

Federal Court



Cour fédérale

**Date: 27 janvier 2014**

**Dossiers : T-1428-11  
T-1453-11  
T-1463-11  
T-971-12  
T-979-12**

**Référence : 2014 CF 83**

**Ottawa (Ontario), le 27 janvier 2014**

**En présence de monsieur le juge Annis**

**Dossier : T-1428-11**

**ENTRE :**

**ROBERT ADAMSON, ROBERT DAVID ANTHONY, JACOB BAKKER, DONALD BARNES, MICHAEL BINGHAM, DOUG BOYES, KENNETH BUCHHOLZ, DANIEL BURROWS, DAVID G. CAMERON, WAYNE CASWILL, GEORGE COCKBURN, BERT COPPING, GARY DELF, JAMES E. DENO VAN, LA SUCCESSION DE MAURICE DURRANT, COLM EGAN, ELDON ELLIOTT, LEON EVANS, ROBERT FORD, LARRY FORSETH, GRANT FOSTER, GUY GLAHN, KENWOOD GREEN, JONATHAN HARDWICKE-BROWN, TERRY HARTVIGSEN, JAMES HAWKINS, GEORGE HERMAN, JAMES RICHARD HEWSON, BROCK HIGHAM, LARRY HUMPHRIES, GEORGE DONALD IDDON, PETER JARMAN, NEIL CHARLES KEATING, GEORGE KIRBYSON, ROBIN LAMB, STEPHEN LAMBERT, LES LAVOIE, HARRY G. LESLIE, ROBERT LOWES, GEORGE LUCAS, DONALD MADEC, DON MALONEY, MICHAEL MARYNOWSKI, BRIAN MCDONALD, PETER MCHARDY, GLENN RONALD MCRAE, JAMES MILLARD, BRIAN MILSOM, HOWARD MINAKER, GEORGE MORGAN, GREG MUTCHLER, HAL OSENJAK, STEN PALBOM, MICHAEL PEARSON, DAVID**

**POWELL-WILLIAMS, PAUL PRENTICE,  
MICHAEL REID, PATRICK RIESCHI, STEVEN  
ROSS, GARY SCOTT, PHILLIP SHAW,  
ANDREW SHERET, MICHAEL SHULIST,  
DONALD SMITH, OWEN STEWART, RAY  
THWAITES, DALE TRUEMAN, ANDRE  
VERSCHULDEN, DOUGLAS ZEBEDEE**

**demandeurs**

**et**

**AIR CANADA,  
L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR  
CANADA ET LA COMMISSION CANADIENNE  
DES DROITS DE LA PERSONNE**

**défenderesses**

**Dossier : T-1453-11**

**ET ENTRE :**

**AIR CANADA**

**demanderesse**

**et**

**ROBERT ADAMSON, ROBERT DAVID  
ANTHONY, JACOB BAKKER, DONALD  
BARNES, MICHAEL BINGHAM, DOUG BOYES,  
KENNETH BUCHHOLZ, DANIEL BURROWS,  
DAVID G. CAMERON, WAYNE CASWILL,  
GEORGE COCKBURN, BERT COPPING, GARY  
DELF, JAMES E. DENOVA, MAURICE  
DURRANT, COLM EGAN, ELDON ELLIOTT,  
LEON EVANS, ROBERT FORD, LARRY  
FORSETH, GRANT FOSTER, GUY GLAHN,  
KENWOOD GREEN, JONATHAN  
HARDWICKE-BROWN, TERRY HARTVIGSEN,  
JAMES HAWKINS, GEORGE HERMAN, JAMES  
RICHARD HEWSON, BROCK HIGHAM,  
LARRY HUMPHRIES, GEORGE DONALD**

**IDDON, PETER JARMAN, NEIL CHARLES  
KEATING, GEORGE KIRBYSON, ROBIN  
LAMB, STEPHEN LAMBERT, LES LAVOIE,  
HARRY G. LESLIE, ROBERT LOWES, GEORGE  
LUCAS, DONALD MADEC, DON MALONEY,  
MICHAEL MARYNOWSKI, BRIAN  
MCDONALD, PETER MCHARDY, GLENN  
RONALD MCRAE, JAMES MILLARD, BRIAN  
MILSON, HOWARD MINAKER, GEORGE  
MORGAN, GREG MUTCHLER, HAL OSENJAK,  
STEN PALBOM, DONALD PAXTON, MICHAEL  
PEARSON, DAVID POWELL-WILLIAMS, PAUL  
PRENTICE, MICHAEL REID, PATRICK  
RIESCHI, STEVEN ROSS, GARY SCOTT,  
PHILLIP SHAW, ANDREW SHERET, MICHAEL  
SHULIST, DONALD SMITH, OWEN STEWART,  
RAY THWAITES, DALE TRUEMAN, ANDRE  
VERSCHELDEN, ET DOUGLAS ZEBEDEE, LA  
COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE  
LA PERSONNE ET L'ASSOCIATION DES  
PILOTES D'AIR CANADA**

**défendeurs**

**Dossier : T-1463-11**

**ET ENTRE :**

**L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR  
CANADA**

**demanderesse**

**et**

**ROBERT ADAMSON, ROBERT DAVID  
ANTHONY, JACOB BAKKER, DONALD  
BARNES, MICHAEL BINGHAM, DOUG BOYES,  
KENNETH BUCHHOLZ, DANIEL BURROWS,  
DAVID G. CAMERON, WAYNE CASWILL,  
GEORGE COCKBURN, BERT COPPING, GARY  
DEL, JAMES E. DENO VAN, MAURICE  
DURRANT, COLM EGAN, ELDON ELLIOTT,  
LEON EVANS, ROBERT FORD, LARRY  
FORSETH, GRANT FOSTER, GUY GLAHN,  
KENWOOD GREEN, JONATHAN  
HARDWICKE-BROWN, TERRY HARTVIGSEN,  
JAMES HAWKINS, GEORGE HERMAN, JAMES**

**RICHARD HEWSON, BROCK HIGHAM,  
LARRY HUMPHRIES, GEORGE DONALD  
IDDON, PETER JARMAN, NEIL CHARLES  
KEATING, GEORGE KIRBYSON, ROBIN  
LAMB, STEPHEN LAMBERT, LES LAVOIE,  
HARRY G. LESLIE, ROBERT LOWES, GEORGE  
LUCAS, DONALD MADEC, DON MALONEY,  
MICHAEL MARYNOWSKI, BRIAN  
MCDONALD, PETER MCHARDY, GLENN  
RONALD MCRAE, JAMES MILLARD, BRIAN  
MILSON, HOWARD MINAKER, GEORGE  
MORGAN, GREG MUTCHLER, HAL OSENJAK,  
STEN PALBOM, DONALD PAXTON, MICHAEL  
PEARSON, DAVID POWELL-WILLIAMS, PAUL  
PRENTICE, MICHAEL REID, PATRICK  
RIESCHI, STEVEN ROSS, GARY SCOTT,  
PHILLIP SHAW, ANDREW SHERET, MICHAEL  
SHULIST, DONALD SMITH, OWEN STEWART,  
RAY THWAITES, DALE TRUEMAN, ANDRE  
VERSCHELDEN, DOUGLAS ZEBEDEE, LA  
COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE  
LA PERSONNE ET AIR CANADA**

**défendeurs**

**Dossier : T-971-12**

**ET ENTRE :**

**AIR CANADA**

**demanderesse**

**et**

**ROBERT ADAMSON, ROBERT DAVID  
ANTHONY, JACOB BAKKER, DONALD  
BARNES, MICHAEL BINGHAM, DOUG BOYES,  
KENNETH BUCHHOLZ, DANIEL BURROWS,  
DAVID G. CAMERON, WAYNE CASWILL,  
GEORGE COCKBURN, BERT COPPING, GARY  
DEL, JAMES E. DENOVAN, MAURICE  
DURRANT, COLM EGAN, ELDON ELLIOTT,  
LEON EVANS, ROBERT FORD, LARRY  
FORSETH, GRANT FOSTER, GUY GLAHN,  
KENWOOD GREEN, JONATHAN  
HARDWICKE-BROWN, TERRY HARTVIGSEN,**

**JAMES HAWKINS, GEORGE HERMAN, JAMES  
RICHARD HEWSON, BROCK HIGHAM,  
LARRY HUMPHRIES, GEORGE DONALD  
IDDON, PETER JARMAN, NEIL CHARLES  
KEATING, GEORGE KIRBYSON, ROBIN  
LAMB, STEPHEN LAMBERT, LES LAVOIE,  
HARRY G. LESLIE, ROBERT LOWES, GEORGE  
LUCAS, DONALD MADEC, DON MALONEY,  
MICHAEL MARYNOWSKI, BRIAN  
MCDONALD, PETER MCHARDY, GLENN  
RONALD MCRAE, JAMES MILLARD, BRIAN  
MILSON, HOWARD MINAKER, GEORGE  
MORGAN, GREG MUTCHLER, HAL OSENJAK,  
STEN PALBOM, DONALD PAXTON, MICHAEL  
PEARSON, DAVID POWELL-WILLIAMS, PAUL  
PRENTICE, MICHAEL REID, PATRICK  
RIESCHI, STEVEN ROSS, GARY SCOTT,  
PHILLIP SHAW, ANDREW SHERET, MICHAEL  
SHULIST, DONALD SMITH, OWEN STEWART,  
RAY THWAITES, DALE TRUEMAN, ANDRE  
VERSCHELDEN, DOUGLAS ZEBEDEE, LA  
COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE  
LA PERSONNE ET L'ASSOCIATION DES  
PILOTES D'AIR CANADA**

