celle qui porte le moins atteinte aux droits des employés tout en permettant la réalisation de ses objectifs légitimes.

Before applying this test to the facts in this case, however, we must pause briefly to consider the principles governing private contracts which purport to waive individuals' guaranteed rights, and to assess the impact of the particular collective agreement between the University and its academic staff in this case.

### *3. The Impact of the Collective Agreement*

As a general rule, parties may not contract out of human rights legislation. This Court has consistently held that agreements which discriminate contrary to human rights codes are invalid. The first decision to address this issue explicitly was, like the case at bar, an age discrimination case under a provincial human rights statute, *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, *supra*. In response to the city's argument that mandatory retirement at age 65 was justified

Avant d'appliquer ce test aux faits de l'espèce, il convient cependant d'examiner brièvement les principes qui régissent les contrats privés censés porter renonciation aux droits garantis de particuliers et d'évaluer l'effet de la convention collective particulière conclue entre l'Université et ses professeurs en l'espèce.

### *3. L'effet de la convention collective*

En règle générale, les parties ne peuvent renoncer par contrat aux lois sur les droits de la personne. Notre Cour a constamment statué que les accords qui entraînent une discrimination contraire aux codes des droits de la personne sont invalides. La première décision qui ait porté expressément sur cette question était, comme l'espèce, une affaire de discrimination fondée sur l'âge instruite dans le cadre d'une loi provinciale sur les droits de la personne, à savoir l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, précité. En réponse à l'argument de la municipalité voulant que la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans soit justifiée parce que les parties en avaient ainsi convenu dans une convention col-

because the parties had agreed to it in a collective agreement, McIntyre J. wrote at pp. 213-14:

While this submission is that the condition, being in a collective agreement, should be considered a *bona fide* occupational qualification and requirement, in my opinion to give it effect would be to permit the parties to contract out of the provisions of *The Ontario Human Rights Code*.

Although the Code contains no explicit restriction on such contracting out, it is nevertheless a public statute and it constitutes public policy in Ontario as appears from a reading of the Statute itself and as declared in the preamble. It is clear from the authorities, both in Canada and in England, that parties are not competent to contract themselves out of the provisions of such enactments and that contracts having such effect are void, as contrary to public policy. . . .

The Ontario Human Rights Code has been enacted by the Legislature of the Province of Ontario for the benefit of the community at large and of its individual members and clearly falls within that category of enactment which may not be waived or varied by private contract; therefore this argument cannot receive effect. [Emphasis added.]

This principle was again stressed in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, *supra*, where Lamer J. (as he then was) wrote at p. 158:

Furthermore, as it [the *Human Rights Code*] is a public and fundamental law, no one, unless clearly authorized by law to do so, may contractually agree to suspend its operation and thereby put oneself beyond the reach of its protection.

In *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, the Court was again faced with a collective agreement which an employer attempted to use as proof of the reasonability of its discriminatory policy of mandatory retirement. McIntyre J. stated flatly at p. 154:

There is no merit in the argument raised below, but not pressed in this Court, that the parties by agreeing to article 14 in the Collective Bargaining Agreement have contracted themselves out of the provisions of s. 6(1).

lective, le juge McIntyre fait les observations suivantes, aux pp. 213 et 214:

Alors que cet argument porte que cette condition, stipulée dans une convention collective, doit être considérée comme une exigence professionnelle réelle, j'estime que ce serait permettre aux parties de renoncer par contrat aux dispositions de *The Ontario Human Rights Code* que de l'entériner.

Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraires à l'ordre public. . . .

d

La législature de l'Ontario a adopté *The Ontario Human Rights Code* dans l'intérêt de l'ensemble de la collectivité et de chacun de ses membres, et il est évident que cette loi tombe dans la catégorie des lois auxquelles on ne peut renoncer ou qu'on ne peut modifier par contrat privé; par conséquent, cet argument ne peut être admis. [Je souligne.]

Ce principe a été souligné à nouveau dans l'arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, précité, où le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a écrit, à la p. 158:

g De plus, puisqu'il s'agit [du *Human Rights Code*] de droit public et de droit fondamental, personne ne peut, par contrat, à moins que la loi ne l'y autorise expressément, convenir d'en écarter l'application et se soustraire ainsi à son champ de protection.

h Dans l'affaire *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, notre Cour a dû examiner une fois de plus une convention collective qu'un employeur invoquait comme preuve du caractère raisonnable de sa politique discriminatoire de retraite obligatoire. Le juge McIntyre s'est prononcé catégoriquement, à la p. 154:

Est sans fondement l'argument, soulevé en Cour d'appel mais sur lequel on n'a pas insisté en cette Cour, portant que les parties, en acceptant l'article 14 de la convention collective, ont renoncé par contrat aux dis-

*The Human Rights Act* is legislation declaring public policy and may not be avoided by private contract.

While my colleague Cory J. acknowledges that, generally speaking, parties may not contract out of human rights legislation, he concludes that "a collective agreement cannot be readily dismissed from consideration" (p. 1131), because labour codes may overcome the traditional inequality of bargaining power between employer and employee which underlies the rule. In his opinion, a collective agreement which provides for a discriminatory practice may be evidence of the practice's reasonableness if it can be shown that the agreement was freely negotiated and that it does not discriminate "unfairly" against minorities.

This analysis represents a substantial departure from this Court's previous statements on the legality of contracting out of human rights legislation, and we should, in my opinion, be cautious in embracing it. Using an agreement as evidence of the reasonableness of a discriminatory practice must still be improper, in my opinion, where the agreement clearly violates human rights legislation to the point of being indefensible. The use of such a contract as the basis for a defence is only valid insofar as human rights legislation is ambiguous and imposes only broad guidelines which are open to interpretation, so that the parties to the bargain may honestly claim that they believed they were operating within the limits of the law.

But leaving aside these very real concerns about "bootstrapping", the prohibition against waiver of human rights provisions arises not only from a concern about inequality in bargaining power, but also because the rights guaranteed by human rights codes are seen as inherent to the dignity of every individual within our society. As a matter of public policy, such rights are not the common currency of contracts, but values which, by their very nature, cannot be bartered. For example, if employees,

positions du par. 6(1). *The Human Rights Act* est une loi qui énonce une politique générale et à laquelle on ne saurait déroger par contrat privé.

Bien qu'il reconnaise qu'en général les parties ne peuvent renoncer par contrat aux dispositions d'une loi sur les droits de la personne, mon collègue le juge Cory conclut «qu'on ne peut aisément faire abstraction d'une convention collective» (à la p. 1131), parce que les codes du travail permettent d'éviter le déséquilibre traditionnel du pouvoir de négociation entre l'employeur et l'employé qui sous-tend cette règle. Selon lui, une convention collective qui prévoit une pratique discriminatoire peut établir le caractère raisonnable de cette pratique si l'on arrive à démontrer que la convention collective a été négociée librement et qu'elle n'est pas «injustement» discriminatoire envers des minorités.

Cette analyse s'écarte substantiellement des déclarations antérieures de notre Cour sur la légalité de la renonciation par contrat à des dispositions législatives sur les droits de la personne, et, à mon avis, elle ne saurait être adoptée qu'avec beaucoup de circonspection. Il n'est toujours pas approprié, selon moi, d'utiliser comme preuve du caractère raisonnable d'une pratique discriminatoire une convention qui viole clairement une loi sur les droits de la personne au point d'être indéfendable. Le recours à un tel contrat comme moyen de défense ne peut être valide que dans la mesure où la loi sur les droits de la personne est ambiguë et n'impose que des lignes directrices larges susceptibles de diverses interprétations, de sorte que les parties à l'entente peuvent prétendre honnêtement qu'elles croyaient agir à l'intérieur des limites de la loi.

Mais en faisant exception de ces préoccupations réelles quant à «l'autonomie des parties», l'interdiction de renoncer aux dispositions des lois sur les droits de la personne repose non seulement sur le souci d'assurer un équilibre en matière de pouvoir de négociation, mais également sur l'idée que les droits garantis par les codes des droits de la personne sont inhérents à la dignité de chaque personne au sein de notre société. Il est d'ordre public que de tels droits ne relèvent pas du domaine con-

through their union, voted to sign a collective agreement with their employer whereby they agreed that female employees would be laid off first in case of an economic slowdown, that contract would be invalid. Even if a female employee sincerely believed that it made economic sense that male employees have greater job security, because in her view they are the primary bread-winners in most families, courts would not condone a contract which, on its face, defined and devalued the position of an individual on the sole basis of her gender.

Constitutionally entrenched rights cannot be changed by a simple vote of Parliament. Human rights legislation is analogous in many respects to constitutional law. Indeed, s. 7 of the *IRPA* protects the same equality right as s. 15 of the Canadian *Charter*. Once extended, rights provided by provincial legislation cannot easily be withdrawn or circumscribed; that is surely what is implied by the statement that "short of [the] legislature speaking to the contrary in express and unequivocal language . . . it is intended that the Code supersede all other laws when conflict arises" (*Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, *supra*, at p. 158). It is equally unacceptable that, by a simple majority vote, a group of private citizens would be permitted to waive fundamental rights, barring truly exceptional circumstances.

Accordingly, in my view, while the existence of a collective agreement whereby employees agree to limit their own rights may exceptionally be a factor in considering the justifiability of an employer's discriminatory policy, any such agreement must be scrutinized to ensure that it does not discriminate unfairly against a minority of the union membership, and that it was freely negotiated. The particular context of the bargain, including relevant legislation in place at the time of its

tractuel mais constituent plutôt des valeurs qui, de par leur nature même, ne peuvent faire l'objet de troc. Si par exemple des employés, par l'entremise de leur syndicat, décidaient par vote de signer avec <sup>a</sup> leur employeur une convention collective qui stipule que les employées de sexe féminin seront les premières à être mises à pied en cas de ralentissement économique, le contrat serait invalide. Même si une employée croyait sincèrement qu'il est raisonnable sur le plan économique que les employés de sexe masculin aient une plus grande sécurité d'emploi, parce qu'à son avis ils sont le principal soutien de bon nombre de familles, les tribunaux <sup>b</sup> ne fermeraient pas les yeux sur un contrat qui, ouvertement, définirait et dévaloriserait la position d'une personne uniquement en fonction de son sexe.

<sup>d</sup> Les droits protégés par la Constitution ne peuvent être modifiés par simple vote du législateur. La législation sur les droits de la personne est, à plusieurs égards, analogue au droit constitutionnel. En fait, l'art. 7 de l'*IRPA* protège le même droit à l'égalité que l'art. 15 de la *Charte* canadienne. Dès qu'ils ont été accordés, les droits prévus par la législation provinciale ne peuvent être facilement retirés ou limités; c'est certainement ce qui est implicite dans la déclaration portant que, «à moins que le législateur ne se soit exprimé autrement en termes clairs et exprès [...], il a voulu que le Code ait préséance sur toutes les autres lois lorsqu'il y a conflit» (*Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, précité, à la p. 158). Il est également inacceptable que, par un simple vote majoritaire, un groupe de citoyens puisse renoncer à des droits fondamentaux, sauf dans des circonstances vraiment exceptionnelles.

<sup>i</sup> Par conséquent, à mon avis, même si l'existence d'une convention collective par laquelle les employés consentent à limiter leurs droits peut exceptionnellement être un facteur à prendre en considération dans l'examen du caractère justifiable d'une politique discriminatoire de l'employeur, il faut examiner attentivement cette convention afin de s'assurer qu'elle n'entraîne pas une discrimination injuste envers une minorité des membres du syndicat, et qu'elle a été négociée librement. Le

conclusion, may greatly mitigate its evidentiary weight. This is, in fact, just such a case. In the circumstances, the collective agreement between Dr. Dickason and the University of Alberta is not evidence of the reasonableness of its mandatory retirement policy.

The agreement which bound Dr. Dickason was not necessarily the result of freely conducted negotiations. Given the law which came in force in 1978, the *UAPA*, the Faculty Association and the University had to provide for mandatory retirement at age 65 for academic staff. The Faculty Agreement governing the contract which Dr. Dickason signed in 1979 made explicit reference to this legislation:

**18.01** In accordance with the provisions of *The Universities Academic Pension Act*, a staff member shall retire from the service of the University (a) on June 30 following the attainment of age sixty-five, or (b) on August 31 following the attainment of age sixty-five for a staff member whose appointment date was prior to July 1, 1966. [Emphasis added.]

Since the parties merely abided by the law at the time Dr. Dickason was awarded tenure, it cannot be said that the Faculty Agreement resulted from free negotiations on that point. Nor is it evidence of Dr. Dickason's or the Faculty Association's consent to the policy, or of the reasonableness of the University's conduct. If art. 18.01 had not been part of the Agreement, mandatory retirement at age 65 would still have been in effect at the University through the operation of law.

It is true that, when Dr. Dickason first joined the academic staff of the University, there was no provincial legislation governing the retirement of academic staff. At the time, however, she signed only a fixed-term probationary contract. Although the contract did specify that Dr. Dickason would be bound by the Faculty Agreement, the retirement provisions of the Agreement were not relevant to Dr. Dickason, since, by the end of her fixed term

contexte particulier de la négociation, y compris les dispositions législatives pertinentes en vigueur au moment de sa conclusion, peuvent réduire grandement son caractère probant. C'est effectivement le cas en l'espèce. Dans les circonstances, la convention collective entre M<sup>me</sup> Dickason et l'Université de l'Alberta n'établit pas le caractère raisonnable de la politique de retraite obligatoire de l'Université.

La convention qui liait M<sup>me</sup> Dickason n'a pas nécessairement été conclue à l'issue de négociations libres. Compte tenu de la loi qui est entrée en vigueur en 1978, à savoir l'*UAPA*, l'association des professeurs et l'Université étaient tenues de prévoir la retraite obligatoire du personnel enseignant à l'âge de 65 ans. La convention qui régissait le contrat signé par M<sup>me</sup> Dickason en 1979 mentionnait expressément cette loi:

[TRADUCTION] **18.01** Conformément aux dispositions de *l'Universities Academic Pension Act*, tout membre du personnel de l'Université prend sa retraite a) le 30 juin suivant la date à laquelle il atteint l'âge de soixante-cinq ans, ou b) le 31 août suivant la date à laquelle il atteint l'âge de soixante-cinq ans s'il a été nommé avant le 1<sup>er</sup> juillet 1966. [Je souligne.]

Puisque les parties ne faisaient que respecter la loi au moment où M<sup>me</sup> Dickason a obtenu sa permanence, on ne peut prétendre que la convention était le fruit de négociations libres sur ce point. Elle ne peut non plus constituer une preuve du consentement de M<sup>me</sup> Dickason ou de l'association des professeurs à l'égard de cette politique, ni du caractère raisonnable de la conduite de l'Université. En supposant que l'art. 18.01 n'ait pas fait partie de la convention, la retraite obligatoire à 65 ans aurait quand même été en vigueur à l'Université par le seul effet de la loi.

Il est vrai que lorsque M<sup>me</sup> Dickason s'est jointe pour la première fois au personnel enseignant de l'Université, il n'existe aucune loi provinciale régissant la mise à la retraite du personnel enseignant. À ce moment toutefois, elle n'a signé qu'un contrat à l'essai pour une période déterminée. Même si le contrat prévoyait que M<sup>me</sup> Dickason serait liée par la convention collective, les dispositions de la convention relatives à la retraite

on June 30, 1978, she would still be well below normal retirement age according to the Agreement then in force (see art. 18.01 of the 1976 agreement).

n'avaient aucune incidence pour M<sup>me</sup> Dickason puisque, à la fin de la période déterminée de son emploi, le 30 juin 1978, elle se situerait nettement en dessous de l'âge normal de la retraite au sens de la convention alors en vigueur (voir l'art. 18.01 de la convention de 1976).

Even in the absence of a law like the *UAPA*, I would have serious doubts about drawing any conclusion about the reasonableness of the University's policy from the provisions of the Faculty Agreement. At the time the relevant mandatory retirement provisions were first drawn up, members of the Faculty Association in all probability simply assumed (as did the legislature) that it was "normal" to retire at age 65, and that such issues as flexible retirement age were simply not on the bargaining table. Until amendments were made in 1985 to make it compatible with *Charter* provisions, "age" was defined in the *IRPA* as between 45 and 65 years, for the purposes of claims of discrimination under the provincial human rights law.

Même en l'absence d'une loi comme l'*UAPA*, j'hésiterais beaucoup à tirer des dispositions de la convention collective quelque conclusion quant au caractère raisonnable de la politique de l'Université. À l'époque à laquelle ont été rédigées pour la première fois les dispositions pertinentes en matière de retraite obligatoire, les membres de l'association des professeurs devaient, en toute probabilité, supposer simplement (comme l'a fait le législateur) qu'il était «normal» de prendre sa retraite à 65 ans et que des questions comme la retraite flexible ne faisaient tout simplement pas l'objet des négociations. Avant les modifications d'harmonisation avec la *Charte* apportées à l'*IRPA* en 1985, l'«âge» était défini comme la période située entre 45 et 65 ans, aux fins de présentation de plaintes de discrimination en vertu de la loi provinciale sur les droits de la personne.

Moreover, Dr. Dickason herself clearly did not perceive the age of retirement as a negotiable issue when she became a full professor at the University. She testified before the Board to this effect:

En outre, M<sup>me</sup> Dickason elle-même n'a pas perçu la question de l'âge de la retraite comme un sujet de négociation lorsqu'elle est devenue professeur titulaire de l'université. Voici ce qu'elle a dit dans son témoignage devant la commission:

Q.: And, ma'am, at about the same time that you got tenure did you also know that it was part of the agreement or arrangement between you and the university that you would leave when you became 65?

<sup>f</sup> g [TRADUCTION]

Q.: Et Madame, à l'époque où vous avez obtenu votre permanence, saviez-vous aussi que dans le cadre de l'entente ou de l'arrangement conclu entre vous et l'Université, vous quitteriez lorsque vous atteindriez l'âge de 65 ans?

A.: I knew that that was the law of the land at that particular time, that that was the legislated law, but I also knew that there were often arrangements made to carry on employment afterward, right, correct.

R.: Je savais que c'était la loi qui s'appliquait généralement à l'époque, que c'était la loi adoptée par le législateur, mais je savais aussi qu'il y avait d'autres arrangements qui permettaient de travailler par après, d'accord.

Q.: And did you know then, ma'am, that you had also agreed to leave at age 65 in the sense that it was part of the deal between the university and yourself?

Q.: Et saviez-vous alors, Madame, que vous avez aussi consenti à quitter à l'âge de 65 ans puisqu'il s'agissait d'un élément du marché conclu entre l'Université et vous?

A.: It was a sine—in order to get the job I would be required to sign that agreement, yes. [Emphasis added.]

Dr. Dickason's responses show the serious limitations in using a collective agreement as evidence of the consent of any particular member of a union. The mandatory retirement provisions of the Faculty Agreement had long been in place by the time she was offered a permanent position. She had to agree to the discriminatory policy in order to get the job. Where, as in this case, an employee had no part in negotiating offensive provisions, or any power to change policy through direct negotiations with her employer, the relevance of a contract to the reasonableness of a discriminatory policy is highly questionable.

My colleague has argued that discrimination on the basis of age is more subject to rational negotiation than discrimination under other heads, such as gender and race, because "everyone . . . becomes older with the passage of time" (pp. 1132-33). In fact, in my opinion, the opposite may be true. Because, in our society, old age tends to be less associated with wisdom and tranquillity and more with infirmity and dependence, we fear it. We may be more likely to discriminate against elderly people, in a futile attempt to distance ourselves from what will inevitably occur to each one of us.

This is borne out by studies which have shown that young people are notoriously unwilling to accept that they will grow old or plan for their old age, either financially or emotionally. The prospect of retirement is simply not a consideration most young workers take to heart in negotiating employment contracts. Even assuming that employees have access to full and correct information about their future financial situation, we cannot assume that they act upon this, rather than upon custom and stereotypes about aging, in assessing the cost of mandatory retirement clauses. As to how collective negotiation affects this state

R.: Il s'agissait d'une condition — pour obtenir l'emploi, il me fallait signer cette entente, oui. [Je souligne.]

*a* Les réponses de M<sup>me</sup> Dickason montrent les sérieuses réserves qu'appelle le recours à une convention collective pour établir la preuve du consentement de tout membre particulier d'un syndicat. Les dispositions de la convention prévoyant la retraite obligatoire étaient en vigueur depuis longtemps lorsqu'on lui a offert un poste permanent. Elle a dû consentir à la politique discriminatoire pour obtenir l'emploi. Dans les cas où, comme en l'espèce, un employé n'a pas participé à la négociation des dispositions attaquées, ou qu'il ne disposait d'aucun pouvoir pour modifier la politique par des négociations directes avec son employeur, la pertinence d'un contrat pour établir le caractère raisonnable d'une politique discriminatoire est très discutable.

*e* Mon collègue fait valoir que la discrimination fondée sur l'âge est plus susceptible de faire l'objet de négociations rationnelles que la discrimination fondée sur d'autres motifs tels que le sexe ou la race, parce que «tous [...] vieillissent avec le temps» (aux pp. 1132 et 1133). En réalité, à mon avis, le contraire est plutôt vrai. Comme dans notre société l'âge avancé est associé de moins en moins à la sagesse et à la tranquillité et de plus en plus aux infirmités et à la dépendance, nous en avons peur. Nous sommes peut-être davantage portés à faire de la discrimination contre les personnes âgées, tentant vainement de nous distancer de ce qui nous arrivera inévitablement un jour.

*i* Ceci est confirmé par des études qui montrent que les jeunes refusent notoirement d'accepter qu'ils vieilliront ou encore de planifier leur retraite, sur les plans financier ou émotif. La perspective de la retraite n'est tout simplement pas une préoccupation que la plupart des jeunes travailleurs prennent en considération dans la négociation de contrats d'emploi. Même en supposant que les employés disposent de renseignements complets et exacts sur leur situation financière future, rien ne permet de croire qu'ils se fondent sur ces renseignements, plutôt que sur les coutumes et les stéréotypes sur le vieillissement lorsqu'ils évaluent le

of affairs, Michael Krashinsky writes in "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict" (1988), XIV *Canadian Public Policy* 40, at p. 44:

Of course workers are often represented by union leaders whose job it is to negotiate contracts in the interests of their members. But if workers systematically underestimate the cost of mandatory retirement provisions, there is little reason to believe that union leaders are better informed. And an enlightened union leader might well find little popular support for assigning the "correct" weight to mandatory retirement in contract negotiations.

Furthermore, employers themselves may also have bad information about older workers. If employers as a group act on stereotypes and underestimate the productivity of older workers, then they may put too much weight on the mandatory retirement clause in the contract.

The point of this section is not to assert that mandatory retirement is *necessarily* inefficient. Rather it is to raise serious questions about the contract theory approach that asserts that because mandatory retirement occurs in contracts affecting about half the work force, it is necessarily efficient. [Emphasis in original.]

While it is true that, as my colleague Cory J. states, "[e]ventual retirement with pension security is a matter of concern for all" (p. 1133), different individuals have different expectations and different levels of concern regarding retirement. Most individuals do plan to stop working at age 65, as statistics from workplaces with flexible retirement plans bear out; others, given the choice, will retire even earlier. A small but significant minority of individuals see no reason to stop working at age 65. I fail to see why the expectations of the workers in the first two groups, who might find nothing objectionable about the University's mandatory retirement policy, should dictate the plans of those

coût des dispositions relatives à la retraite obligatoire. L'incidence des négociations collectives sur cette situation est ainsi décrite par Michael Krashinsky dans «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict» (1988), XIV *Analyse de politiques* 40, à la p. 44:

[TRADUCTION] Bien sûr, les travailleurs sont souvent représentés par des chefs syndicaux dont le mandat est de négocier des contrats dans l'intérêt de leurs membres. Mais si les travailleurs sous-estiment systématiquement le coût des dispositions relatives à la retraite obligatoire, il n'y a pas vraiment lieu de croire que les chefs syndicaux soient mieux informés. Et un chef syndical éclairé peut fort bien ne pas avoir suffisamment d'appui populaire pour accorder le poids «adéquat» à la question de la retraite obligatoire dans les négociations contractuelles.

En outre, les employeurs eux-mêmes peuvent avoir été mal renseignés au sujet des travailleurs plus âgés. Si les employeurs agissent collectivement en se fondant sur des stéréotypes et sous-estiment la productivité des ouvriers plus âgés, ils risquent d'accorder trop de poids à la disposition relative à la retraite obligatoire dans la convention.

Il ne s'agit pas dans la présente section de prétendre que la retraite obligatoire est *nécessairement* inefficace. Il importe plutôt de soulever d'importantes questions au sujet de la façon d'aborder la théorie des contrats qui prétend que la retraite obligatoire est nécessairement efficace parce qu'elle se trouve dans les conventions qui régissent pratiquement la moitié de la main-d'œuvre. [En italique dans l'original.]

Même s'il est vrai que «[I]l a question de la retraite éventuelle assortie d'une pension préoccupe tous les employés» (à la p. 1133) comme l'affirme mon collègue le juge Cory, il n'en demeure pas moins que chaque personne a, à ce sujet, des attentes et un niveau de préoccupation différents. La plupart des personnes projettent d'arrêter de travailler à 65 ans, comme le confirment les statistiques des secteurs du travail qui ont établi des programmes de retraite flexible. D'autres prendront leur retraite plus tôt encore, s'ils en ont le choix. Seule une minorité infime mais significative de personnes n'ont aucune raison d'arrêter de travailler à 65 ans. Je ne vois pas pourquoi les attentes

like Dr. Dickason who wish to prolong their careers past the "normal" pensionable age.

In other words, the fact that a majority of professors at the University would have elected to retain the policy of mandatory retirement at age 65 does not show, in my view, the reasonableness of that policy with respect to the appellant. This conclusion is strongly warranted not only by the principle of the inviolability of human rights, but by the extraordinarily negative effects that forced retirement can have on the small percentage of the population who wish to continue working past the age of 65. As I wrote in *McKinney* at p. 431:

Forced removal from the work force strictly on account of age can be extraordinarily debilitating for those entering their senior years. Aging is not a reversible process. Those yearning to carry on with their livelihood, career, and ambitions cannot have this aspiration stultified or decimated by some arbitrary scheme. The fact that we all experience the aging process is not a safeguard which prevents discriminatory acts by the majority. The prospect that current decision-makers may some day be 65 and older is no guarantee against their acting in a discriminatory fashion against older individuals today, or against their acting on the basis of negative stereotypes. [Emphasis added.]

In the circumstances, the fact that the majority has purported to waive a minority's human rights cannot be used as proof that the waiver is valid.