**défendeurs**

**Dossier : T-979-12**

**ET ENTRE:**

**L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR  
CANADA**

**demanderesse**

**et**

**ROBERT ADAMSON, ROBERT DAVID  
ANTHONY, JACOB BAKKER,  
DONALD BARNES, MICHAEL BINGHAM,  
DOUG BOYES, KENNETH BUCHHOLZ,  
DANIEL BURROWS, DAVID G. CAMERON,  
WAYNE CASWILL, GEORGE COCKBURN,  
BERT COPPING, GARY DELF, JAMES E.  
DENOVAN, MAURICE DURRANT, COLM**

**EGAN, ELDON ELLIOTT, LEON EVANS,  
ROBERT FORD, LARRY FORSETH, GRANT  
FOSTER, GUY GLAHN, KENWOOD GREEN,  
JONATHAN HARDWICKE-BROWN, TERRY  
HARTVIGSEN, JAMES HAWKINS, GEORGE  
HERMAN, JAMES RICHARD HEWSON,  
BROCK HIGHAM, LARRY HUMPHRIES,  
GEORGE DONALD IDDON, PETER JARMAN,  
NEIL CHARLES KEATING, GEORGE  
KIRBYSON, ROBIN LAMB, STEPHEN  
LAMBERT, LES LAVOIE, HARRY G. LESLIE,  
ROBERT LOWES, GEORGE LUCAS, DONALD  
MADEC, DON MALONEY, MICHAEL  
MARYNOWSKI, BRIAN MCDONALD, PETER  
MCHARDY, GLENN RONALD MCRAE, JAMES  
MILLARD, BRIAN MILSOM, HOWARD  
MINAKER, GEORGE MORGAN, GREG  
MUTCHLER, HAL OSENJAK, STEN PALBOM,  
DONALD PAXTON, MICHAEL PEARSON,  
DAVID POWELL-WILLIAMS, PAUL  
PRENTICE, MICHAEL REID, PATRICK  
RIESCHI, STEVEN ROSS, GARY SCOTT,  
PHILLIP SHAW, ANDREW SHERET, MICHAEL  
SHULIST, DONALD SMITH, OWEN STEWART,  
RAY THWAITES, DALE TRUEMAN, ANDRE  
VERSCHOLDEN, DOUGLAS ZEBEDEE, LA  
COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE  
LA PERSONNE ET AIR CANADA**

**défendeurs**

### **MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT**

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne (2011 TCDP 11), le 10 août 2011, a rejeté les plaintes de discrimination fondée sur l'âge déposées par 70 plaignants, compte tenu du fait que l'âge de la retraite obligatoire contesté ne constituait pas un acte discriminatoire au sens de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Demandes accueillies dans T-1428-11 et T-1463-11; demande rejetée dans T-1453-11. Les demandes T-971-12 et T-979-12 sont rejetées.

## TABLE DES MATIÈRES

### PARAGRAPHE

I. INTRODUCTION.....	1
II. L'HISTORIQUE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES.....	24
A. <i>Vilven c Air Canada</i> , 2007 TCDP 36 [ <i>Vilven n° 1 Tribunal</i> ].....	26
B. <i>Vilven c Air Canada</i> , 2009 CF 367 [ <i>Vilven</i> ].....	33
C. <i>Vilven c Air Canada</i> , 2009 TCDP 24 [ <i>Vilven n° 2 Tribunal</i> ].....	50
D. <i>Vilven c Air Canada</i> , 2010 TCDP 27 [ <i>Vilven Tribunal (dommages)</i> ].....	61
E. <i>Association des pilotes d'Air Canada c Kelly</i> , 2011 CF 120 [ <i>Kelly</i> ].....	62
F. <i>Kelly et Vilven c Air Canada et l'APAC</i> , 2011 TCDP 10 [ <i>Kelly Tribunal</i> ].....	69
G. <i>Adamson c Air Canada</i> , 2011 TCDP 11 [ <i>Adamson ou la présente affaire</i> ].....	74
H. <i>Association des pilotes d'Air Canada c Kelly</i> , 2012 CAF 209 [ <i>Kelly CAF</i> ].....	75
III. LES QUESTIONS EN LITIGE.....	77
IV. ANALYSE.....	78
A. La norme de contrôle.....	78
B. L'alinéa 15(1)c) : l'âge normal de la retraite.....	86
(1) Le critère conacré par la décision <i>Vilven</i> .....	89
(2) Le raisonnement du Tribunal.....	100
(3) Les erreurs dans la décision du Tribunal.....	101
a) Le caractère déraisonnable de l'élimination des concurrents d'Air Canada.....	101
b) L'absence d'analyse fonctionnelle des postes.....	102
c) L'absence d'analyse contextuelle du raisonnement formulé dans la décision <i>Vilven</i> .....	110
d) La mise à l'écart d'une référence pour expliquer le sens du mot « <i>both</i> » (« et » ou « à la fois » en français).....	115
e) Une inférence selon laquelle l'affaire <i>Vilven</i> était fondée sur une interprétation erronée de la preuve.....	116
f) L'utilisation d'un groupe de comparaison trop restreint.....	121
g) Une interprétation contextuelle du mot « <i>both</i> ».....	123
(4) Conclusion concernant l'âge normal de la retraite.....	128
C. LE MOYEN DE DÉFENSE FONDÉ SUR LES EXIGENCES PROFESSIONNELLES JUSTIFIÉES INVOQUÉ PAR AIR CANADA.....	133

D. LE MOYEN DE DÉFENSE FONDÉ SUR L'EXIGENCE PROFESSIONNELLE JUSTIFIÉE PRÉSENTÉ PAR L'APAC .....	162
(1) Introduction.....	162
(2) Les dispositions de la LCDP concernant les EPJ.....	170
(3) L'alinéa 15(1)a) de la LCDP : les syndicats peuvent-ils faire valoir le moyen de défense tiré des EPJ?.....	171
(4) Le paragraphe 15(2) de la LCDP est-il limité aux facteurs de contrainte qu'il énumère?.....	177
a) Absence de justification de la politique concernant l'imposition d'une responsabilité absolue.....	188
b) Exonération de la responsabilité absolue .....	193
c) <i>Expressio Unius Est Exclusio Alterius</i> .....	200
d) Les exceptions aux lois relatives aux droits de la personne doivent être interprétées de façon restrictive.....	204
e) L'intention du législateur .....	209
(5) Modification du critère énoncé dans l'arrêt <i>Meiorin</i> afin qu'il s'applique aux syndicats .....	216
a) Le premier volet – Tirer profit de l'employeur .....	221
b) Le deuxième volet – La bonne foi du syndicat.....	224
c) Le troisième volet – La contrainte.....	225
d) Le quatrième volet – L'évaluation de la contrainte en fonction de la nature de la discrimination .....	226
(6) Application à l'APAC du critère de <i>Meiorin</i> modifié.....	228
a) Le premier volet – Lien rationnel et tentatives de trouver un accommodement ..	228
b) Le deuxième volet – La bonne foi de l'APAC.....	236
c) Le troisième volet – La contrainte.....	238
(i) La preuve relative à la contrainte excessive imposée aux pilotes constituant le groupe de comparaison.....	238
(ii) La décision du Tribunal quant à la contrainte .....	249
(iii) Les erreurs dans la décision du Tribunal.....	253
1. La réduction salariale au cours de la période de rattrapage .....	253
2. Le caractère permanent de la perte de rémunération attribuable au report du salaire jusqu'à l'âge de 60 ans.....	260
3. Les gains fortuits des plaignants.....	267



4. La violation des droits en matière d'emploi des pilotes constituant le groupe de comparaison.....	271
5. Le travail jusqu'à l'âge de 63 ans et son incidence sur les pensions.....	284
- L'augmentation de la valeur des pensions à l'âge de 63 ans.....	288
- La VAN à l'âge de 63 ans, après déduction des prestations de pension	294
- Conclusion quant à la preuve portant sur les pensions .....	307
(iv) Les facteurs de contrainte autres que les coûts .....	317
d) Le quatrième volet – Peut-on défendre une norme moins stricte?.....	325
(i) Une approche nuancée à la discrimination fondée sur l'âge .....	327
(ii) Les distinctions défavorables .....	329
e) La conclusion et les directives relativement à la défense de l'APAC fondée sur les EPJ.....	332
<b>E. LA DISPOSITION SUR L'ÂGE DE LA RETRAITE OBLIGATOIRE EST-ELLE DISCRIMINATOIRE?.....</b>	<b>335</b>
(1) Introduction.....	335
(2) La portée de « chances d'emploi ou d'avancement » au sens de l'article 10 de la LCDP.....	352
(3) L'établissement de la discrimination <i>prima facie</i> : approche formaliste ou discrimination réelle?.....	359
(4) La retraite obligatoire, un élément essentiel d'un vaste régime d'avantages ayant un objet d'amélioration .....	385
a) L'utilisation de facteurs différents pour décider s'il y a discrimination.....	385
b) L'objet d'amélioration de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective.....	387
c) La conclusion d'absence d'iniquité tirée par le Tribunal dans <i>Vilven</i> .....	395
d) Le réexamen de l'équité en fonction de l'effet défavorable.....	403
(5) La perpétuation de stéréotypes, de préjugés ou de désavantages au sujet des travailleurs âgés.....	406
a) Les stéréotypes discriminatoires concernant les travailleurs âgés .....	406
b) L'incidence de la retraite sur les pilotes .....	415
c) Le rejet, dans l'arrêt <i>McKinney</i> , de l'argument selon lequel les dispositions sur la retraite obligatoire permettent aux plus jeunes de travailler.....	418
(6) Les conclusions concernant le réexamen de la question de savoir si la règle de la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans est discriminatoire.....	429

V. DÉCISIONS RELATIVES AUX DEMANDES DES PLAIGNANTS, D’AIR CANADA ET DE L’APAC .....	432
VI. LES DÉPENS .....	435

## I. INTRODUCTION

[1] Notre Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le TCDP ou le Tribunal), 2011 TCDP 11. Les plaignants ont déposé une plainte sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6 [la LCDP ou la Loi] contre Air Canada et l'Association des pilotes d'Air Canada [l'APAC] (collectivement « les intimées »), par laquelle ils soutenaient que la règle de la retraite obligatoire figurant dans leur convention collective constituait un acte discriminatoire fondé sur l'âge. Une demande de contrôle judiciaire a aussi été présentée relativement à une décision connexe rendue par le Tribunal, à savoir la décision 2012 TCDP 9, concernant une mesure de redressement modifiée dans l'attente de l'issue d'un appel devant la Cour d'appel fédérale, qui a été rejeté avec le consentement des parties.