In any event, the evidence shows that there was considerable support for a flexible retirement policy among the University's academic staff when Dr. Dickason retired. An *ad hoc* committee on the issue of retirement was struck within the Faculty Association in 1985; it tabled a report strongly favouring a flexible retirement plan. Drawing on this report, the Faculty Association discussed the abolition of mandatory retirement at age 65 with the University, although no amendment to the collective agreement was made by the time this case

des travailleurs des deux premiers groupes, qui peuvent n'avoir rien à redire à la politique de mise à la retraite obligatoire de l'Université, devraient régir les projets de ceux qui, à l'instar de M<sup>e</sup> Dickason, souhaitent prolonger leur carrière au-delà de l'âge «normal» de la pension.

En d'autres termes, le fait qu'une majorité de professeurs de l'Université aient choisi de conserver la politique de la retraite obligatoire à 65 ans ne démontre pas, à mon avis, le caractère raisonnable de cette politique pour l'appelante. Cette conclusion est fortement appuyée non seulement par le principe de l'inviolabilité des droits de la personne, mais aussi par les effets négatifs extraordinaires que la retraite forcée peut entraîner pour la petite proportion de la population qui souhaite continuer de travailler après 65 ans. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 431:

Le retrait forcé de la vie active pour la seule raison de l'âge peut être excessivement démoralisant pour ceux qui se retrouvent au crépuscule de leur vie. Le vieillissement n'est pas un processus réversible. On ne peut permettre qu'un régime arbitraire supprime la volonté de certains de poursuivre leur mode de vie, leur carrière et leurs ambitions. Le fait que nous vieillissions tous n'est pas une garantie contre des actes discriminatoires de la majorité. L'idée que les décideurs actuels puissent un jour avoir 65 ans et plus ne garantit pas qu'ils agissent actuellement de manière non discriminatoire à l'égard des personnes âgées ou en fonction de stéréotypes négatifs. [Je souligne.]

<sup>g</sup> Dans les circonstances, le fait que la majorité ait apparemment renoncé aux droits de la personne d'une minorité ne peut servir de preuve pour établir la validité de la renonciation.

<sup>h</sup> De toute façon, la preuve démontre que bon nombre des professeurs de l'Université favorisaient une politique de retraite flexible lorsque M<sup>e</sup> Dickason a pris sa retraite. L'association des professeurs a constitué un comité spécial chargé de la question de la retraite en 1985; ce comité a déposé un rapport dans lequel il se prononçait clairement en faveur d'un programme de retraite flexible. En se fondant sur ce rapport, l'association des professeurs a discuté avec l'Université de l'abolition de la retraite obligatoire à l'âge de

came before the Board. Before this Court, counsel for Dr. Dickason gave this explanation for the failure to amend the agreement (at pp. 50-51 of the Court transcript):

In fact, the Faculty Association had tabled in the pre-collective bargaining scenario proposals to amend the collective agreement to put flexible retirement in place instead of mandatory retirement. But those discussions came to nothing, and in the formal negotiations an amendment to the collective agreement did not occur.

It seems to me . . . that that consideration ought to be also viewed in the context of the fact that these proceedings were under way at that time. It is reasonable to conclude, I submit, that the parties were relying on the outcome of these proceedings to determine the situation at the university.

The record also shows that the Faculty Association, the AASUA, supports the concept of flexible retirement and, at the lower stages of the proceedings, was supportive of Dr. Dickason's initiative in challenging the collective agreement.

I submit that nothing can be drawn in the overall context from the fact that, by the time we got to Tribunal, the collective agreement had not been amended.

It appears that, once no longer required by provincial statute, the University's policy of mandatory retirement at age 65 remained in place not because the faculty supported it, but because all parties involved were awaiting the final outcome of this case. This is consistent with the actions of the Canadian Association of University Teachers, which has been lobbying for flexible retirement policies for its 27,000 members since 1979 and, which, together with the Ontario Confederation of University Faculty Associations, has invested significant funds in court challenges to mandatory retirement policies.

Having analyzed the legal issues underlying this case, I now turn to their application to the evidence in this case. As I noted earlier, I would defer to the

65 ans; aucune modification n'avait toutefois été apportée à la convention collective au moment où la commission a été saisie de l'affaire. Devant notre Cour, l'avocat de M<sup>me</sup> Dickason a expliqué <sup>a</sup> de la façon suivante pourquoi la convention n'avait pas été modifiée (aux pp. 50 et 51 de la transcription de la Cour):

[TRADUCTION] En fait, l'association des professeurs <sup>b</sup> avait, dans le projet de prénégociation, déposé des propositions visant à modifier la convention collective de façon à substituer la retraite flexible à la retraite obligatoire. Ces discussions n'ont toutefois pas abouti, et les négociations en règle n'ont apporté aucune modification <sup>c</sup> à la convention collective.

Il me semble [...] que cette considération devrait aussi être examinée à la lumière du fait que les présentes procédures étaient déjà engagées à l'époque. Selon moi, il est raisonnable de conclure que les parties attendaient <sup>d</sup> l'issue des présentes procédures pour régler la situation à l'Université.

Le dossier montre en outre que l'association des professeurs, l'AASUA, appuie la notion de retraite flexible <sup>e</sup> et qu'aux premières étapes des procédures, elle appuyait la décision de M<sup>me</sup> Dickason de contester la convention collective.

Je prétends qu'il est impossible, dans le contexte global, de tirer quelque conclusion que ce soit du fait que, <sup>f</sup> au moment où le différend a été porté devant le tribunal, la convention collective n'avait pas été modifiée.

Il semble que, même si elle n'était plus prescrite par la loi provinciale, la politique de l'Université de mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans soit demeurée en vigueur non parce que les professeurs l'appuyaient, mais plutôt parce que toutes les parties en cause attendaient l'issue finale de la présente affaire. Cette constatation s'accorde avec <sup>g</sup> l'action de l'Association canadienne des professeurs d'université qui, depuis 1979, exerce des pressions afin d'obtenir des politiques de retraite flexible pour ses 27 000 membres et qui, avec <sup>h</sup> l'Union des associations des professeurs des universités de l'Ontario, a engagé d'importantes sommes dans des contestations judiciaires des politiques de retraite obligatoire.

Après avoir analysé les points de droit pertinents, je passe maintenant à leur application à la preuve produite. Comme je l'ai déjà signalé, je

findings of fact of the Board of Inquiry. My discussion of the evidence here is not for the purpose of reviewing or reconsidering the findings of the Board, but is rather for the purpose of responding to the arguments of the respondents, and to the analysis of my colleague Cory J.

In light of the conclusions of this Court in *McKinney*, the appellant concedes that the University's stated objectives—the preservation of the tenure system, academic renewal, institutional planning and retirement with dignity—are "pressing and substantial". Similarly, the good faith of the University is not contested. Therefore, we may proceed directly to the question of whether the respondent has succeeded in proving that the policy is reasonable and justifiable under s. 11.1 of the *IRPA*. Each of the University's stated objectives must be examined to ascertain whether it is rationally connected to the policy. If the policy of mandatory retirement at age 65 is rationally connected to any or all of the objectives, we must then ask whether the policy nonetheless places an undue burden on employees or goes beyond "minimal impairment", bearing in mind that the onus on the University is stringent and that, in the circumstances, no deference to its policy is warranted if there is a non-discriminatory alternative.

m'en remettrais aux conclusions de fait de la commission d'enquête. Mon analyse de la preuve en l'espèce n'a pas pour but de réviser ou de réexaminer les conclusions de la commission, mais plutôt de répondre aux arguments des intimés et à l'analyse de mon collègue, le juge Cory.

Compte tenu des conclusions de notre Cour dans l'arrêt *McKinney*, l'appelante concède que les objectifs énoncés par l'Université — le maintien du système de permanence, le renouvellement du corps professoral, la planification de l'établissement et la mise à la retraite dans la dignité — sont «urgents et réels». Elle ne conteste pas non plus la bonne foi de l'Université. Nous pouvons donc aborder directement la question de savoir si l'intimée a réussi à prouver que la politique est raisonnable et justifiable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Il faut examiner chacun des objectifs énoncés par l'Université, pour déterminer s'il a un lien rationnel avec la politique. Si la politique de la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans a un lien rationnel avec l'un ou l'autre ou avec la totalité des objectifs, il faut alors demander si elle n'impose pas un fardeau excessif aux employés ou si elle ne dépasse pas le seuil de «l'atteinte minimale», eu égard au fait que la charge qui incombe à l'Université est exigeante et que, dans les circonstances, il n'y a pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de sa politique s'il existe une autre solution non discriminatoire.

### Rational connection

#### (a) *Tenure*

The respondent University urged, as did its analogue in *McKinney*, that the elimination of mandatory retirement will threaten the tenure system. In the absence of forced retirement at age 65, the University speculates that it would be forced to conduct more faculty evaluations, and this in turn would inhibit scholarship. My colleague Cory J. accepts this argument, concluding that flexible retirement policy "would undermine the sense of security which is so essential for the free exercise of academic inquiry" (p. 1137).

#### *g) Le lien rationnel*

##### a) *La permanence*

L'Université intimée a fait valoir, à l'instar de son homologue dans l'arrêt *McKinney*, que l'élimination de la retraite obligatoire constitue une menace pour le système de permanence. L'Université estime que, sans retraite forcée à l'âge de 65 ans, il lui faudra procéder à davantage d'évaluations des professeurs, ce qui aura pour effet de nuire à l'enseignement. Mon collègue le juge Cory accepte cet argument lorsqu'il conclut qu'une politique de retraite flexible «mineraît le sentiment de sécurité qui est si essentiel au libre exercice de la recherche universitaire» (p. 1137).

In my view, this argument misapprehends the purpose of tenure and underrates peer evaluation. The function of tenure is not to shield faculty members from their own incompetence, but rather to prevent spurious challenges actually based on the unpopularity of their academic views. The role of academics within universities and within our larger society would be greatly devalued if we accepted the idea that, once tenured, professors can become unproductive and unthinking. The most ardent proponent of academic freedom would admit that there must be some mechanism to remove professors who are taking advantage of their protected position in order to contribute little or nothing to teaching or scholarship. Otherwise, tenure would become a euphemism for tolerated incompetence.

À mon avis, cet argument méconnaît la nature de la permanence et sous-estime l'évaluation par les pairs. La permanence a pour fonction non de protéger les professeurs contre leur propre incomptence, mais bien d'empêcher les fausses attaques fondées en réalité sur le caractère impopulaire de leurs opinions. C'est une dévaluation du rôle des professeurs au sein de l'Université et de notre collectivité que nous déclencherions si nous acceptions l'idée qu'ils peuvent devenir improductifs et incapables de penser dès qu'ils ont obtenu la permanence. Les plus ardents défenseurs de la liberté universitaire admettraient certainement la nécessité d'un mécanisme qui permette de renvoyer les professeurs qui profitent de leur situation protégée pour ne pas contribuer, ou contribuer très peu, à l'enseignement ou à la recherche. Autrement, le mot permanence risque de devenir un euphémisme pour l'incompétence tolérée.

But is mandatory retirement at age 65 an acceptable way of determining who is incompetent? To ask the question is to answer it, since it is obvious that the blanket policy of firing people when they become old has nothing to do with assessing their continuing contribution or their overall competence, but rather relies entirely on a stereotype of declining abilities with age. To the extent that the policy of mandatory retirement is unrelated to this stereotype, the University appears to be arguing that there is no other way to get rid of incompetent professors but to wait until they are old enough to retire. This argument is, of course, unacceptable. Besides, alternative mechanisms of evaluating professors exist and are actually in place.

Mais la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans est-elle une façon acceptable de déterminer qui est incomptént? Poser la question, c'est y répondre puisqu'il est évident que la politique générale consistant à renvoyer les gens lorsqu'ils vieillissent n'a rien à voir avec une évaluation de leur apport constant ni de leur compétence globale. Il s'agit plutôt d'une pratique dictée par le seul stéréotype du déclin des capacités avec l'âge. Dans la mesure où la politique de mise à la retraite obligatoire n'est pas liée à ce stéréotype, l'Université semble prétendre qu'il n'existe aucune autre façon d'éliminer les professeurs incompténts si ce n'est d'attendre qu'ils aient atteint l'âge de la retraite. Cet argument est certainement inacceptable. De plus, il existe d'autres moyens, auxquels on a déjà recours, d'évaluer les professeurs.

Peer evaluation is one such mechanism already used. It is a fair and equitable way of assessing professors in good faith, on the basis of their teaching, research and publication records, rather than on their age. Unless abused, it poses no threat to academic freedom, and in fact enhances the value of tenure by ensuring that incompetent professors, young or old, are dismissed. These evaluations are difficult, as they should be, but no more difficult than the assessments that are made

L'évaluation par les pairs est l'un de ces moyens. Il s'agit d'une façon juste et équitable d'évaluer les professeurs en toute bonne foi, en se fondant sur leur dossier d'enseignement, de recherche et de publications plutôt que sur leur âge. Sauf en cas d'abus, ce moyen ne menace aucunement la liberté universitaire; il se trouve, en fait, à accroître la valeur de la permanence en assurant le renvoi des professeurs incompténts, qu'ils soient jeunes ou vieux. Ces évaluations sont difficiles, cela va de

before an academic is first hired for a term, offered tenure, promoted, and awarded merit increases. In effect, evaluations of a professor's competence, as opposed to the popularity of their specific views, are made throughout his or her career.

Dismissal for cause at Canadian institutions has been infrequent in the past decade. I suspect, however, that this speaks not to the inadequacies of peer evaluation, but to the instinct of most professors to resign or transfer if they receive consistent signals, from merit assessments and from other colleagues, that their performance is substandard. This suspicion is borne out by studies showing that unsatisfactory faculty are more likely to retire early; see Ruth F. Necheles-Jansyn, "Retirement in Academe: Special Case or Social Model?", in [1983] *Aging and Work* 175, at p. 179.

Most importantly, peer evaluation represents an assessment of merit. Because it is a somewhat unwieldy mechanism, it will never be used frequently, but its existence safeguards against the abuse of the tenure system in a way that mandatory retirement at a fixed age never could. As I g remarked in *McKinney* at pp. 426-27:

The fear that aging professors will rest on their laurels and wallow in a perpetual and interminable quagmire of unproductivity and stagnation may be a real one. Yet it applies with equal force to younger tenured faculty as well. Peer review, so long as it is predicated on the premise of unbiased good faith, provides a healthy injection of critical evaluation and will serve to promote the scholastic standards indispensable to a flourishing university.

Given that a fair way of assessing merit already exists, and that the link between mandatory retirement and academic freedom and excellence is ten-

soi, mais pas plus difficiles que les appréciations qui sont faites avant qu'un professeur soit engagé pour une durée déterminée, qu'on lui offre la permanence, qu'il soit promu et qu'il obtienne des augmentations de traitement au mérite. En fait, chaque professeur voit sa compétence, et non la popularité de ses opinions, faire l'objet d'évaluations tout au long de sa carrière.

b Les établissements canadiens ont rarement procédé à des renvois motivés pendant la dernière décennie. J'ai toutefois l'impression que cette situation s'explique non par les limites de l'évaluation par les pairs, mais plutôt par l'instinct de la plupart des professeurs qui les porte à démissionner ou à demander une mutation lorsque, à l'occasion d'évaluations du mérite personnel ou de communications avec d'autres collègues, ils reçoivent des signes concordants d'un rendement inférieur à la norme. Cette impression est confirmée par des études qui montrent que les professeurs dont le rendement est insatisfaisant sont les plus susceptibles de prendre une retraite anticipée; voir Ruth F. Necheles-Jansyn, «Retirement in Academe: Special Case or Social Model?», dans [1983] *Aging and Work* 175, à la p. 179.

f Plus important encore, l'évaluation par les pairs constitue une appréciation du mérite personnel. Puisqu'elle est un mécanisme dont l'emploi est assez difficile, elle ne sera jamais utilisée fréquemment; toutefois, son existence est une garantie beaucoup plus efficace contre l'abus du système de permanence que la retraite obligatoire à un âge précis. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *McKinney*, aux pp. 426 et 427:

La crainte que les professeurs s'endorment sur leurs lauriers en vieillissant et décident de mettre un terme à leur productivité et à leur perfectionnement est peut-être justifiée. Pourtant, elle s'applique avec autant de force aux jeunes professeurs permanents. L'évaluation par les pairs, dans la mesure où elle est faite de bonne foi et sans partialité, sert de critique saine et constructive et contribue à l'avancement des normes d'enseignement indispensables à une université florissante.

j Étant donné qu'il existe déjà une façon équitable d'apprécier le mérite personnel et que, dans la meilleure hypothèse, le lien entre la retraite obliga-

vous at best, there is no basis to conclude that the elimination of the University's policy would threaten tenure.

The best proof that the University's fears are groundless comes from universities which have abolished mandatory retirement without any noticeable effect on tenure. Drawing on both expert and ordinary testimony it had heard, the Board of Inquiry found (at p. D/4476):

No evidence was presented to satisfy me that the elimination of mandatory retirement would result in the demise of or even serious injury to the tenure system at the University of Alberta. . . .

No evidence was led in relation to the University of Manitoba or the universities in the province of Quebec where mandatory retirement has been eliminated to indicate jeopardy to the tenure system at those universities. On the contrary, Prof. Ian J. Kerr of the University of Manitoba, a past-president of that university's faculty association testified unequivocally that, "It (elimination of mandatory retirement in 1981) has had no effect on tenure at the University of Manitoba" (Trans. 1165). Aside from the removal of the pertinent clause, Dr. Kerr also confirmed that there had been no changes in the collective agreement at the university related to the abolition of mandatory retirement; nor have there been changes in the university's professor evaluation procedures (Trans. 1165).

Similarly, tenure has not been abandoned in universities in the United States, 15 per cent of which have no mandatory retirement for tenured faculty, as was noted by both majority and minority in *McKinney*; see pp. 427-28 and 283. This lack of change is attributable, in part, to the fact that very few employees choose to continue working past age 65, a point made by Frank Reid, an expert on gerontology who testified before the Board (*Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), at pp. 11-12):

a

toire d'une part, et la liberté et l'excellence universitaires de l'autre, est mince, rien ne permet de conclure que l'élimination de la politique de l'Université menacerait la permanence.

La meilleure preuve de l'absence de fondement des craintes de l'Université provient des universités qui ont aboli la retraite obligatoire sans que cela n'entraîne d'effet perceptible sur la permanence. À partir des témoignages d'experts et de témoins ordinaires qu'elle a entendus, la commission d'enquête a conclu (à la p. D/4476):

c

[TRADUCTION] On ne m'a présenté aucune preuve susceptible de me convaincre que l'élimination de la retraite obligatoire entraînerait la fin, voire la détérioration grave, du système de permanence à l'Université de l'Alberta . . .

d

On ne m'a présenté aucune preuve à l'égard de l'Université du Manitoba ou des universités de la province de Québec, où la retraite obligatoire a été éliminée, qui fasse état d'une menace envers le système de permanence dans ces universités. Au contraire, le professeur Ian J. Kerr de l'Université du Manitoba, ancien président de l'association des professeurs de cette université, a déclaré sans équivoque qu'«[e]lle (l'élimination de la retraite obligatoire en 1981) n'a eu aucun effet sur la permanence à l'Université du Manitoba» (transcription 1165). Exception faite de l'abrogation de la clause pertinente, M. Kerr a en outre confirmé qu'aucune autre modification n'avait été apportée à la convention collective de l'Université en ce qui a trait à l'abolition de la retraite obligatoire; aucune modification n'avait non plus été apportée aux procédures d'évaluation des professeurs de l'Université (transcription 1165).

h

De même, la permanence n'a pas été abolie dans les universités aux États-Unis, dont 15 pour 100 n'ont pas de politique de retraite obligatoire pour les professeurs permanents, comme cela a été souligné dans les motifs majoritaires et minoritaires de l'arrêt *McKinney*; voir les pp. 427 et 428 et 283. i  
Cette absence de changement peut être attribuée en partie au fait que très peu d'employés choisissent de continuer à travailler après 65 ans, comme l'a fait remarquer Frank Reid, expert en gérontologie qui a témoigné devant la commission (*Economic Aspects of Mandatory Retirement* (1987), aux pp. 11 et 12);

... most employers would not find it worthwhile to make substantial changes to their personnel practices as a result of a small number of employees who would want to work past the normal retirement age. The need for increased performance reviews is also reduced by the fact that the few employees who elect to work beyond normal retirement age will do so for only a relatively short period of time. Evidence from the Conference Board survey (Dunlop 1980 p. 40) "... indicates that those few employees presently aged 65 who elect to continue working will, in general, leave their employment prior to age 70 and will, on average, probably work for a period of three years beyond age 65".

Evidence from Quebec (where mandatory retirement was abolished in 1982) suggests that the period of work may be even shorter. After examining the evidence on those who continued to work past age 65 Labour Canada (1985, Appendix p. 2) concluded "... this prolongation of employment is not apparently very long. After 6 to 8 months many decide to retire."

In short, employers would not have to change their system of evaluation to avoid a "bulge" of older workers.

Accordingly, the University's fears about how tenure might be affected should mandatory retirement be eliminated are insufficient to prove a rational link between its objective and its discriminatory policy. In light of the evidence given, it was not unreasonable for the Board and the Court of Queen's Bench to conclude that the link had not been proven. As Murray J. said (at p. 247):

The weight of evidence falls on the side of establishing that a policy of mandatory retirement is not necessary to ensure that tenure is preserved. There is a fear of this happening but it is speculative. There are equally well qualified people who hold the opposite opinion. The empirical evidence which is available to this time does not support this fear. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... la plupart des employeurs ne jugeraient pas utile de procéder à d'importantes modifications de leurs pratiques de gestion du personnel par suite du choix d'un petit nombre d'employés de travailler au-delà de l'âge normal de la retraite. Le besoin d'augmenter la fréquence des évaluations du rendement est aussi réduit par le fait que le petit nombre d'employés qui choisissent de travailler au-delà de l'âge normal de la retraite ne le feront que pour une période relativement brève. La preuve tirée de l'étude du Conference Board (Dunlop 1980, p. 40) «... indique que le petit nombre d'employés ayant atteint l'âge de 65 ans qui choisissent de continuer à travailler quitteront en général leur emploi avant d'avoir atteint 70 ans et travailleront probablement, en moyenne, pendant une période de trois ans à compter de 65 ans».

La preuve en provenance du Québec (où la retraite obligatoire a été abolie en 1982) laisse entendre que la période de travail peut être plus courte encore. Après avoir examiné la preuve relative aux personnes qui ont continué à travailler après 65 ans, Travail Canada (1985, annexe p. 2) a conclu que «... cette prolongation de l'emploi n'est apparemment pas très longue. Après 6 ou 8 mois, bon nombre de travailleurs décident de prendre leur retraite».

Bref, les employeurs n'auraient pas à modifier leur système d'évaluation pour éviter un «gonflement» dû aux travailleurs plus âgés.

Par conséquent, les craintes exprimées par l'Université à propos des effets que l'élimination de la retraite obligatoire pourrait avoir sur la permanence ne suffisent pas à établir l'existence d'un lien rationnel entre ses objectifs et sa politique discriminatoire. Compte tenu de la preuve présentée, il était raisonnable de la part de la commission et de la Cour du Banc de la Reine de conclure que le lien n'avait pas été prouvé. Comme l'a écrit le juge Murray (à la p. 247):

[TRADUCTION] Le poids de la preuve me porte à conclure qu'une politique de retraite obligatoire n'est pas nécessaire pour assurer le maintien de la permanence. Il existe une crainte que ceci se produise, mais cette crainte n'est qu'une conjecture. Il y a des personnes aussi bien qualifiées qui défendent l'opinion contraire. La preuve empirique qui est disponible en ce moment n'appuie pas cette crainte. [Je souligne.]

(b) *Academic Renewal*

My colleague Cory J. accepts the argument that mandatory retirement at a fixed age allows the University to open positions to younger academics, thereby at once allowing a fresh infusion of ideas into the institution and remedying the problem of underfunding. Although a superficially attractive proposition, in my view, this reasoning does not stand the close scrutiny mandated under the *IRPA*. Aside from being based on the false premise that older workers are uniformly less productive and original than their younger colleagues, a myth refuted decisively by the evidence before us in this case, it ignores uncontradicted expert evidence about trends in retirement.

b) *Le renouvellement du corps professoral*

Mon collègue le juge Cory accepte l'argument portant qu'avec la retraite obligatoire à un âge précis, l'Université peut offrir des postes à des professeurs plus jeunes, ce qui permet d'infuser des idées nouvelles dans l'institution et de résoudre le problème du financement limité. Même s'il semble constituer une proposition attrayante en surface, ce raisonnement ne résiste pas, selon moi, à l'examen approfondi qui doit être effectué sous le régime de l'*IRPA*. En plus de reposer sur la fausse prémissé selon laquelle les travailleurs les plus âgés sont uniformément moins productifs et originaux que leurs collègues plus jeunes, mythe qui est réfuté de façon catégorique par la preuve produite devant nous en l'espèce, ce raisonnement ne tient pas compte de la preuve d'experts incontestée au sujet des tendances dans le domaine de la retraite.

The very purpose of human rights legislation is the elimination of stereotypes associated with inherent characteristics. Yet one of the most persistent prejudices in our society is that old people are uniformly senile and physically incapacitated. In fact, the effects of age vary tremendously from person to person. As life expectancy has increased, the definition of old age itself has had to be revised. In creative fields, such as literature and the performing arts, certain older individuals continue to contribute long after "normal" retirement age; examples include Will Durant, who published the last volume of his *Story of Civilization* when he was in his 80s, great artists such as Pablo Picasso, and such musical notables as Arturo Toscanini, Leonard Bernstein and Herbert von Karajan. As well, societies around the world have long recognized that certain qualities, such as wisdom and leadership, are most likely to be acquired with age. Many judges, including judges of this Court, continue to work after they would have been forced to retire from other jobs. A pantheon of celebrated political leaders from this century, including Winston Churchill, Charles de Gaulle, and Konrad

L'objet même des lois sur les droits de la personne est l'élimination des stéréotypes associés à des caractéristiques inhérentes. Pourtant, l'un des préjugés les plus persistants dans notre société veut que les personnes âgées souffrent uniformément de sénilité et de déficience physique. En réalité, les effets de l'âge varient énormément d'une personne à l'autre. Avec l'augmentation de l'espérance de vie, la définition de la vieillesse elle-même a dû être révisée. Dans des secteurs créatifs comme ceux de la littérature et des arts, certaines personnes plus âgées continuent à contribuer longtemps après l'âge «normal» de la retraite; on pourrait citer à titre indicatif Will Durant, qui a publié le dernier tome de son *Histoire de la civilisation* après avoir dépassé le cap des 80 ans, de grands artistes comme Pablo Picasso et de grands chefs d'orchestre comme Arturo Toscanini, Leonard Bernstein et Herbert von Karajan. En outre, nombre de sociétés de par le monde reconnaissent depuis longtemps que certaines qualités comme la sagesse et le leadership s'acquièrent avec l'âge. Bon nombre de juges, y compris au sein de notre Cour, continuent à travailler après avoir atteint l'âge auquel ils devraient prendre leur retraite s'ils occupaient d'autres postes. Un panthéon de chefs politiques contemporains célèbres, y compris Winston Churchill, Charles de Gaulle et Konrad

Adenauer, made some of their greatest contributions at a mature age.