[2] Les plaignants constituent un groupe de particuliers demandeurs qui se sont réunis pour former la « Fly Past 60 Coalition ». Il s'agit d'anciens membres de l'APAC qui étaient au service d'Air Canada, une organisation qui emploie au total plus de 2 800 pilotes. Il se peut que d'autres affaires semblables mettant en cause des pilotes à la retraite soient en attente d'instance et qu'elles soient entendues une fois que la présente affaire sera réglée.

[3] Les plaignants soutiennent qu'Air Canada et l'APAC ont contrevenu aux articles 7 et 10 de la LCDP en exigeant qu'ils prennent leur retraite à l'âge de 60 ans, qu'ils ont chacun atteints à différentes dates entre 2005 et 2009, sans égard au mérite ou à leur capacité à continuer de piloter des avions; aucun de ces faits n'est nié.

[4] Les pilotes d'Air Canada sont les pilotes les mieux rémunérés au Canada. Ils ont droit à de généreux avantages sociaux et ont d'excellentes conditions de travail, particulièrement au fur et à mesure qu'ils acquièrent de l'ancienneté. Ces avantages comprennent le versement, à leur retraite, d'une généreuse pension à prestations déterminées, ainsi que de bonnes perspectives d'emploi en vue de piloter des avions pour d'autres transporteurs aériens après leur retraite en raison de leur formation et de leur expérience. Par conséquent, la présente affaire ne doit porter que sur les faits relatifs à une disposition sur la retraite obligatoire dans un secteur où les bons emplois se font rares et où les employés qui prennent leur retraite éprouvent peu de difficultés financières.

[5] Depuis 1957, le régime de retraite d'Air Canada prescrit que 60 ans est l'âge auquel les pilotes doivent prendre leur retraite. Depuis le début des années 1980, des dispositions prévoyant la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans sont incluses dans la convention collective conclue entre Air Canada et le syndicat représentant ses pilotes. Depuis 1995, les pilotes d'Air Canada sont représentés par l'APAC. Aux termes de la convention collective et du régime de retraite conclus entre Air Canada et l'APAC, les pilotes d'Air Canada sont tenus de prendre leur retraite le premier jour du mois suivant leur 60<sup>e</sup> anniversaire.

[6] Je tiens à souligner, à titre de contrainte pertinente, que le Canada observe les normes de l'Organisation de l'aviation civile internationale (l'OACI). Jusqu'en mars 2006, l'OACI établissait qu'un pilote commandant de bord pouvait travailler jusqu'à l'âge de 60 ans et recommandait, sans toutefois l'exiger, qu'un copilote de vols internationaux ne puisse travailler que jusqu'à l'âge de 60 ans. En mars 2006, l'OACI a fixé à 65 ans l'âge maximal auquel les pilotes peuvent travailler et a

établi la norme selon laquelle, si un pilote est âgé de plus de 60 ans, l'autre pilote doit avoir moins de 60 ans, ces modifications devant entrer en vigueur en novembre 2006.

[7] Par la décision 2011 TCDP 11, le Tribunal a conclu que la preuve *prima facie* de discrimination avait été rapportée, laquelle conclusion n'a jamais été attaquée en raison de l'historique des procédures judiciaires, qui sera exposé ci-dessous, et du fait que les intimées ne l'ont pas contestée.

[8] Le Tribunal a rejeté le moyen de défense fondé sur les exigences professionnelles justifiées (les EPJ) d'Air Canada et de l'APAC. Toutefois, les allégations d'actes discriminatoires n'ont pas été maintenues, parce que le Tribunal a conclu que 60 ans était « l'âge normal de la retraite » dans l'industrie canadienne du transport aérien de passagers, rejetant ainsi toute responsabilité au titre de l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

[9] Les trois parties ont chacune présenté une demande de contrôle judiciaire en annulation de cet aspect de la décision du Tribunal qui n'était pas en leur faveur. Les plaignants attaquaient la conclusion tirée concernant l'âge normal de la retraite (dossier n° T-1428-11). Air Canada et l'APAC, quant à elles, demandaient l'annulation de la décision du Tribunal rejetant leur moyen de défense tiré des EPJ (T-1453-11 et T-1463-11 respectivement).

[10] La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission ou la CCDP) a aussi présenté une demande de contrôle judiciaire (T-1456-11, qui a maintenant été abandonnée), par

laquelle elle demandait à la Cour de se prononcer sur la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c). La Commission a abandonné sa demande lorsque le TCDP a accepté d'examiner la question.

[11] Le 18 avril 2012, le Tribunal a rendu la décision 2012 TCDP 9, par laquelle il a conclu que l'alinéa 15(1)c) violait les droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (Royaume-Uni), 1982, c 11 [la Charte]. Cela a eu pour effet d'annuler la décision précédente rendue relativement à la plainte, étant donné qu'Air Canada et l'APAC n'avaient plus de moyen de défense valide contre la preuve *prima facie* de discrimination. Air Canada a présenté une demande de contrôle judiciaire de cette nouvelle décision (T-971-12), tout comme l'APAC (T-979-12).

[12] Cependant, peu après, le 17 juillet 2012, par l'arrêt *Association des pilotes d'Air Canada c Kelly*, 2012 CAF 209 [*Kelly CAF*], la Cour d'appel fédérale, compte tenu d'un ensemble de décisions antérieures rendues par le Tribunal et la Cour concernant la politique sur la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans d'Air Canada, a confirmé la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c). La Cour suprême a refusé la demande d'autorisation de pourvoi dans [2013] CSCR n° 395 (QL). La décision du Tribunal dans 2012 TCDP 9 n'est donc plus valide, et les demandes des dossiers T-971-12 et T-979-12 sont rejetées.

[13] Dans les motifs qui suivent, j'accueille la demande des plaignants en annulation de la décision du Tribunal selon laquelle l'âge normal de la retraite des pilotes est 60 ans. À l'inverse, je rejette la demande d'Air Canada en annulation de la décision par laquelle le Tribunal a rejeté son

moyen de défense tiré des EPJ. Cependant, fait plus important encore, j'accueille la demande de l'APAC en annulation de la décision par laquelle le Tribunal a rejeté son moyen de défense tiré des EPJ et je renvoie l'affaire pour nouvelle décision du même membre instructeur.

[14] J'ai mentionné qu'il s'agissait d'un fait plus important encore parce que ma décision est fondée sur une distinction importante entre les faits en l'espèce et ceux dont il était question dans les nombreuses autres affaires semblables qui ont précédé celle-ci. Dans la présente affaire, pour son argument relatif à la contrainte, l'APAC s'est fondée sur de nouveaux éléments de preuve dont ressortissaient les répercussions financières défavorables que subiraient ses membres les plus jeunes si la règle des 60 ans était éliminée de la convention collective. Le Tribunal a néanmoins rejeté la demande de l'APAC, concluant que la preuve présentée par l'APAC au sujet de la contrainte était un [TRADUCTION] « cas limite ».

[15] À cet égard, je conclus que le Tribunal n'a pas motivé comme il le devait sa décision de façon transparente. J'entends par là que le Tribunal a omis de tenir compte d'aspects importants de la preuve dont il ressortissait que les pilotes les plus jeunes subiraient des répercussions financières défavorables importantes. Plus important encore, le Tribunal a mal qualifié l'incidence qu'aurait le fait de prolonger la durée de la carrière des pilotes, indiquant que cela revenait à retarder l'âge de retraite, et n'a pas tenu compte de l'argument de l'APAC selon lequel les pilotes devraient travailler trois ans de plus pour arriver à la situation décrite à l'âge de 63 ans en matière de revenu net total. Pour ce qui est des pilotes les plus jeunes, cela voudrait dire qu'ils devraient travailler à des taux de rémunération effectifs considérablement réduits, ou même bénévolement, au cours de ces trois années.