In the academic context, as the Board found, "the proposition of originality as a by-product of 'youth' . . . has not been proved" (p. D/4473). Decline in complex cognitive processes does not occur until the late 70s or early 80s; see Frank Reid, *supra*, at p. 3, and Necheles-Jansyn, *supra*, at p. 178. Academics, as a group, tend to suffer still less decline because they are in a relatively high social strata, enjoy good health and work in jobs which are not very physically demanding. As well, the intellectual stimulation they enjoy from their work and contact with colleagues inhibits decline. The maturity, wisdom and insight older faculty have acquired even give them distinct advantages over younger colleagues.

The stereotype of older professors clinging desperately to their posts despite declining abilities simply is not warranted on the evidence. Generally speaking, those who start by being highly productive and creative remain so as they get older, and age seems to have very little influence on the quality and quantity of work produced; see Stephen Cole, "Age and Scientific Performance" (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958, at pp. 968-69. Truly exceptional performance is neither the province of the young nor of the old. Of course there are unproductive older staff; there are also unproductive younger staff. The only difference between the two is that, once someone reaches a certain age, society tends to assume that any substandard performance is a direct consequence of age, whereas when they are younger, we make no such assumption.

At the University of Alberta specifically, the record of merit increases indicates that the greatest decline in performance occurs in the age groups 40-44 and 45-49. According to a statistical expert who testified before the Board, there were no statistically reliable differences in performance

Adenauer, ont apporté leur plus grande contribution à un âge avancé.

Dans le contexte universitaire, pour reprendre la conclusion de la commission, [TRADUCTION] «on n'a pas fait la preuve de la proposition selon laquelle originalité et «jeunesse» [...] vont nécessairement de pair» (à la p. D/4473). Le déclin des processus cognitifs complexes ne s'amorce qu'autour de quatre-vingts ans; voir Frank Reid, *op. cit.*, à la p. 3, et Necheles-Jansyn, *loc. cit.*, à la p. 178. Les universitaires, dans l'ensemble, sont moins susceptibles de subir ce déclin puisqu'ils se trouvent à un échelon social relativement élevé, qu'ils ont une bonne santé et qu'ils occupent des postes qui n'exigent pas trop d'efforts physiques. En outre, la stimulation intellectuelle qu'ils retirent de leur travail et de leurs contacts avec des collègues retarde leur déclin. La maturité, la sagesse et la lucidité que les professeurs plus âgés ont acquises leur donnent même des avantages distincts sur leurs collègues plus jeunes.

Le stéréotype des professeurs plus âgés qui s'accrochent désespérément à leur poste malgré le déclin de leurs capacités n'est tout simplement pas corroboré par la preuve. En général, ceux qui commencent leur carrière en étant très productifs et créatifs le demeurent en vieillissant, et l'âge semble avoir très peu d'influence sur la qualité et la quantité du travail fourni; voir Stephen Cole, «Age and Scientific Performance» (1979), 84 *Am. J. Soc.* 958, aux pp. 968 et 969. Le rendement vraiment exceptionnel n'est le propre ni des jeunes ni des vieux. Bien sûr, il est de vieux professeurs qui sont improductifs, mais il en est aussi de jeunes qui le sont. La seule différence entre les deux groupes est que, dès qu'on a atteint un certain âge, la société a tendance à supposer que tout rendement inférieur à la norme est une conséquence directe de l'âge, supposition qu'elle ne forme pas à l'égard des plus jeunes.

À l'Université de l'Alberta plus précisément, le dossier des augmentations de traitement au mérite indique que la plus grande baisse du rendement se produit dans les groupes d'âge de 40 à 44 ans et de 45 à 49 ans. Selon un expert statisticien qui a déposé devant la commission, il n'existe aucune

between the three oldest age groups, 50 to 54, 55 to 59, and 60 to 65, even though the expectation for senior professors was higher than that for younger staff, making it more difficult for them to achieve a satisfactory rating. This led the Board to conclude (at pp. D/4472-73):

On the evidence presented, I cannot find that there is a decline in ability which would render the vast majority of academic staff unable to function effectively as they approach or reach 65. There will obviously be some professors who are giving substandard performance at 65, but similarly such deficiencies could exist for staff of any age. It would be unwise, unfair and now illegal to stereotype and penalize the high or even adequate performance because he, or she, has reached the age of 65.

I defer to the Board's finding of fact in this regard, and would be ready to dismiss the University's argument on this basis alone.

The assumption that the elimination of mandatory retirement will significantly reduce the number of jobs for young academics must also be examined critically. Experts before the Board testified that the "flow of replacement" would return to its initial level in five years or less, a short term effect which certainly cannot justify the wholesale dismissal of all competent academics over age 65. The limited effect of flexible retirement on the rate of hiring of young academics is due, in part, to the small number of academics who actually desire to keep working beyond the "normal" retirement age. According to a 1980 Conference Board of Canada report, only a tiny fraction of the labour force, about one fifth of one per cent, is likely to be forced to retire at age 65; the rest retire voluntarily at age 65 or earlier (see F. Reid, *supra*, at p. 2, and Krashinsky, *supra*, at pp. 45 and 48).

différence statistique significative en matière de rendement entre les trois groupes d'âge plus avancé, à savoir ceux de 50 à 54 ans, de 55 à 59 ans, et de 60 à 65 ans, même si les attentes sont plus élevées à l'égard des professeurs plus âgés qu'à l'égard des plus jeunes et font qu'il leur est plus difficile d'obtenir une évaluation satisfaisante. Ces faits ont amené la commission à conclure ce qui suit (aux pp. D/4472 et D/4473):

[TRADUCTION] D'après la preuve produite, je ne puis conclure à l'existence d'une baisse de capacité qui rendrait la vaste majorité des professeurs incapables de fonctionner efficacement dès qu'ils approchent ou atteignent l'âge de 65 ans. Il y en aura évidemment certains qui donneront un rendement inférieur à la norme lorsqu'ils auront 65 ans mais de telles carences pourraient exister chez des professeurs de tout âge. Il serait déraisonnable, injuste et maintenant illégal de stéréotyper et de pénaliser le professeur qui donne un rendement élevé ou même adéquat parce qu'il a atteint l'âge de 65 ans.

Je m'en remets aux conclusions de fait de la commission à cet égard, et je serais prête à rejeter l'argument de l'Université sur cette seule base.

La supposition selon laquelle l'élimination de la retraite obligatoire réduira de façon importante le nombre d'emplois pour de jeunes professeurs doit aussi être examinée d'un œil critique. Les experts qui ont comparu devant la commission ont déclaré que le [TRADUCTION] «mouvement de renouvellement» reviendrait à son niveau initial en cinq ans ou moins, circonscrivant ainsi un effet à court terme qui ne peut certainement pas justifier le renvoi généralisé de tous les professeurs compétents âgés de plus de 65 ans. L'effet limité de la retraite flexible sur le taux d'embauche des jeunes professeurs est dû, en partie, au petit nombre de professeurs qui désirent vraiment continuer à travailler au-delà de l'âge «normal» de la retraite. Selon un rapport de 1980 du Conference Board du Canada, seule une infime partie de la main-d'œuvre, soit environ un cinquième de un pour cent, est susceptible d'être forcée à la retraite à l'âge de 65 ans; le reste des travailleurs prennent leur retraite volontairement à l'âge de 65 ans ou avant (voir F. Reid, *op. cit.*, à la p. 2, et Krashinsky, *loc. cit.*, aux pp. 45 et 48).

The average age of retirement amongst workers in general may decline still further with the increasing popularity of early retirement. In the United States, for example, although the age of retirement has been increased from 65 to 70, the average age of retirement has declined from 63 to 62. Labour shortages are projected for the 1990s based on the upswing in early retirement combined with current population trends (see Robert C. Ford and Myron D. Fottler, "Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees", [1985] *Human Resource Planning* 147, at p. 147, and James W. Walker and Harriet L. Lazer in *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management* (1978), at p. 7). The Board commented at p. D/4474:

With the increasing popularity of flexible retirement options, compulsory retirement wanes in importance as a function in achieving renewal. Indeed, it was the evidence of Dr. Gideon Rosenbluth, professor of Economics (macro economics) at the University of British Columbia that, "The early retirements balance out the ones that postpone their retirements". I concur with this statement, based on the evidence before me. [References omitted.]

The University of Alberta's own records show that of the 80 retirements which took place in 1985 and 1986, 47 were early and 33 were regular. Even if the age cap were removed, the vast majority of faculty would continue to retire at age 65 or earlier.

While the rate of hiring in Canadian universities has declined in the last decade, the cause is not recalcitrant older academics refusing to retire, but a government policy of fiscal restraint and the population bulge caused by the baby boom. As Michael Krashinsky, an expert before the Board, wrote at p. 48 of "The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict", *supra*:

... the issue of faculty renewal is something of a red herring. There has been precious little renewal in recent years, despite mandatory retirement, due largely to gov-

L'âge moyen de la retraite chez les travailleurs en général peut même diminuer davantage, en raison de la popularité croissante de la retraite anticipée. Aux États-Unis, par exemple, même si l'âge de la retraite a été porté de 65 à 70 ans, l'âge moyen de la retraite a baissé de 63 ans à 62 ans. On prévoit des pénuries de main-d'œuvre pour les années 1990 en raison de l'effet combiné de la popularité de la retraite anticipée et des tendances démographiques actuelles (voir Robert C. Ford et Myron D. Fottler, «Flexible Retirement: Slowing Early Retirement of Productive Older Employees», [1985] *Human Resource Planning* 147, à la p. 147, et James W. Walker et Harriet L. Lazer dans *The End of Mandatory Retirement: Implications for Management* (1978), à la p. 7). La commission a fait le commentaire suivant, à la p. D/4474:

[TRADUCTION] Avec la popularité croissante des options de retraite flexible, la retraite obligatoire perd de plus en plus de son importance comme facteur de renouvellement. En fait, dans son témoignage, M. Gideon Rosenbluth, professeur d'économie (macro-économie) à l'Université de la Colombie-Britannique, a déclaré que «[l]es retraites anticipées contrebalancent celles qui sont reportées». Je suis d'accord avec cette déclaration, en me fondant sur la preuve produite devant moi. [Les références sont omises.]

Les propres dossiers de l'Université de l'Alberta montrent que sur les 80 mises à la retraite qui ont eu lieu en 1985 et en 1986, 47 étaient anticipées et 33 étaient régulières. Même si la limite d'âge était enlevée, la vaste majorité des professeurs continuerait à prendre leur retraite à 65 ans ou avant.

Si le taux d'embauche dans les universités canadiennes a baissé au cours de la dernière décennie, ce n'est pas dû à de vieux professeurs récalcitrants qui refusent de prendre leur retraite, mais bien à une politique de restrictions financières et au gonflement de population causé par le «baby boom». Comme l'a écrit Michael Krashinsky, expert devant la commission, à la p. 48 de «The Case for Eliminating Mandatory Retirement: Why Economics and Human Rights Need Not Conflict», *loc. cit.*:

[TRADUCTION] ... la question du renouvellement du corps professoral est en quelque sorte un faux-fuyant. Il y a eu très peu de renouvellement au cours des dernières

ernment policy that has cut real allocations to the universities, and exacerbated by the skewed age distribution of the faculty. Furthermore, the Bovey Commission itself suggested that short-term government funding be provided to reduce the transitional impact of eliminating mandatory retirement, financing new appointments until expected retirements materialized. Faculty renewal, therefore, has little to do with mandatory retirement and everything to do with public policy, and blaming older faculty members who do not wish to retire for the problem is unreasonable. [Emphasis added.]

The Court of Queen's Bench too identified the "real villain" in this situation as the demographic bulge of academics currently in their forties, and noted that increased attention paid to the performance of professors could well alleviate the problem of academic renewal (see p. 248).

Finally, it is deeply offensive to the notion of human rights that a private employer should offer up a disadvantaged group as a sacrificial lamb to another group in the absence of a legislative mandate, or compelling evidence that this is either desirable or necessary. Despite my colleague Cory J.'s oblique reference to affirmative action, there is no proof in this case that the policy of mandatory retirement of professors over the age of 65 is linked in any way to the promotion of the hiring of women or other traditionally underrepresented groups within Canadian university faculties. While his call for "inter-generational equity" may be laudable, the "young" have not traditionally and are not today regarded as a disadvantaged group.

Even if there were competition between two truly disadvantaged groups in this case, surely we would not even consider permitting private employers to make the choice between them if the group that was being penalized was anyone other

années, malgré la retraite obligatoire; ce phénomène est dû en grande partie à la politique gouvernementale de réduction des subventions réelles aux universités, et il est exacerbé par une distribution inégale par âge des professeurs. De plus, la Commission Bovey elle-même a suggéré d'accorder une subvention gouvernementale à court terme visant à réduire l'effet transitionnel de l'élimination de la retraite obligatoire, en finançant de nouvelles nominations jusqu'à ce que les retraites prévues se matérialisent. Par conséquent, le renouvellement du corps professoral a très peu de rapports avec la retraite obligatoire et beaucoup de rapports avec la politique d'intérêt public, et il est déraisonnable de faire porter la responsabilité du problème aux professeurs plus âgés qui ne souhaitent pas prendre leur retraite. [Je souligne.]

La Cour du Banc de la Reine a aussi identifié comme «vrai responsable» de cette situation le gonflement démographique de professeurs actuellement dans la quarantaine, et noté que le fait de porter une plus grande attention au rendement des professeurs pourrait fort bien réduire le problème du renouvellement du corps professoral (voir la p. 248).

Enfin, c'est faire une grave entorse à la notion des droits de la personne que de permettre à un employeur privé d'offrir un groupe désavantageé comme agneau sacrificiel pour un autre groupe en l'absence d'un mandat d'origine législative ou d'une preuve convaincante établissant que cela est souhaitable ou nécessaire. Malgré l'allusion de mon collègue le juge Cory à la promotion sociale, aucune preuve n'établit en l'espèce que la politique de mise à la retraite obligatoire des professeurs de plus de 65 ans est liée de quelque façon à la promotion de l'embauche de femmes ou d'autres groupes traditionnellement sous-représentés dans les facultés universitaires canadiennes. Même si son appel en faveur de l'«équité entre les générations» peut être louable, les «jeunes» n'ont jamais été considérés traditionnellement comme un groupe désavantageé et ils ne le sont pas plus aujourd'hui.

Même s'il y avait concurrence entre deux groupes vraiment désavantageés en l'espèce, nous ne songerions certainement pas à permettre à des employeurs privés de faire un choix entre eux si le groupe ainsi pénalisé était constitué d'autres

than the elderly. Imagine, for example, the reaction if a university announced that it would arbitrarily fire a certain number of physically handicapped professors in order to make room on faculty for women and racial minorities. Yet, under the *IRPA*, discrimination on the basis of age is proscribed in exactly the same terms as discrimination on the basis of physical handicap, gender and race. I fail to see why this Court should make a distinction where the legislature has not in its treatment of groups disadvantaged by stereotype and prejudice.

membres que des personnes âgées. Imaginez, par exemple, quelle serait la réaction si une université annonçait la mise à pied arbitraire d'un certain nombre de professeurs souffrant de déficiences physiques afin de libérer des postes pour des femmes et des minorités raciales. Pourtant, en vertu de l'*IRPA*, la discrimination fondée sur l'âge est interdite dans les mêmes termes que la discrimination fondée sur la déficience physique, sur le sexe et sur la race. Je ne puis voir pourquoi notre Cour devrait établir une distinction là où le législateur ne l'a pas fait dans le traitement qu'il a accordé à des groupes désavantagés en raison de stéréotypes et de préjugés.

Hence, in my opinion, the respondent University has failed to prove a rational link between the goal of faculty renewal and its policy of mandatory retirement.

À mon avis, l'Université intimée n'a donc pas réussi à prouver l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif du renouvellement du corps professoral et sa politique de mise à la retraite obligatoire.

### (c) *Institutional Planning*

The institutional planning argument is, in many ways, an adjunct to the academic renewal argument, except that it appeals more explicitly to administrative efficiency and costs. According to the University, mandatory retirement is necessary because it allows the administration to plan ahead, secure in the knowledge that every professor will retire at age 65.

L'argument de la planification de l'établissement est, à bien des égards, un argument auxiliaire à celui du renouvellement du corps professoral, sauf qu'il fait plus explicitement appel à l'efficacité et aux coûts administratifs. Selon l'Université, la mise à la retraite obligatoire est nécessaire parce qu'elle permet à la direction de planifier avec l'assurance que chaque professeur prendra sa retraite à 65 ans.

In dismissing this argument, I refer simply to the findings of fact of the Board of Inquiry, which wrote at p. D/4473:

With so many uncertainties in the planning process, I cannot accept mandatory retirement being vital to the process. Early retirement . . . for example has become increasingly popular among the academic staff, essentially being available anywhere between ages 55-65. Illness and death of academic staff cannot be predicted. The level of government funding varies annually; student enrolment and course selection vary from year to year. In total the number of uncertain factors overwhelm the one constant of mandatory retirement.

En rejetant cet argument, je me réfère simplement aux conclusions de fait de la commission d'enquête, qui a écrit, à la p. D/4473:

[TRADUCTION] Avec autant d'incertitudes dans le processus de planification, je ne puis accepter que la retraite obligatoire soit indispensable au processus. La retraite anticipée [...] par exemple devient de plus en plus populaire chez les professeurs, qui peuvent essentiellement la prendre entre 55 ans et 65 ans. La maladie et le décès des membres du corps enseignant ne peuvent être prédits. Le niveau de financement par l'État varie annuellement; les inscriptions des étudiants et les choix de cours varient d'année en année. Somme toute, le nombre de facteurs d'incertitude dépasse de beaucoup la constante de la retraite obligatoire.

As the Court of Queen's Bench pointed out, other variables, such as resignations, deaths, and early retirement, are predicted with relative certainty by means of statistical forecasts. The slight inconvenience which inevitably remains cannot be used, alone, as a justification for the denial of equality on the basis of age.

(d) *Retirement with Dignity*

Of all the arguments put forth by the University, this is the one which stems most clearly from stereotype. It depends entirely on the idea that professors who reach the age of 65 must necessarily fear assessment on the basis of their performance, because that performance has necessarily declined rapidly with age. Given that the evidence conclusively refutes the myth of universal decline, and that peer evaluation is an effective tool for identifying incompetence, in my view this proposition clearly fails at the outset.

I find it curious, however, that this argument is associated with dignity. Faculty members such as Dr. Dickason, who have contributed significantly until age 65, must find particularly demeaning the insinuation that they have been allowed to "coast" to retirement. As I commented in *McKinney* at p. 430:

The threat that an evaluation scheme will "constitute a demeaning affront to individual dignity" (at p. 284) is difficult to accept. Are objective standards of job performance a demeaning affront to individual dignity? Certainly not when measured against the prospect of getting "turfed-out" automatically at a prescribed age, and witnessing your younger ex-colleagues persevere in condoned relative incompetence on the strength of a "dignifying" tenure system.

Surely those who have worked hard all their lives would prefer to be treated as the equals of their younger colleagues, rather than being suffered on the assumption that age makes them redundant. In the words of the Board, "such practice does little to maintain the dignity of either the individual pro-

Comme l'a souligné la Cour du Banc de la Reine, d'autres variables, comme les démissions, les décès et la retraite anticipée, sont prévues avec une certitude relative grâce à des prévisions statistiques. Le léger inconvénient qui subsiste inévitablement ne peut servir à lui seul à justifier une atteinte à l'égalité fondée sur l'âge.

b) *d) La mise à la retraite dans la dignité*

De tous les arguments avancés par l'Université, c'est celui qui a le plus clairement sa source dans un stéréotype. Il dépend entièrement de l'idée selon laquelle les professeurs qui atteignent l'âge de 65 ans doivent nécessairement craindre d'être évalués en fonction de leur rendement, car invariablement, ce rendement décline rapidement avec l'âge. Puisque la preuve réfute de façon concluante le mythe du déclin universel et que l'évaluation par les pairs est un outil efficace pour déceler l'incompétence, j'estime que, d'entrée de jeu, cette proposition n'est manifestement pas fondée.

Je trouve toutefois curieux que cet argument soit associé à la dignité. Des professeurs comme M<sup>me</sup> Dickason, qui ont fourni un apport important jusqu'à l'âge de 65 ans, doivent trouver particulièrement avilissante l'insinuation selon laquelle on leur a permis de «se laisser glisser sur leur erre» jusqu'à la retraite. Comme je l'ai affirmé dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 430:

g) La menace qu'un régime d'évaluation «constituerait un grave affront à la dignité personnelle» (à la p. 284) est difficile à accepter. Les normes objectives d'évaluation du rendement au travail constituent-elles un grave affront à la dignité personnelle? Certainement pas lorsqu'on les compare à la perspective d'être [TRADUCTION] «viré» automatiquement à un âge précis, et que l'on voit ses ex-collègues plus jeunes continuer à accepter une incompétence relative au nom de la «dignité» que procure un régime de permanence.

Ceux qui ont travaillé fort toute leur vie préféreraient certainement être traités comme les égaux de leurs collègues plus jeunes, plutôt que d'être tolérés parce que l'âge les rendrait superflus. Pour reprendre les termes de la commission, [TRADUCTION] «une telle pratique contribue très peu à pro-

fessor concerned or the University as an institution of scholarship" (p. D/4478).

Having concluded that the University has failed to prove a rational connection between any of its objectives and its impugned policy of mandatory retirement, it is not strictly necessary for me to discuss the proportionality of the policy to the goals or the issue of non-discriminatory alternatives. However, since my colleague has dealt with these questions, I will address them briefly as well.

### Minimal Impairment

According to my colleague Cory J., the policy of mandatory retirement withstands the minimal impairment test because "[n]o obvious alternative policy exists which would achieve the same results without restricting the individual rights of faculty members" (pp. 1137-38). In my view, this conclusion is untenable given the strict standard of scrutiny mandated under the *Oakes* test and applied by this Court in employment discrimination cases. The University, upon which the burden falls to show the reasonability and justifiability of its discriminatory policy, has not presented convincing evidence as to why alternative non-discriminatory practices would not achieve the same results as or better results than mandatory retirement at age 65.

Assessments are already used to review the performance of individual professors throughout their careers, without posing a threat to academic freedom. Peer evaluation can and does distinguish between incompetence and unpopular academic views. Its use may increase the value of tenure, since it ensures that substandard performance is not rewarded. Based on objective assessment, peer evaluations offer a far more dignified approach to academic work than the assumption that all those over a certain age should be allowed to coast to retirement. Hence, such evaluations are infinitely

mouvoir la dignité du professeur concerné ou celle de l'université comme institution d'enseignement» (à la p. D/4478).

Comme j'ai conclu que l'Université n'avait pas réussi à prouver l'existence d'un lien rationnel entre l'un ou l'autre de ses objectifs et sa politique attaquée de mise à la retraite obligatoire, il ne m'est pas strictement nécessaire d'examiner la question de la proportionnalité de la politique et des objectifs, ou la question des autres solutions non discriminatoires. Toutefois, puisque mon collègue a traité de ces questions, je les aborderai brièvement à mon tour.

### L'atteinte minimale

Selon mon collègue le juge Cory, la politique de mise à la retraite obligatoire satisfait aux critères de l'atteinte minimale puisqu'«[i]l n'y a pas d'autre politique évidente qui permette d'obtenir les mêmes résultats sans restreindre les droits individuels des membres du corps professoral» (aux pp. 1137 et 1138). À mon avis, cette conclusion est insoutenable en raison de la norme stricte d'examen exigée en vertu du critère de l'arrêt *Oakes* et appliquée par notre Cour dans des affaires de discrimination dans l'emploi. L'Université, à qui incombe le fardeau de démontrer le caractère raisonnable et justifiable de sa politique discriminatoire, n'a pas présenté de preuve convaincante quant aux raisons pour lesquelles d'autres pratiques non discriminatoires ne permettraient pas d'atteindre les mêmes résultats, voire de meilleurs résultats, que la mise à la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans.

Des évaluations permettent déjà d'examiner le rendement des professeurs pendant leur carrière, sans menacer la liberté universitaire. L'évaluation par les pairs permet en théorie et en pratique d'établir une distinction entre l'incompétence et l'impopularité des points de vue exprimés par les universitaires. Son utilisation peut rehausser la valeur de la permanence puisqu'elle fait en sorte que le rendement inférieur à la norme ne soit pas récompensé. Parce qu'elles sont fondées sur une appréciation objective, les évaluations par les pairs offrent une façon beaucoup plus digne de traiter le

preferable to the blanket policy of dismissal without cause on the basis of a stereotype of declining ability with age.

Encouragement of early retirement is another non-discriminatory alternative that would achieve the University's goals. My colleague Cory J. has given this option short shrift, claiming that it "would not necessarily achieve the numbers or certainty of vacancies among faculty that are required for renewal" (p. 1137). In fact, the evidence before the Board and before this Court indicates that statistical projections could be used to predict the rate of vacancies without mandatory retirement, and that the flow of retirement would return to its initial level within five years.

Of course, the search for alternatives is premised on the idea that the elimination of mandatory retirement will have a significant impact at the University of Alberta. However, the University has not presented any evidence to this effect from other academic institutions where mandatory retirement has been eliminated. There is no doubt that the University genuinely fears that dire consequences will follow the elimination of mandatory retirement, but these apprehensions are insufficient alone to satisfy its evidentiary burden. In fact, the evidence clearly suggests that the effect of eliminating mandatory retirement at the University of Alberta will be minimal, recalling the small number of professors who will wish to remain after age 65. The negligible impact of the removal of the policy can readily be gauged by the experience of academic institutions in Quebec, Manitoba, and the United States.