[16] Cependant, l'annulation de la décision du Tribunal concernant la demande de l'APAC et le renvoi de celle-ci pour un nouvel examen de la question de la contrainte n'allait pas de soi. Avant de rejeter les allégations relatives à la contrainte, le Tribunal avait déjà conclu que la demande de l'APAC serait rejetée parce qu'en tant que syndicat, elle n'avait pas satisfait aux exigences des volets un et deux du critère consacré par l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c British Columbia Government and Service Employees' Union (BCGSEU) (grief Meiorin)*, [1999] 3 RCS 3, [1999] ACS n° 46 (QL) [Meiorin] au paragraphe 54. Le Tribunal a analysé l'allégation de contrainte par [TRADUCTION] « prudence », fort probablement pour démontrer à l'APAC que sa demande était rejetée sur le fond.

[17] Par conséquent, pour annuler la décision du Tribunal sur le moyen de défense tiré des EPJ, il fallait surmonter certains obstacles préliminaires et réexaminer la jurisprudence antérieure sur ces questions. À cette fin, j'ai donc tout d'abord conclu que, suivant l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Central Okanagan School District c Renaud*, [1992] 2 RCS 970, [1992] ACS n° 75 (QL) [Renaud], le critère consacré par l'arrêt *Meiorin* pouvait être modifié pour éviter d'imposer une responsabilité absolue à l'APAC. Le critère consacré par l'arrêt *Meiorin* relativement aux EPJ a donc été modifié pour refléter la responsabilité conjointe de l'APAC et d'Air Canada. J'ai aussi ajouté un quatrième volet au critère consacré par l'arrêt *Meiorin*, comme la Cour suprême du Canada semble l'avoir professé par l'arrêt *Renaud*, en exigeant que l'importance de prévenir l'acte discriminatoire soit appréciée pour décider de l'admission d'un moyen de défense fondé sur la contrainte.



[18] Compte tenu de l'interdiction faite par l'arrêt *Renaud* quant à l'imposition d'une responsabilité absolue, ainsi que pour d'autres motifs, en toute déférence, je ne souscris pas non plus à l'enseignement professé par la Cour à l'occasion de l'affaire *Vilven c Air Canada*, 2009 CF 367 [*Vilven*], par laquelle elle a statué que les catégories de contraintes devraient être limitées à celles expressément énumérées au paragraphe 15(2) de la LCDP, soient celles de la sécurité, de la santé et des coûts.

[19] De plus, bien que la question n'ait pas été soulevée par les intimées, je conclus que les nouveaux éléments de preuve présentés relativement aux répercussions défavorables appellent un nouvel examen de la question de savoir si la disposition sur la retraite obligatoire était vraiment discriminatoire. Cet examen repose sur les observations que la Cour suprême du Canada a formulées par l'arrêt *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497, [1999] ACS n° 12 (QL) [*Law*] et l'arrêt *Withler c Canada (Attorney General)*, 2011 CSC 12, [2011] ACS n° 12 (QL) [*Withler*], qui, prises globalement, permettent de penser que la règle de la retraite obligatoire doit être considérée comme une règle ayant comme objet d'amélioration de permettre un partage en parts égales des avantages, en fonction de l'âge, des avantages sociaux entre les membres de l'APAC, et non pas comme une règle visant à perpétuer les stéréotypes et les préjugés.

[20] Lorsque la production d'éléments de preuve concernant les répercussions défavorables semble pouvoir avoir une incidence sur les conclusions tirées relativement aux questions de discrimination et de contrainte, il n'est pas logique, dans un nouvel examen, de ne tenir compte que d'une seule des deux questions.

[21] Dans le même ordre d'idées, j'ai recherché si, au 21<sup>e</sup> siècle, il demeure réaliste de faire valoir qu'il existe des stéréotypes et des préjugés répandus touchant l'attitude qui désavantagent les travailleurs plus âgés en milieu de travail. Par conséquent, dans mes directives au Tribunal, j'ordonne de permettre la production d'éléments de preuve dans le but d'examiner de nouveau les observations que la Cour suprême du Canada a déjà formulées lorsqu'elle a admis d'office certains faits, principalement dans l'arrêt *McKinney c Université de Guelph*, [1990] 3 RCS 229, [1990] ACS n° 122 [*McKinney*], que la Cour a invoqué dans la décision *Vilven* à l'appui de la conclusion du Tribunal selon laquelle la règle de la retraite perpétuait les stéréotypes et les préjugés au sujet des travailleurs plus âgés.

[22] Cette directive est fondée sur l'observation que le juge LeBel a formulée dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c A*, 2013 CSC 5, [2013] ACS n° 5 (QL), au paragraphe 154, à savoir que « la Cour peut prendre connaissance d'office de certains faits ou éléments, tout en se gardant d'admettre, de cette façon, l'existence de phénomènes sociaux qui peuvent être absents en réalité ».

[23] J'expose ci-dessous les motifs à l'appui des décisions et des directives qui précèdent.

## **II. L'HISTORIQUE DES PROCÉDURES JUDICIAIRES**

[24] Pour mettre en contexte les questions qui se posent, il est nécessaire de comprendre les longues procédures qui ont précédé la présente procédure en contrôle. Les nombreuses décisions judiciaires rendues découlent de diverses questions tranchées à différentes étapes de l'historique des procédures judiciaires, et elles ont soulevé d'autres questions lorsque les décisions du

Tribunal ont été annulées et que de nouvelles questions ont été énoncées en vue d'être examinées. Malheureusement, ce n'est pas ici que prend fin cette tendance à annuler la décision du Tribunal et à renvoyer l'affaire pour qu'une nouvelle décision soit rendue à l'égard de questions différentes.

[25] Plusieurs aspects de l'affaire dont je suis saisi sont des questions qui ont été soulevées dans le cadre d'un ensemble de contentieux antérieurs de la disposition sur la retraite obligatoire d'Air Canada, soit les affaires *Vilven* et *Kelly*, qui seront exposées dans les paragraphes suivants.

**A. *Vilven c Air Canada*, 2007 TCDP 36 [*Vilven n° 1 Tribunal*]**

[26] Deux questions ont été tranchées par le Tribunal dans cette affaire. Tout d'abord, le Tribunal a conclu que l'âge normal de la retraite des pilotes des transporteurs aériens constituant le groupe de comparaison était de 60 ans. Cette conclusion a donné lieu au rejet des plaintes, compte tenu du fait que la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective était sauvegardée par l'alinéa 15(1)c) de la LCDP, qui prévoit que le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne « en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi » ne constitue pas un acte discriminatoire. Ensuite, le Tribunal a conclu que l'alinéa 15(1)c) ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte. Les deux décisions ont été annulées par la Cour.

[27] Les faits essentiels étaient semblables à ceux en l'espèce. Deux pilotes à la retraite, George Vilven et Robert Neil Kelly, ont déposé une plainte de discrimination fondée sur l'âge à la Commission en 2007. M. Vilven a été employé par Air Canada du 26 mai 1986 jusqu'au jour

suivant le jour de son soixantième anniversaire le 30 août 2003; M. Kelly a été employé par Air Canada du 11 septembre 1972 jusqu'au jour suivant le jour de son soixantième anniversaire le 30 avril 2005.

[28] M. Vilven a obtenu le poste de premier officier à bord d'un A340 basé à Vancouver, après quoi il a choisi de ne pas devenir pilote commandant de bord. Il s'est plutôt servi de son ancienneté pour demeurer pilote à bord de ce type d'appareil et rester à Vancouver, près de sa famille. À sa retraite d'Air Canada, il a eu droit à une pension de 6 094,04 \$ par mois jusqu'à l'âge de 65 ans, puis à une pension de 5 534,33 \$ par la suite. Il a poursuivi sa carrière de pilote chez un plus petit transporteur aérien. M. Kelly a obtenu le poste de pilote commandant de bord d'un A340. Il a eu droit à une pension de 10 233,96 \$ par mois jusqu'à l'âge de 65 ans, puis à une pension de 9 477,56 \$ par la suite. Après son départ d'Air Canada, il a lui aussi continué sa carrière de pilote en travaillant pour de plus petits transporteurs aériens.

[29] Les plaignants ont rapporté la preuve *prima facie* de discrimination à l'encontre d'Air Canada au titre des articles 7 (refuser de continuer d'employer un individu du fait de son âge, un motif de distinction illicite) et 9 (priver un individu de ses chances d'emploi ou d'avancement pour un motif de distinction illicite) de la LCDP. Une conclusion semblable a été tirée à l'encontre de l'APAC au titre de l'alinéa 10b) (le fait, pour une organisation syndicale, de conclure des ententes qui annihilent les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu pour un motif de distinction illicite).

[30] Le Tribunal a conclu que le groupe de comparaison approprié pour établir l'âge normal de la retraite dans l'industrie du transport aérien était les « pilotes qui effectuent des vols internationaux réguliers pour une importante entreprise de transport aérien international ». Les parties ont produit un exposé conjoint des faits dans lequel 22 transporteurs internationaux étrangers importants étaient énumérés pour l'établissement du groupe de comparaison; seulement six d'entre eux étaient des transporteurs aériens canadiens. Quant aux transporteurs internationaux importants pour lesquels des données complètes étaient disponibles, 80 p. 100 des pilotes devaient, en 2003, prendre leur retraite à l'âge de 60 ans ou avant, et le Tribunal a conclu que cela était encore le cas en 2005. Il a donc été conclu que 60 ans était l'âge obligatoire de la retraite pour la majorité des postes semblables à ceux que les plaignants occupaient.