I accordingly agree with both the Board and the Court of Queen's Bench that the University's policy of mandatory retirement does not meet the minimal impairment test.

travail universitaire que la présomption selon laquelle tous les professeurs au-delà d'un certain âge devraient pouvoir se laisser glisser sur leur erre jusqu'à la retraite. Par conséquent, de telles évaluations sont infiniment préférables à la politique générale de renvoi sans motif fondée sur un stéréotype de perte de capacité avec l'âge.

b L'incitation à la retraite anticipée est une autre mesure non discriminatoire qui permettrait d'atteindre les objectifs de l'Université. Mon collègue le juge Cory a expédié cette option sans ménagement, en prétendant qu'elle «ne permettrait pas nécessairement d'obtenir avec certitude, au sein du corps professoral, le nombre de postes vacants requis pour assurer le renouvellement» (à la p. 1137). En fait, la preuve produite devant la commission et devant notre Cour indique qu'on pourrait utiliser des projections statistiques pour prédire le taux de vacance advenant l'abolition de la retraite obligatoire, et que le mouvement de retraite reviendrait à son niveau initial en moins de cinq ans.

e La recherche d'autres solutions suppose, bien sûr, que l'élimination de la retraite obligatoire aura un effet important pour l'Université de l'Alberta. Celle-ci n'a cependant présenté à cet égard aucune preuve tirée de l'expérience d'autres établissements universitaires où la retraite obligatoire a été abrogée. Il ne fait aucun doute que l'Université craint vraiment que l'élimination de la mise à la retraite obligatoire entraîne des conséquences néfastes, mais ces appréhensions ne suffisent pas, en elles-mêmes, à libérer l'intimité de la charge de la preuve qui lui incombe. En fait, la preuve indique clairement que l'effet de l'élimination de la retraite obligatoire à l'Université de l'Alberta serait minimal, compte tenu du petit nombre de professeurs qui souhaiteront continuer à travailler après 65 ans. On peut facilement jauger l'effet négligeable de l'abrogation de cette politique par l'expérience d'établissements universitaires au Québec, au Manitoba et aux États-Unis.

j Je reconnaiss donc avec la commission et avec la Cour du Banc de la Reine que la politique de mise à la retraite obligatoire de l'Université ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale.

Proportionality

Again, my colleague Cory J. disposes of the issue of proportionality very briefly, writing (at p. 1138):

Without question, mandatory retirement constitutes *prima facie* discrimination. Those faculty members who, like Professor Dickason, would choose to continue working past the age of 65 will suffer from the denial of this opportunity. Yet these individuals have the benefit of secure and reasonable pensions. The policy forms part of a collective agreement which benefits, as a whole, the academic staff of the University. In this context, the effects of the *prima facie* discrimination are proportional to the legitimate objectives served.

First of all, any conclusions regarding pensions are unfounded in this case, the University having failed to adduce any evidence whatsoever on economic consequences of the elimination of its policy. With respect to the acquiescence to mandatory retirement by the faculty in the collective agreement, as I concluded earlier, this cannot be used as an indication of the reasonability of the policy, since a law in force at the time Dr. Dickason was awarded tenure required that this provision be included. Nor can the administrative and financial burden of setting up alternative policies be considered a strong argument on this point, since the peer evaluation system is already in place and the cost of encouraging early retirement would be negligible.

Thus, benefits to the University as a result of its discriminatory policy are, to say the least, unproved. Yet forced retirement at age 65 can have a devastating effect on individuals like Dr. Dickason. Some individuals in her position may be financially ill-prepared for retirement. Although the elderly make up only 10 per cent of Canada's population, they represent 42 per cent of the poor; see Alan Roadburg, *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada* (1984), at p. 22 et seq. Women are penalized, in particular, because they tend to have lower paying jobs which are less likely to offer pension coverage, and they often interrupt their careers to raise families. (These

La proportionnalité

Encore une fois, mon collègue le juge Cory tranche la question de la proportionnalité très rapidement, lorsqu'il dit (à la p. 1138):

La retraite obligatoire constitue indubitablement de la discrimination à première vue. Les membres du corps professoral qui, à l'instar du professeur Dickason, choisirraient de continuer à travailler après avoir atteint 65 ans vont souffrir du fait qu'on leur refuse cette possibilité. Malgré tout, ces personnes bénéficient de pensions sûres et raisonnables. La politique fait partie d'une convention collective qui, dans son ensemble, profite au corps professoral de l'Université. Dans ce contexte, les effets de la discrimination à première vue sont proportionnels aux objectifs légitimes visés.

En premier lieu, toute conclusion sur les pensions est dénuée de fondement en l'espèce puisque l'Université n'a produit aucune preuve quant aux conséquences économiques de l'élimination de sa politique. En ce qui a trait à l'assentiment des professeurs à la retraite obligatoire dans la convention collective, comme je l'ai déjà dit, il ne peut servir à établir le caractère raisonnable de la politique puisqu'une loi en vigueur au moment où Mme Dickason a obtenu sa permanence exigeait l'inclusion de cette disposition. On ne peut non plus considérer le fardeau administratif et financier de l'instauration d'autres politiques comme un argument concluant sur ce point puisque le système d'évaluation par les pairs est déjà en vigueur et que l'incitation à la retraite anticipée n'entraînerait qu'un coût négligeable.

Par conséquent, et c'est le moins qu'on puisse dire, les bénéfices que l'Université retirerait de sa politique discriminatoire n'ont pas été démontrés. En revanche, la retraite forcée à l'âge de 65 ans peut avoir un effet dévastateur pour des personnes comme Mme Dickason. Certaines personnes dans la même situation qu'elle peuvent être financièrement mal préparées à la retraite. Même si elles ne constituent que 10 pour 100 de la population du Canada, les personnes âgées représentent 42 pour 100 des pauvres; voir Alan Roadburg, *Aging: Retirement, Leisure and Work in Canada* (1984), aux pp. 22 et suivantes. Les femmes en particulier sont désavantagées, parce qu'elles ont habituellement

socio-economic patterns, combined with private and government pension plans which are calculated on years of participation in the work force, in some ways make mandatory retirement at age 65 as much an issue of gender as of age discrimination.) According to one study, only people in the top 25 per cent of earning brackets can provide for themselves in old age, since both savings and proceeds from indexed pensions are ravaged by inflation (see Roadburg, *supra*, at p. 24).

des emplois moins rémunérateurs et moins susceptibles d'offrir des régimes de pensions, et qu'elles interrompent souvent leur carrière pour élever leur famille. (En raison de ces caractéristiques socio-économiques et des régimes privés et gouvernementaux de pensions qui sont établis en fonction des années de travail, la retraite obligatoire à 65 ans devient à certains égards une question de discrimination fondée autant sur le sexe que sur l'âge.) Selon une étude, seules les personnes dont les revenus se situent dans les 25 premiers centiles peuvent subvenir à leurs besoins au cours de la retraite, puisque les épargnes et les pensions de retraite indexées sont rongées par l'inflation (voir Roadburg, *op. cit.*, à la p. 24).

For an academic, the consequences of retirement include not only the loss of full income, but loss of access to computers, books, students, laboratories and other resources. As the Board found, the awarding of the status of professor emeritus is a poor substitute, since it confers almost no access to University facilities. Mandatory retirement for a professor hence means not only the loss of a job, but the denial of resources essential to any work at all.

Pour un universitaire, la retraite entraîne non seulement la perte du revenu maximal, mais aussi celle de l'accès aux ordinateurs, aux livres, aux étudiants, aux laboratoires et aux autres ressources. Comme l'a constaté la commission, le fait d'attribuer le statut de professeur émérite constitue un piètre succédané, puisque ce statut ne confère pratiquement aucun accès aux ressources de l'université. Pour un professeur, la retraite obligatoire signifie donc non seulement la perte d'un emploi, mais aussi la privation de ressources essentielles à tout travail.

Moreover, the psychological effects of forced retirement may be as harmful as financial consequences. This Court remarked in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, *supra*, at p. 368:

De plus, les effets psychologiques de la retraite forcée peuvent être aussi nocifs que les conséquences financières. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, précité, à la p. 368, notre Cour a fait la remarque suivante:

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. [Je souligne.]

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. [Emphasis added.]

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. Selon Roadburg, *op. cit.*, aux pp. 12 et 13:

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. According to Roadburg, *supra*, at pp. 12-13:

... the effects of retiring voluntarily, as opposed to forced retirement owing to company policy or health reasons, may be significant. For example, researchers have found that voluntary retirees are more likely to have a positive attitude and a higher level of satisfaction compared with non voluntary retirees. . . . This result may be expected especially in a nation which professes to follow democratic principles of equality and freedom.

The American Medical Association's assessment is even more dramatic, as reported by Walker and Lazer, *supra*, at pp. 11-13:

... the American Medical Association, in opposing mandatory retirement at any age, observed that the sudden shock of compulsory retirement and loss of earning power and productive work often leads to physical and emotional deterioration and premature death. [Emphasis added.]

The devastating effects that forced retirement has on a worker's finances, health, and self-esteem are grossly disproportionate to any advantages accruing to the University by its discriminatory practice of firing professors on the basis of their age, and this aspect of the applicable test under s. 11.1 of the *IRPA* has not been met.

## Conclusion

For all these reasons, the University's policy of mandatory retirement at age 65 is not reasonable and justifiable under s. 11.1 of the *IRPA*. To borrow the words of Michael Krashinsky, *supra*, at p. 49, quoting J. R. London, "Universities Should Prepare for Abolition of Mandatory Retirement", *University of Toronto Bulletin*, June 6, 1983, p. 10:

Historically, all advances in human rights have been opposed by those with vested interests, who inevitably have predicted all manner of resulting evil and destruction. My own view is that the benefits of eliminating "ageism" from our employment systems far out-weigh

[TRADUCTION] ... les effets de la retraite volontaire, par opposition à la retraite forcée en vertu de la politique de la compagnie ou pour des raisons de santé, peuvent être importants. Par exemple, les chercheurs ont trouvé que les personnes qui ont pris leur retraite volontairement sont plus susceptibles d'avoir une attitude positive et un niveau de satisfaction plus élevé par comparaison à celles qui ont été forcées de prendre leur retraite [ . . . ] Ce résultat est encore plus prévisible dans un pays qui prétend respecter les principes démocratiques de l'égalité et de la liberté.

L'évaluation faite par l'American Medical Association est encore plus impressionnante, comme le rapportent Walker et Lazer dans leur ouvrage, *op. cit.*, aux pp. 11 à 13:

[TRADUCTION] ... l'American Medical Association, qui s'oppose à la retraite obligatoire à tout âge, a fait observer que le choc soudain de la retraite obligatoire comme de la perte de la capacité de gain et du travail productif conduit souvent à une détérioration physique et émotionnelle qu'à une mort prématurée. [Je souligne.]

Les effets dévastateurs de la retraite forcée sur la situation financière, la santé et la dignité d'un travailleur sont grandement disproportionnés à tout avantage que peut retirer l'Université de sa pratique discriminatoire de renvoi des professeurs en fonction de leur âge; cet aspect du critère applicable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA* n'a pas été satisfait.

## Conclusion

Pour tous ces motifs, la politique de l'Université de mise à la retraite obligatoire à 65 ans n'est ni raisonnable ni justifiable en vertu de l'art. 11.1 de l'*IRPA*. Pour reprendre les termes de Michael Krashinsky, *op. cit.*, à la p. 49, citant J. R. London, «Universities Should Prepare for Abolition of Mandatory Retirement», *University of Toronto Bulletin*, 6 juin 1983, à la p. 10:

[TRADUCTION] Historiquement, tous les progrès en matière de droits de la personne ont été combattus par les nantis, qui prédisaient inévitablement toutes sortes de conséquences néfastes et désastreuses. À mon avis, les bénéfices qu'on peut tirer de l'élimination de la discrimination fondée sur l'âge dans nos systèmes d'emploi dépassent nettement les coûts. On ne peut tolérer que des personnes soient victimes de stéréotypes. On

the costs. Stereotypical victimization cannot be tolerated. Administrative inconvenience can.

The appeal should be allowed, the decision of the Court of Appeal reversed and the judgment of the Queen's Bench reinstated, the whole with costs.

The following are the reasons delivered by

**SOPINKA J. (dissenting)**—I have had the privilege of reading the reasons of my colleagues L'Heureux-Dubé and Cory JJ. While I agree with the conclusion and for the most part with the reasons of L'Heureux-Dubé J., I prefer to state my own reasons for arriving at a conclusion that may seem at variance with that of the majority in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, of which I was a member.

In *McKinney* we decided that mandatory retirement at a specified age was not constitutionally impermissible. Parliament or a provincial legislature by appropriate legislation could prohibit or permit it. The decision could be changed from time to time. If not prohibited by human rights legislation, the issue would be decided as between employer and employee. In the case of unionized employees, the issue would be dealt with in the collective bargaining process. This result was more democratic and thus more consistent with values of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This approach accorded some deference to the legislature, which was an important premise of the decision. La Forest J. stated (at pp. 304-5):

In undertaking this task, it is important again to remember that the ramifications of mandatory retirement on the organization of the workplace and its impact on society generally are not matters capable of precise measurement, and the effect of its removal by judicial fiat is even less certain. Decisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and other components. They are decisions of a kind where those engaged in the political and legislative activities of Canadian democracy have evident advantages over

peut cependant tolérer que le système administratif éprouve une certaine gêne.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour du Banc de la Reine, le tout avec dépens.

Version française des motifs rendus par

**LE JUGE SOPINKA (dissident)**—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et Cory. Je suis d'accord avec la conclusion et la majeure partie des motifs du juge L'Heureux-Dubé, mais je préfère exposer les motifs qui m'amènent à une conclusion qui peut sembler différente de celle de la majorité, dont je faisais partie, dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Dans l'arrêt *McKinney*, nous avons décidé que la retraite obligatoire à un âge déterminé n'est pas inacceptable du point de vue constitutionnel. Le Parlement ou une assemblée législative peut, par une loi appropriée, l'autoriser ou l'interdire. La décision peut être modifiée à l'occasion. Si les lois sur les droits de la personne ne l'interdisent pas, la question peut se régler entre l'employeur et l'employé. Si les employés sont syndiqués, la question fait partie des négociations collectives. Ce résultat est plus démocratique et, partant, plus compatible avec les valeurs reconnues dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cette démarche manifeste une certaine retenue à l'égard du législateur, ce qui constitue une prémissse importante de l'arrêt. Le juge La Forest a dit (aux pp. 304 et 305):

Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les

members of the judicial branch, as *Irwin Toy*, [[1989] 1 S.C.R. 927], at pp. 993-94, has reminded us.