[31] Le Tribunal a également conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte. Pour ce faire, il a suivi la jurisprudence *Law*, par laquelle la Cour suprême du Canada enseigne que la préoccupation primordiale est de préserver et de promouvoir la dignité humaine. Il a conclu que le fait de maintenir un arrangement qui constituait un acte discriminatoire *prima facie* fondé sur l'âge en invoquant l'alinéa 15(1)c) de la LCDP à titre de justification ne portait pas atteinte à la dignité des plaignants, dans le contexte d'un système conçu pour répartir à différentes étapes de leur carrière les responsabilités et les avantages des pilotes chez Air Canada.

[32] En raison des conclusions qu'il avait tirées au sujet de la question relative à l'article 15 de la Charte, le Tribunal n'avait pas à trancher la question de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP pouvait se justifier au regard de l'article premier de la Charte, ni celle de savoir si la politique sur

la retraite obligatoire était une EPJ au titre de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la LCDP.

**B. *Vilven c Air Canada, 2009 CF 367 [Vilven]***

[33] MM. Vilven et Kelly ont présenté une demande de contrôle judiciaire des deux décisions du Tribunal susmentionnées. En ce qui concerne la question de l'âge normal de la retraite, la juge Mactavish a rejeté le critère que le Tribunal avait utilisé pour choisir les transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison. Elle a conclu que le Tribunal avait commis une erreur en se concentrant sur des perceptions subjectives, comme le statut et le prestige associés aux postes de pilote, alors qu'il aurait fallu que les caractéristiques des transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison soient fondées sur les tâches et les responsabilités fonctionnelles objectives du poste en question, c'est-à-dire « ce que font concrètement les pilotes ».

[34] Toutefois, au lieu d'annuler la décision, vu que les faits étaient fondés sur l'exposé conjoint des faits, qui décrivait les grands transporteurs aériens internationaux, elle a conclu que les cinq transporteurs aériens canadiens figurant sur la liste devaient être utilisés pour établir le groupe de comparaison servant à déterminer l'âge normal de la retraite. En fonction de ces transporteurs aériens, ainsi que d'Air Canada, la Cour a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle 60 ans était l'âge normal de la retraite pour les individus occupant des postes semblables à ceux que MM. Vilven et Kelly occupaient avant leur retraite.

[35] Plusieurs décisions concernant la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c) ont suivi, mais il a finalement été conclu que la disposition ne violait pas la Charte. Par conséquent, la décision que la juge Mactavish a rendue concernant l'âge normal de la retraite a abouti au rejet des plaintes de MM. Vilven et Kelly. Dans la présente affaire, ce qu'il faut retenir de cette décision a trait à l'interprétation du critère retenu par la juge Mactavish pour choisir les transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison, qui a servi de fondement à la décision favorable à Air Canada rendue par le Tribunal dans cette affaire. Au final, j'annule la décision du Tribunal en raison du fait que le critère de la juge Mactavish n'a pas été bien appliqué.

[36] La juge Mactavish a par la suite examiné la décision Tribunal selon laquelle l'alinéa 15(1)c) ne portait pas atteinte à la Charte. Le Tribunal avait tenu compte des arrêts *McKinney* et *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 RCS 429 [*Gosselin*] et de la jurisprudence subséquente. Il était arrivé à la conclusion que la perte de la possibilité de contester la disposition sur la retraite obligatoire ne portait pas atteinte à la dignité des plaignants et ne faisait pas en sorte qu'ils ne soient pas reconnus en tant que membres à part entière de la société.

[37] En ce qui concerne la question constitutionnelle, la juge Mactavish a recherché si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. Elle a examiné la doctrine de la Cour suprême du Canada portant sur la retraite obligatoire, y compris les arrêts rendus dans les affaires *Law et R c Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 RCS 483 [*Kapp*], ainsi que la décision rendue par le Tribunal sur la question. Elle a souligné que le paragraphe 15(1) de la Charte a pour but premier d'empêcher les gouvernements d'opérer des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou analogues qui ont pour effet de perpétuer un désavantage ou un préjugé

dont un groupe est victime, ou qui imposent un désavantage fondé sur l'application de stéréotypes. Pour qu'il y ait acte discriminatoire, il faut tout d'abord qu'il y ait une distinction, puis, il faut qu'il soit démontré que cette distinction crée un désavantage. Elle a pris acte du fait que la Cour suprême du Canada reconnaissait que la « dignité humaine » était une notion abstraite et subjective et que le fait de l'utiliser comme critère suscitait des difficultés, ainsi que du fait que le critère de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes était préférable.

[38] Elle a souligné qu'il avait été précédemment dit que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP avait pour objet d'assurer la poursuite d'un régime d'emploi socialement souhaitable, qui comportait des pensions, une sécurité d'emploi, des salaires et des avantages sociaux. Il avait pour but de créer une exception aux droits quasi-constitutionnels que prévoit par ailleurs la LCDP.

[39] Dans son examen de l'alinéa 15(1)c), elle a conclu qu'en prévoyant que la retraite obligatoire ne constituait pas un acte qui serait par ailleurs assimilable à une discrimination *prima facie* fondée sur l'âge, la disposition opérait une distinction fondée sur un motif énuméré. Elle a noté que la comparaison appropriée devait être faite entre les travailleurs les plus âgés qui avaient dépassé l'âge normal de la retraite pour leur poste, et les travailleurs les plus jeunes occupant un emploi semblable qui n'avaient pas encore atteint l'âge de la retraite. L'alinéa 15(1)c) avait pour effet de priver les travailleurs les plus âgés de la même protection et du même bénéfice de la LCDP.



[40] La juge Mactavish s'est ensuite penchée sur la question de savoir si cette distinction donnait lieu à un désavantage en perpétuant un préjugé ou l'application de stéréotypes. Air Canada avait soutenu, en citant la jurisprudence *Gosselin*, que les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société et qu'elles n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant. La juge Mactavish a fait remarquer que cela était fondé sur les observations que la Cour suprême du Canada avait formulées dans une affaire portant sur une distinction fondée sur l'âge d'origine législative, qui opérait une distinction défavorable pour des personnes plus jeunes, et que les demandes fondées sur l'âge reposant sur l'article 15 étaient généralement présentées par des personnes d'âge avancé que l'on présumait dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possédaient peut-être en réalité.

[41] Le Tribunal a conclu que MM. Vilven et Kelly appartenaient à un groupe qu'il a qualifié de travailleurs âgés, un groupe que la Cour suprême du Canada a reconnu à maintes reprises comme un groupe étant victime de désavantages et de stéréotypes préexistants. En plus des observations formulées dans les arrêts *Gosselin* et *Law*, la Cour suprême du Canada a renvoyé dans l'arrêt *McKinney* au « stéréotype selon lequel la personne plus âgée est improductive, inefficace et incompetente ». Le fait de priver les travailleurs les plus âgés du bénéfice, dans ce cas-là, du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, LRO 1990, c H.19, avait eu pour effet de renforcer « le stéréotype selon lequel les employés plus âgés ne sont plus des membres utiles de la population active et qu'on peut donc librement et arbitrairement se passer de leurs services ».

[42] Comme nous le verrons plus loin, en ce qui concerne la question de savoir si les éléments de preuve concernant les répercussions défavorables dont la juge Mactavish n'était pas saisie

devraient soulever la question de savoir si la disposition sur la retraite obligatoire est discriminatoire, je m'interroge quant à la validité du stéréotype négatif répandu dont sont victimes les travailleurs âgés dans la société actuelle.

[43] Dans le cas de MM. Vilven et Kelly, le Tribunal a retenu cette thèse, mais a conclu que rien ne laissait croire que l'un ou l'autre des plaignants avait personnellement subi ce type de désavantage ou de stéréotype négatif lié à l'âge. La juge Mactavish a fait remarquer que, premièrement, dans la mesure où l'analyse portait sur le groupe auquel les plaignants appartenaient – les travailleurs les plus âgés – il était évident qu'il y avait un désavantage, une vulnérabilité, des stéréotypes ou des préjugés préexistants. Deuxièmement, bien que les capacités de MM. Vilven et Kelly n'aient donné lieu à nulle préoccupation, ils avaient néanmoins été désavantagés par le fait d'être contraints de quitter un poste que, manifestement, ils aimaient beaucoup, juste parce qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans. Elle a conclu que cela avait eu pour effet de perpétuer un désavantage collectif, ce qui donnait à penser que la disposition sur la retraite obligatoire violait le paragraphe 15(1) de la Charte.

[44] Elle s'est penchée sur la question de savoir si la disposition comportait un objet ou un effet d'amélioration qui pouvait la sauvegarder. Air Canada avait fait valoir que la disposition avait pour effet de libérer des postes pour de plus jeunes travailleurs. Cependant, la juge Mactavish a conclu qu'il n'avait pas été indiqué que les travailleurs les plus jeunes constituaient un groupe désavantagé qui était visé par la LCDP.

[45] Quant à la question de savoir si la disposition sur la retraite obligatoire est discriminatoire par rapport à la constitutionnalité de l'alinéa 15(1)c), dans la mesure où il y a un chevauchement des éléments pertinents, je conclus qu'il existe une distinction importante entre les faits de l'affaire dont la juge Mactavish était saisie et ceux de la présente affaire. Compte tenu des éléments de preuve dont je suis saisi, je conclus que le fait de faire passer l'âge de la retraite à 63 ans aurait des répercussions défavorables importantes sur les pilotes les plus jeunes.

[46] Dans la décision *Vilven*, la juge Mactavish a souligné que la Cour suprême du Canada a dit, par l'arrêt *McKinney*, qu'une disposition législative ayant pour objectif de mettre à la retraite de force des travailleurs plus âgés afin de laisser la place à de plus jeunes travailleurs serait en soi discriminatoire, étant donné que cela supposerait que la prolongation de l'emploi de certains individus est moins importante et de moins grande valeur pour la société en général que l'emploi d'autres individus pour la seule raison de l'âge.

[47] Dans le cas de MM. Vilven et Kelly, le droit en jeu était la capacité pour eux de continuer à travailler dans la carrière de leur choix. La juge Mactavish a fait remarquer qu'on ne saurait trop insister sur l'importance de ce droit. Elle a conclu que l'alinéa 15(1)c) de la Loi violait le paragraphe 15(1) de la Charte, car il privait de la même protection et du même bénéfice de la loi les travailleurs au-delà de l'âge normal de la retraite pour le même genre d'emploi.

[48] Elle a donc annulé la décision que le Tribunal avait rendue concernant la Charte et elle a renvoyé l'affaire au Tribunal pour qu'il décide s'il était possible de démontrer que

l'alinéa 15(1)c) de la Loi était justifié au regard de l'article premier de la Charte en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique.

[49] Dans l'éventualité où le Tribunal déciderait que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP n'était pas sauvegardé par l'article premier de la Charte, elle a donné comme directive qu'il recherche si la règle des 60 ans était une EPJ pour Air Canada au sens de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP.

**C. *Vilven c Air Canada*, 2009 TCDP 24 [*Vilven n° 2 Tribunal*]**

[50] Par suite de la décision que la Cour a rendue dans l'affaire *Vilven*, deux autres questions ont été renvoyées au Tribunal pour qu'il se prononce sur celles-ci : la question de savoir si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP pouvait se justifier au regard de l'article premier de la Charte, ainsi que la question de savoir si Air Canada et l'APAC avaient démontré l'existence d'une EPJ en ce qui concerne la retraite obligatoire des pilotes à l'âge de 60 ans.

[51] Pour savoir si l'alinéa 15(1)c) de la LCDP était justifiée au regard de l'article premier de la Charte, le Tribunal a appliqué le critère professé par la Cour suprême du Canada par l'arrêt *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, [1986] ACS n° 7 [*Oakes*]. Il a conclu que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP ne pouvait être justifié au regard d'aucun des éléments du critère applicable.

[52] Le Tribunal a donc dû rechercher si Air Canada et l'APAC avaient démontré que la retraite obligatoire des pilotes à l'âge de 60 ans constituait une EPJ pour les pilotes d'Air Canada.

[53] Pour répondre à cette question, le Tribunal a appliqué le critère consacré par la Cour suprême du Canada par l'arrêt *Meiorin*.

[54] Selon le Tribunal, il n'était pas controversé de la part de MM. Vilven et Kelly et de la Commission qu'il avait été satisfait aux deux premiers volets du critère consacré par l'arrêt *Meiorin* (que la disposition sur la retraite obligatoire ait un lien rationnel avec les fonctions du poste occupé et que la disposition ait été adoptée de bonne foi). Cette conclusion a plus tard été attaquée devant la Cour. Quoiqu'il en soit, le Tribunal s'est seulement penché sur ce qu'il considérait comme la « vraie question » : soit la question de savoir s'il était possible d'accommoder MM. Vilven et Kelly sans imposer une contrainte excessive à Air Canada et/ou à l'APAC.

[55] Dans son analyse de la contrainte excessive, la Cour suprême du Canada a dit dans l'arrêt *Meiorin* que les contraintes en matière de coûts, de santé et de sécurité énoncées au paragraphe 15(2) de la LCDP n'étaient pas consacrées, à moins qu'elles ne soient expressément incluses ou exclues par la loi en cause. La jurisprudence *McGill (Hôpital général de Montréal) c Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 RCS 161, va également dans le sens de l'idée que la liste de contraintes n'est pas exhaustive, la Cour suprême ayant souligné qu'il fallait prendre en considération les éléments tendant à établir l'existence d'une contrainte excessive en faisant preuve de souplesse et de bon sens.

[56] Dans l'affaire dont le Tribunal était saisi, Air Canada a fait valoir que les normes de l'OACI représentaient une contrainte excessive – qu'elle aurait supporté des fardeaux financiers

importants et subi des interruptions dans ses opérations si elle avait accommodé les capitaines âgés de plus de 60 ans, alors que les normes applicables étaient celles qui étaient en vigueur avant novembre 2006, suivant lesquelles les capitaines n'avaient pas le droit de piloter un avion dans l'espace aérien international. Le Tribunal a examiné les observations formulées au sujet de la contrainte découlant de la difficulté d'établir le calendrier de vol pour les pilotes de plus de 60 ans. Après avoir examiné la preuve, le Tribunal a conclu qu'Air Canada n'avait pas établi que la retraite des pilotes d'Air Canada à l'âge de 60 ans constituait une contrainte et a rejeté son moyen de défense tiré des EPJ.

[57] L'APAC, qui se trouvait dans une situation différente en tant que syndicat et non en tant qu'employeur, a allégué que, de son point de vue, comme dans l'affaire *Renaud*, la contrainte était la question de savoir si l'adoption des mesures d'accommodement causerait un préjudice à ses membres.

[58] L'APAC a fait valoir que le retrait de la disposition sur la retraite obligatoire limiterait le nombre de postes ouverts aux pilotes âgés de moins de 60 ans, amoindrirait leur ancienneté, et nuirait à leur capacité à planifier le moment de leur retraite et les revenus dont ils disposeront, et que cela aurait un effet négatif sur le moral des pilotes. Elle a aussi soutenu que l'écart de salaire qui découlerait du blocage de la progression de carrière des pilotes les plus jeunes se chiffrerait en dizaines de milliers de dollars. Elle a aussi fait témoigner un expert, qui a déclaré qu'on pourrait s'attendre à ce que 3 à 10 p. 100 des pilotes travaillent plus longtemps s'ils le pouvaient et qu'en tenant pour acquis qu'ils travailleraient en moyenne trois ans de plus, cela retarderait la promotion des pilotes les plus jeunes d'un à quatre mois.

[59] Le Tribunal a conclu qu'un retard dans le cheminement de carrière et un retard dans les augmentations de salaire pour les jeunes employés ne porteraient pas gravement atteinte aux droits de ceux-ci, et qu'il était tout aussi important de laisser la place aux jeunes travailleurs que de continuer à employer les travailleurs âgés. À cet égard, le Tribunal a conclu que, « [s]i la règle du départ à la retraite à l'âge de 60 ans était supprimée, ce ne serait pas, contrairement à ce que l'APAC a déclaré, comme si les pilotes âgés de plus de 60 ans venaient voler de l'argent dans les poches des jeunes pilotes ». C'est plutôt que ces derniers devraient attendre plus longtemps pour obtenir les augmentations souhaitées. Il a aussi conclu que « [c]e retard dans la progression de carrière se trouverait contrebalancé par le fait que les jeunes pilotes auraient la liberté, après 60 ans, de continuer à travailler aussi longtemps qu'ils en éprouveraient le besoin ou le désir ».

[60] Le Tribunal a aussi rejeté l'argument selon lequel les pilotes les plus jeunes ne seraient pas en mesure de profiter des avantages conférés par l'ancienneté si les pilotes les plus âgés n'étaient pas tenus de prendre leur retraite, étant donné qu'il ne reposait sur aucune preuve et qu'il n'était pas conforme aux principes relatifs aux droits de la personne affirmés dans l'arrêt *Renaud*. Insister sur le fait que la préservation absolue de l'ancienneté d'un jeune pilote avait priorité sur le fait de continuer d'employer des collègues âgés revenait à porter un jugement uniquement fondé sur l'âge, et par conséquent arbitraire, au sujet de la valeur relative qu'a pour la société le travail accompli par chaque groupe d'âge, ainsi qu'au sujet de la valeur de l'emploi pour l'intéressé. Le Tribunal a conclu que l'APAC n'avait pas non plus établi que la retraite des pilotes d'Air Canada à l'âge de 60 ans constituait un moyen de défense tiré des EPJ.

**D. *Vilven c Air Canada, 2010 TCDP 27 [Vilven Tribunal (dommages)]***

[61] Dans cette décision, le TCDP a conclu que la mesure qu'il convenait de prendre en raison de la discrimination dont MM. Vilven et Kelly avaient été victimes était de les réintégrer dans leurs fonctions de pilote chez Air Canada. L'affaire portait sur le « dégagement » des transactions de pension précédentes; les deux plaignants ayant eu gain de cause devaient rembourser les prestations de pension qu'ils avaient reçues et les cotisations qui auraient été faites.

**E. *Association des pilotes d'Air Canada c Kelly, 2011 CF 120 [Kelly]***

[62] Air Canada et l'APAC ont toutes les deux présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision n° 2 du Tribunal, soutenant que l'article premier de la Charte ne justifiait pas l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. La juge Mactavish a rejeté leurs demandes, ce qui a empêché la présentation d'arguments concernant la question de l'âge normal de la retraite – jusqu'à ce que la décision de la juge Mactavish soit annulée par la Cour d'appel fédérale. Cependant, dans l'arrêt *Association des pilotes d'Air Canada c Kelly, 2012 CAF 209*, la Cour d'appel fédérale a finalement débouté les plaignants sur ce point, compte tenu des conclusions que la juge Mactavish avait tirées par la décision *Vilven* au sujet de l'âge normal de la retraite.