I stated in my concurring reasons (at p. 446):

The current state of affairs in the country, absent a ruling from this court that mandatory retirement is constitutionally impermissible, is the following. The federal government and several provinces have legislated against it. Others have declined to do so. These decisions have been made by means of the customary democratic process and no doubt this process will continue unless arrested by a decision of this Court. Furthermore, employers and employees through the collective bargaining process can determine for themselves whether there should be a mandatory retirement age and what it should be. They have done so in the past, and the position taken by organized labour on this issue indicates that they wish this process to continue. A ruling that mandatory retirement is constitutionally invalid would impose on the whole country a regime not forged through the democratic process but by the heavy hand of the law. Ironically, the *Charter* would be used to restrict the freedom of many in order to promote the interests of the few.

The Province of Alberta, in its *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, c. I-2, as amended (the "IRPA"), has not legislated to prohibit mandatory retirement. Rather, by virtue of s. 11.1 of the IRPA, it has left that decision to employers and employees provided that where mandatory retirement is resorted to, the employer must satisfy a Board of Inquiry that this discriminatory practice is reasonable and justifiable.

The first question in this appeal is the meaning to be ascribed to the phrase "reasonable and justifiable". I agree with the Board of Inquiry, the courts below and my colleagues that the jurisprudence developed with respect to s. 1 of the *Charter* is a useful guide in applying s. 11.1 of the IRPA. There is also substantial agreement that in determining whether the proportionality factor has been met, the Court should not defer to the decision of an employer in the same way as in the case of a governmental actor. The rationale for this approach in the latter case is that in dealing with governmental actors, it is often difficult, if not impossible, to

membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, [[1989] 1 R.C.S. 927], aux pp. 993 et 994.

*a* Dans mes motifs concordants, j'ai dit (à la p. 446):

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. Qui plus est, les employeurs et les employés peuvent, dans le cadre du processus de la négociation collective, déterminer eux-mêmes s'il y a lieu de fixer un âge de retraite obligatoire et quel devrait être cet âge. Ils l'ont fait dans le passé et la position adoptée par les syndicats à l'égard de cette question indique qu'ils veulent que ce processus se poursuive. Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit. Ironiquement, la *Charte* serait utilisée pour limiter la liberté de bien des gens pour promouvoir les intérêts de quelques-uns.

Dans son *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, modifiée («IRPA»), la province d'Alberta n'a pas légiféré pour interdire la retraite obligatoire. En vertu de l'art. 11.1 de l'IRPA elle a plutôt laissé cette décision aux employeurs et employés sous réserve que, si on adopte la retraite obligatoire, l'employeur doit convaincre une commission d'enquête que cette pratique discriminatoire est raisonnable et justifiable.

La première question dans le présent pourvoi est le sens à attribuer à l'expression «raisonnable et justifiable». Comme la commission d'enquête, les cours d'instance inférieure et mes collègues, j'estime que la jurisprudence relative à l'article premier de la *Charte* constitue un guide utile dans l'application de l'art. 11.1 de l'IRPA. Je suis, pour l'essentiel, également d'accord que, pour déterminer si on a respecté le critère de proportionnalité, la cour ne devrait pas montrer, face à la décision d'un employeur, la même retenue que s'il s'agissait de la décision d'un acteur gouvernemental. La justification de cette dernière idée est que, dans le cas

prove in the ordinary way whether a particular measure will in fact achieve its objective. Accordingly, if Parliament, a legislature or other governmental body had a reasonable basis for concluding that the measure would achieve its objective, that is ordinarily a basis for concluding that there is a rational connection between the measure and the governmental objective. Accordingly, although the government could not prove that advertising toys on television had a manipulative effect on children, nor that hate propaganda actually promoted hatred against an identifiable group, nor that pornography caused harm to women, the fact that there was sufficient evidence to provide a reasonable basis for the legislature to adopt the impugned legislation in aid of its objective was sufficient to save it. See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452.

As my colleagues point out, we cannot use this same model when applying s. 11.1 to employers. My colleague L'Heureux-Dubé J. would apply the strict version of the test in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, while my colleague Cory J. would apply a more flexible test, with the *Oakes* test serving as a guideline.

In my view, it must be stressed that the tests developed for the application of s. 1 of the *Charter* and the defence to discrimination under human rights legislation, commonly referred to as BFORQ (*bona fide* occupational requirement or qualification), are similar. While the former as expounded in *Oakes* is more elaborate, they both require that the impugned measure bear a rational relationship to a legitimate objective. In the case of an employer, the objective is usually the efficient and economical operation of the employer's business or activity. Section 11.1, therefore, is essentially a generalized BFORQ which, while worded more generally than the provision with which we dealt in *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, serves

d'acteurs gouvernementaux, il est souvent difficile, voire impossible, d'établir de la façon habituelle qu'une mesure donnée atteindra effectivement son objectif. Par conséquent, si le législateur (fédéral ou provincial) ou un organisme gouvernemental avait un motif raisonnable de conclure que la mesure atteindrait son objectif, cela permet ordinairement de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif gouvernemental. Par conséquent, bien que le gouvernement n'ait pas pu établir que la publicité de jouets à la télévision avait un effet manipulateur sur les enfants, ni que la propagande haineuse favorisait la haine contre un groupe identifiable, ni que la pornographie causait du tort aux femmes, l'existence d'une preuve suffisante sur laquelle le législateur pouvait raisonnablement se fonder pour adopter la loi contestée dans la poursuite de son objectif permettait de la sauvegarder. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, et *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

Comme le signalent mes collègues, ce même modèle ne saurait servir pour appliquer l'art. 11.1 aux employeurs. Ma collègue le juge L'Heureux-Dubé utiliserait la version stricte du critère établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, tandis que mon collègue le juge Cory aurait recours à un critère plus souple, celui de l'arrêt *Oakes* servant de ligne directrice.

À mon avis, il faut souligner que le critère mis au point pour l'application de l'article premier de la *Charte* et celui qui a trait au moyen de défense opposable à une accusation de discrimination portée en vertu d'une loi sur les droits de la personne, communément appelé EPN (exigence professionnelle normale), sont similaires. Bien que le premier, énoncé dans l'arrêt *Oakes*, soit plus complexe, tous les deux exigent que la mesure contestée ait un lien rationnel avec un objectif légitime. Dans le cas d'un employeur, l'objectif est ordinairement le fonctionnement efficace et économique de son entreprise ou affaire. L'article 11.1 est donc essentiellement une EPN plus large qui, bien que formulée en termes plus généraux que la disposition examinée dans notre arrêt *Commission*

the same purpose. Accordingly, while it is appropriate to apply the jurisprudence developed under s. 1 as a guideline, when that guideline is wanting we should interpret s. 11.1 by reference to the jurisprudence relating to the BFORQ. In this regard I therefore see no reason to depart from the test which was enunciated by McIntyre J. in *Etobicoke* and adopted by Beetz J. in *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279. In the latter case, Beetz J. stated, at p. 311:

The respondent must also demonstrate that the aptitude or qualification is related in an objective sense to the performance of the employment concerned. McIntyre J. suggested in *Etobicoke* that the purpose of the objective test is to determine whether the employment requirement is "reasonably necessary" to assure the performance of the job.

What is reasonably necessary is a question of fact to be determined by a Board of Inquiry subject to appeal proceedings as authorized by the human rights code. All the circumstances must be taken into account. I would include any agreement or collective agreement between the employer and employees. This is a factor, but I agree with L'Heureux-Dubé J. that in this case, for the reasons that she gives, it has little or no weight.

I would allow the appeal because the Board of Inquiry found on the evidence that the connection between the respondent university's objective and its mandatory retirement policy was weak. Moreover, the Board found that there were other more reasonable means for the respondent university to achieve its objectives. No valid reason for disturbing these findings has been made out. My colleague Cory J. correctly points out that by virtue of s. 33(2) of the *IRPA*, an appellate court is empowered to substitute its opinion for that of the Board of Inquiry. That does not, however, justify a conclusion that no attention need be paid to findings of fact by the Board. As the trier of fact, the Board of Inquiry is entitled to the benefit of the principle that its findings should not be set aside unless they

*ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, sert la même fin. Par conséquent, bien qu'il convienne d'appliquer comme ligne directrice la jurisprudence établie relativement à l'article premier, lorsque cette ligne directrice est insuffisante, nous devrions interpréter l'art. 11.1 en fonction de la jurisprudence relative à l'EPN. À cet égard, je ne vois donc aucune raison de m'écartier du critère qu'a énoncé le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke* et qu'a adopté le juge Beetz dans l'arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279. Dans ce dernier arrêt, le juge Beetz a dit à la p. 311:

L'intimée doit prouver en outre que l'aptitude ou la qualité se rapporte objectivement à l'exercice de l'emploi en question. Le juge McIntyre laisse entendre dans l'arrêt *Etobicoke* que le critère objectif sert à déterminer si l'exigence en matière d'emploi est «raisonnablement nécessaire» pour assurer l'exécution du travail.

Ce qui est raisonnablement nécessaire est une question de fait que doit trancher une commission d'enquête sous réserve des procédures d'appel autorisées par le code des droits de la personne. Il faut tenir compte de toutes les circonstances. J'inclurais toute entente ou toute convention collective intervenue entre l'employeur et les employés. C'est un facteur, mais je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que, pour les raisons qu'elle donne, il a peu ou pas de valeur en l'espèce.

J'accueillerais le pourvoi parce que la commission d'enquête a conclu, suivant la preuve, que le lien entre l'objectif de l'Université intimée et sa politique de retraite obligatoire est faible. En outre, la commission a conclu qu'il existe d'autres moyens plus raisonnables qui permettraient à l'Université intimée d'atteindre ses objectifs. On n'a présenté aucune raison valable de modifier ces conclusions. Mon collègue le juge Cory signale avec raison que le par. 33(2) de l'*IRPA* donne à une cour d'appel le pouvoir de substituer son opinion à celle de la commission d'enquête. Cela ne justifie cependant pas la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte des conclusions de fait de la commission. En tant que juge des faits, la commission d'enquête a le droit de bénéficier du principe

were induced by an error of law or for some other valid reason are shown to be clearly wrong. The assessment of the facts by the trier of fact should not be disturbed by an appellate court in the absence of a palpable and overriding error. See *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, and *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351. This principle applies to all triers of fact whether or not they are accorded any special curial deference. There is a natural temptation in this case to apply the findings made by the majority in *McKinney* to the facts of this case. This is essentially what occurred in the Court of Appeal. This is not what was intended by *McKinney*. As I stated above, *McKinney* left a legislature free to decide on mandatory retirement or to delegate that decision to employers and employees. The legislature of Alberta has done that. It provides for a hearing before a Board of Inquiry. A hearing has been held in this matter. To reverse that decision because it fails to conform to *McKinney* would make a sham out of the hearing process and negate a basic premise on the basis of which *McKinney* was decided by this Court.

que ses conclusions ne devraient pas être écartées à moins qu'elles ne soient le résultat d'une erreur de droit ou que, pour quelque autre raison valable, elles ne paraissent clairement erronées. Une cour d'appel ne devrait pas modifier l'appréciation des faits du juge des faits s'il n'y a pas eu d'erreur manifeste et dominante. Voir les arrêts *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, et *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351. Ce principe s'applique à tous les juges des faits, peu importe qu'ils bénéficient ou non d'une retenue judiciaire particulière. Nous sommes tout naturellement tentés d'appliquer aux faits de la présente espèce les conclusions que notre Cour à la majorité a tirées dans l'arrêt *McKinney*. C'est essentiellement ce qu'a fait la Cour d'appel. Ce n'est pas ce qu'a voulu l'arrêt *McKinney*. Comme je l'ai dit précédemment, cet arrêt a laissé le législateur libre de prendre une décision quant à la retraite obligatoire ou de confier cette décision aux employeurs et employés. C'est ce qu'a fait le législateur albertain en prévoyant une audience devant une commission d'enquête. Il y a eu audience en l'espèce. Infirmer cette décision parce qu'elle ne se conforme pas à l'arrêt *McKinney* ferait de l'audience un trompe-l'œil et nierait une prémissse fondamentale sur laquelle notre Cour a fondé l'arrêt *McKinney*.

J suis d'avis de trancher ce pourvoi de la façon que propose le juge L'Heureux-Dubé.

*Pourvoi rejeté sans dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA et McLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante: Chivers, Greckol & Kanee, Edmonton.*

*Procureurs des intimés les gouverneurs de l'Université de l'Alberta: Field & Field Perraton i Masuch, Edmonton.*

*Procureur de l'intimée l'Alberta Human Rights Commission: L'Alberta Human Rights Commission, Edmonton.*

I would dispose of this appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

*Appeal dismissed without costs, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA and McLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Chivers, Greckol & Kanee, Edmonton.*

*Solicitors for the respondents the Governors of the University of Alberta: Field & Field Perraton Masuch, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent the Alberta Human Rights Commission: The Alberta Human Rights Commission, Edmonton.*