[63] En ce qui concerne la question des EPJ, seule Air Canada a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Elle a encore une fois fait valoir la contrainte que lui imposaient les normes de l'OACI régissant les vols internationaux.



[64] En ce qui concerne l'étendue des éléments à prendre en considération pour établir l'existence d'une contrainte excessive en matière d'accommodement, la juge Mactavish a rejeté la décision du Tribunal selon laquelle il pouvait faire plus qu'étudier les contraintes en matière de coûts, de santé et de sécurité. Air Canada avait allégué que l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire aurait des répercussions sur le moral des employés et qu'il s'agissait d'un élément pouvant être pris en compte.

[65] La juge Mactavish a analysé le paragraphe 15(2) en fonction du brocard « *expressio unius est exclusio alterius* » (le fait d'exprimer une chose en exclut une autre) et du principe que les moyens de défense prévus par les lois relatives aux droits de la personne doivent être interprétés de manière stricte. Elle a conclu qu'il fallait déduire de l'inclusion expresse de trois éléments précis que seuls ces trois éléments devaient être pris en considération.

[66] Elle a aussi conclu que, vu que les lois sur les droits de la personne constituent « le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation » et « le dernier recours des membres les plus vulnérables de la société » (*Zurich Insurance Co c Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 RCS 321, [1992] ACS n° 63 [*Zurich*], au paragraphe 18), seules les questions suffisamment graves pour avoir un effet démontrable sur les activités d'un employeur, et ce, d'une manière qui se rapporte aux coûts, à la santé ou à la sécurité, doivent être prises en compte en tant que moyens de défense. De plus, elle a présumé que le législateur avait pris connaissance des arrêts de la Cour suprême du Canada suivant lesquels la portée illimitée des éléments à prendre en considération pour établir l'existence d'une contrainte excessive traduisait l'intention du législateur de limiter ces éléments

à ceux expressément mentionnés dans la disposition. Comme, en toute déférence, je ne souscris pas à cette interprétation du paragraphe 15(2), je discuterai cette question, ainsi que d'autres points, plus loin.

[67] La juge Mactavish a annulé la décision du Tribunal par laquelle celui-ci avait rejeté le moyen de défense tiré des EPJ d'Air Canada. Elle a conclu qu'il n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve importants au sujet de la question de la contrainte concernant les répercussions sur le calendrier de vol qu'aurait le fait de garder à son service les pilotes plus âgés que ce qui était permis selon les normes de l'OACI pour les vols internationaux, ce qui voulait dire que cet élément de sa décision était dénué de la transparence et de la responsabilité que requiert une décision raisonnable.

[68] Elle a également conclu que, contrairement au point de vue du Tribunal, aucune concession n'avait été faite à l'égard des volets un et deux du critère consacré par l'arrêt *Meiorin*, et elle a renvoyé la question pour nouvel examen.

**F. *Kelly et Vilven c Air Canada et l'APAC, 2011 TCDP 10 [Kelly Tribunal]***

[69] Suivant les directives de la Cour dans la décision *Kelly*, le Tribunal devait tout d'abord examiner la question de savoir si Air Canada avait satisfait aux deux premiers volets du critère consacré par l'arrêt *Meiorin*, puis, elle devait se pencher sur la question de savoir si Air Canada avait prouvé qu'elle subirait une contrainte pour la période suivant 2006 en raison de complications dans l'établissement des horaires causées par l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire et des coûts associés à ces complications.

[70] Le Tribunal a souligné que les volets un et deux du critère consacré par l'arrêt *Meiorin* nécessitent une évaluation du caractère légitime de l'objectif général de la norme et de l'intention de l'employeur lorsqu'il l'a adoptée, et ce, pour garantir que, tant objectivement que subjectivement, la norme n'a pas un fondement discriminatoire.

[71] Le TCDP a conclu que, pendant des décennies, Air Canada avait participé à un processus de négociation légitime et important avec le syndicat des pilotes qui s'était conclu par une convention collective durable qui consacrait l'ancienneté et qui prévoyait la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans assortie d'une pension généreuse. Par conséquent, Air Canada avait été capable de gérer de façon efficace l'introduction de nouveaux pilotes afin de remplacer un nombre prévisible de pilotes prenant leur retraite. Ayant évalué cette situation tant de façon subjective que de façon objective, le Tribunal a conclu, selon la prépondérance de la preuve, que la disposition sur la retraite obligatoire n'avait pas de fondement discriminatoire. En l'espèce, les plaignants soutiennent qu'Air Canada n'a pas tenu compte des mesures qu'elle aurait pu prendre pour accommoder les pilotes prenant leur retraite afin de leur permettre de piloter un avion sans créer de contrainte excessive. Il s'agit d'un argument que je rejette, étant donné qu'une telle chose n'est pas possible dans les circonstances.

[72] Le Tribunal, par ce que je qualifierais d'analyse abrégée, a aussi conclu qu'Air Canada avait prouvé qu'elle subirait une contrainte excessive si elle accommodait les plaignants compte tenu des restrictions de la règle plus de 60/moins de 60 de l'OACI. Il a conclu que l'abolition de la retraite obligatoire résulterait en des conséquences négatives pour Air Canada : l'augmentation importante des coûts opérationnels, l'inefficacité dans l'établissement d'horaires pour les pilotes et, dans une

moindre mesure, des répercussions négatives sur le régime de retraite des pilotes et sur la convention collective, en particulier en ce qui concerne le maintien d'une règle efficace quant à l'ancienneté. À cet égard, il semblerait que le Tribunal n'a pas tenu compte de la directive énoncée dans la décision *Kelly*, suivant laquelle la question de la contrainte devait se limiter aux éléments énoncés au paragraphe 15(2).

[73] Dans l'affaire dont je suis saisi, il convient de souligner que le Tribunal a tiré une conclusion différente et qu'il a rejeté le moyen de défense tiré des EPJ d'Air Canada. Je rejette la demande d'Air Canada en annulation de cette décision du Tribunal par les motifs qui suivent.

**G. *Adamson c Air Canada, 2011 TCDP 11 [Adamson ou la présente affaire]***

[74] Telle est l'affaire dont je suis saisi. Une analyse détaillée est effectuée plus loin. Il y a deux questions qui découlent des décisions antérieures, mais qui sont fondées sur de nouveaux éléments de preuve : dans la décision *Vilven*, le moyen de défense fondé sur l'âge normal de la retraite invoqué par Air Canada, et, dans la décision *Kelly*, le moyen de défense tiré des EPJ invoqué par Air Canada et l'APAC.

**H. *Association des pilotes d'Air Canada c Kelly, 2012 CAF 209 [Kelly CAF]***

[75] Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision rendue dans l'affaire *Kelly*, qui rejetait l'argument d'Air Canada et de l'APAC selon lequel l'alinéa 15(1)c) de la LCDP pouvait se justifier au regard de l'article premier de la Charte. La Cour d'appel fédérale a conclu que cette question avait été tranchée par la Cour suprême du Canada par l'arrêt *McKinney* et que le Tribunal et la Cour avaient commis une erreur en concluant qu'ils n'étaient

pas tenus de suivre cette jurisprudence. La Cour d'appel fédérale a donc renvoyé l'affaire devant le Tribunal en lui donnant comme directive de rejeter les plaintes.

[76] À la suite du refus de la demande d'autorisation de pourvoi, il a été mis fin à l'affaire *Vilven*, comme cela a été confirmé dans la décision *Vilven c Air Canada*, 2013 CF 368, qui a rejeté l'appel de la décision rendue par le Tribunal dans l'affaire *Kelly* (2011 TCDP 10), et par laquelle la Cour a conclu que « la question juridique centrale a été entièrement réglée par l'arrêt de la Cour d'appel ».

### III. LES QUESTIONS EN LITIGE

[77] Les questions en litige en l'espèce sont les suivantes :

- a. Quelle est la norme de contrôle applicable?
- b. En ce qui concerne la détermination de l'âge normal de la retraite au titre de l'alinéa 15(1)c) de la Loi, le Tribunal a-t-il commis une erreur dans son interprétation du critère appliqué pour déterminer les transporteurs aériens dont les employés occupaient des postes semblables aux postes des pilotes d'Air Canada aux fins de l'établissement du groupe de comparaison?
- c. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en décidant qu'Air Canada n'avait pas le droit d'invoquer un moyen de défense tiré des EPJ au titre de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la Loi?
- d. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en décidant que l'APAC n'avait pas le droit d'invoquer un moyen de défense tiré des EPJ au titre de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la Loi, eu égard aux questions suivantes :

- i. Le moyen de défense au titre de l'alinéa 15(1)a s'applique-t-il à l'APAC en tant qu'organisation syndicale?
- ii. Le paragraphe 15(2) se limite-t-il aux contraintes en matière de coûts, de santé et de sécurité?
- iii. La LCDP interdit-elle à l'APAC de justifier la règle de la retraite à l'âge de 60 ans figurant dans la convention collective en prouvant qu'elle subirait une contrainte si elle s'adaptait à la modification de la règle, et, si ce n'est pas le cas, le Tribunal doit-il appliquer une version modifiée du critère consacré par l'arrêt *Meiorin* par rapport aux principes professés par l'arrêt *Renaud*?
- iv. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que l'élimination de la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans n'imposerait pas une contrainte excessive à l'APAC?
- e. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la règle de la convention collective portant sur la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans était discriminatoire?

#### IV. ANALYSE

##### A. La norme de contrôle

[78] Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné au paragraphe 54 de l'arrêt *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*], la norme déferente de la raisonnable est généralement appliquée lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à sa mission. Cependant, en l'espèce, il y a des questions de droit plus générales qui se posent et qui sont d'une « importance capitale pour le système juridique

[...] et étrangère au domaine d'expertise », comme il a été décrit dans l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 60.

[79] C'est la norme de contrôle de la décision correcte qui s'applique à la question de droit qui consiste à savoir si les syndicats ont le droit d'invoquer un moyen de défense tiré des EPJ au titre de l'alinéa 15(1)a) et à déterminer la portée des contraintes énoncées au paragraphe 15(2) de la LCDP. Comme un autre juge de la Cour a rendu des décisions sur des éléments de la question des EPJ et de celle de la contrainte subie, ces questions doivent être examinées selon la norme de la décision correcte. La question de la modification du critère consacré par l'arrêt *Meiorin*, tel qu'il a été appliqué pour les syndicats, n'a pas encore été tranchée, ni celle concernant l'exigence d'établir l'existence d'une discrimination véritable à titre d'élément de l'expression « acte discriminatoire » au sens de la LCDP.

[80] La norme de contrôle applicable concernant l'application par le TCDP de la directive énoncée dans la décision *Vilven* et son application du critère du groupe de comparaison est celle de la décision raisonnable. Il s'agit aussi de la norme de contrôle applicable pour l'ensemble de la décision du TCDP compte tenu de la preuve dont il disposait au sujet de la pension. Comme la Cour suprême du Canada l'a expliqué par l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 47, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

[81] La justification, la transparence et l'intelligibilité sont tous des éléments qui visent à fournir une explication raisonnable pour le fondement d'une décision, lui donnant ainsi sa légitimité.

[82] Une chose est justifiée lorsque les éléments qui l'expliquent sont ordonnés de manière logique pour aboutir à la conclusion. Une chose est intelligible lorsque son explication est compréhensible, de façon que la justification puisse être dégagée des motifs. La transparence relève, en réalité, de la justification et de l'intelligibilité. Un manque de transparence découle la plupart du temps de l'omission de prendre dûment en considération un point discordant important ou un fait qui fait obstacle à une explication logique et compréhensible. Le défaut important de satisfaire à l'une de ces trois exigences porte généralement un coup fatal à la décision.

[83] La norme de la décision correcte joue lorsqu'il n'y a qu'une seule réponse acceptable et non plusieurs. La Cour suprême a expliqué au paragraphe 50 de l'arrêt *Dunsmuir* que, dans de tels cas, la cour de révision « n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne. »

[84] De plus, en l'espèce, il est important d'opérer une distinction entre une nouvelle appréciation de la preuve et l'omission de tenir compte de facteurs ou de conclusions qui découlent de faits non-controversés fondés sur les éléments de preuve. L'appréciation des les éléments de preuve a trait à la question de la « vraisemblance ». Elle se rapporte à la crédibilité et à la fiabilité des éléments de preuve pour ce qui est d'établir une quelconque conclusion probante



pertinente. C'est au juge des faits, et non au juge du droit, qu'il appartient d'apprécier la preuve en vue de rendre une décision finale.

[85] Cependant, le juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire peut intervenir s'il conclut que le décideur a mal qualifié une conclusion ou un facteur important qui ressort logiquement ou manifestement des faits non contestés ou a omis d'en tenir compte. L'arrêt *Suresh c Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, va dans le sens de cette thèse de la manière suivante au paragraphe 37 :

37 C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter les passages de *Baker* où il est question de l'« importance accordée » à certains facteurs (par. 68 et 73-75). Il n'incombait à personne d'autre qu'au ministre d'accorder l'importance voulue aux facteurs pertinents. Cet arrêt n'a pas pour effet d'autoriser les tribunaux siégeant en révision de décisions de nature discrétionnaire à utiliser un nouveau processus d'évaluation, mais il repose plutôt sur une jurisprudence établie concernant l'omission d'un délégué du ministre de prendre en considération et d'évaluer des restrictions tacites ou des facteurs manifestement pertinents : voir *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 A.C. 147 (H.L.); *Re Sheehan and Criminal Injuries Compensation Board* (1974), 52 D.L.R. (3d) 728 (C.A. Ont.); *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Dagg*, précité, par. 111-112, le juge La Forest (dissident pour d'autres motifs).

[Non souligné dans l'original.]

## **B. L'alinéa 15(1)c) : l'âge normal de la retraite**

[86] L'alinéa 15(1)c) a depuis été abrogé. Quand il était en vigueur, il était libellé de la manière suivante :

15. (1) Ne constituent pas des actes discriminatoires :	15. (1) It is not a discriminatory practice if
---	--

[...]

[...]

<p>c) le fait de mettre fin à l'emploi d'une personne en appliquant la règle de l'âge de la retraite en vigueur pour ce genre d'emploi;</p>	<p>(c) an individual's employment is terminated because that individual has reached the normal age of retirement for employees working in positions similar to the position of that individual;</p>
---	---

[87] Comme je l'ai dit plus haut, le moyen de défense tiré de l'alinéa 15(1)c) de la LCDP a été invoqué avec succès à l'occasion de l'affaire *Vilven* à titre de moyen de défense contre les plaintes. Bien que l'alinéa 15(1)c) ait depuis été abrogé, il continue de régir cette instance, vu qu'il était en vigueur pendant la période de validité de la convention collective et au moment où les plaintes ont été déposées. La disposition a aussi survécu à une contestation constitutionnelle lorsqu'elle a été confirmée par la Cour d'appel fédérale.

[88] La façon dont il convient de définir le critère que la Cour a conacré par la décision *Vilven* (le critère conacré par la décision *Vilven*) en vue de déterminer quels pilotes constituaient le groupe de comparaison était la question centrale dont le Tribunal était saisi dans cette affaire. Bien entendu, je ne suis pas tenu d'appliquer le critère conacré par la décision *Vilven* si je devais conclure qu'il n'est pas approprié de le faire. Cependant, je conviens que la décision *Vilven* expose le critère approprié, s'il est correctement formulé, ce qui est ce sur quoi la question porte. Comme je l'ai mentionné, je souscris à la formulation du critère faite par les plaignants et, à ce titre, je considère qu'il s'agit du critère approprié pour déterminer quels pilotes constituent le groupe de comparaison en l'espèce.

**(1) Le critère conacré par la décision *Vilven***

[89] Le critère conacré par la décision *Vilven* visait principalement à déterminer quels transporteurs aériens (les transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de

comparaison) avaient des postes semblables à ceux des pilotes d'Air Canada. La façon de procéder adoptée pour y parvenir a été décrite comme une méthodologie « statistique », mais, en fait, cette méthodologie était fondée sur de simples calculs arithmétiques. Les pilotes des transporteurs aériens constituant le groupe de comparaison sont additionnés à ceux d'Air Canada, et le total est utilisé comme dénominateur. Les pilotes des transporteurs aériens qui doivent prendre leur retraite à l'âge de 60 ans sont additionnés, et le total obtenu est utilisé comme numérateur. Si le numérateur représente plus de 50 p. 100 du dénominateur, alors 60 ans est l'âge normal de la retraite et le moyen de défense puisé dans l'alinéa 15(1)c) joue.

[90] Par conséquent, la présente affaire repose sur la question de savoir quels sont les transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison. Si les pilotes des transporteurs aériens constituant le groupe de comparaison sont moins nombreux que ceux d'Air Canada, alors Air Canada a gain de cause, parce qu'elle domine l'industrie. S'ils sont plus nombreux que ceux d'Air Canada, les plaignants sembleraient avoir gain de cause, parce que l'âge de la retraite chez la plupart des autres transporteurs aériens est 65 ans, et que, ensemble, ces autres transporteurs l'emportent sur Air Canada et les quelques autres transporteurs aériens chez qui l'âge de la retraite est de 60 ans.

[91] Dans sa décision, la juge Mactavish a rejeté la conclusion du Tribunal selon laquelle les transporteurs aériens internationaux pouvaient être utilisés comme les transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison. Elle a plutôt utilisé comme critère les pilotes des transporteurs aériens canadiens possédant une liste de caractéristiques qu'elle a exposée aux paragraphes 111 et 112, sur laquelle les intimées se fondaient, qu'elle a reprise au paragraphe 170

en des termes légèrement différents. Ces deux versions de la liste peuvent recevoir des interprétations différentes. Les intimées se fondent sur la première version, qui figure aux paragraphes 111 et 112, alors que les plaignants se fondent sur la deuxième version, qui figure au paragraphe 170, qu'ils interprètent différemment. Les deux versions sont ainsi libellées :

La première version :

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

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

[Non souligné dans l'original.]

La deuxième version :

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

[92] Toutes les formulations susmentionnées du critère énoncé dans la décision *Vilven* renferment les mêmes quatre caractéristiques déterminantes de ce que font les pilotes des transporteurs aériens canadiens, c'est-à-dire, être aux commandes d'aéronefs (1) de tailles diverses et (2) de types divers transportant des voyageurs vers (3) des destinations intérieures et (4) des destinations internationales. La différence entre les positions adoptées par les parties et la

conclusion tirée au sujet de la détermination des pilotes constituant le groupe de comparaison est la question de savoir si les caractéristiques doivent être lues de façon conjonctive, en grande partie du fait de l'inclusion du mot « *both* » (« et » ou « à la fois » en français) aux paragraphes 111 et 112 ci-dessus, ou bien de façon disjonctive, comme le soutiennent les plaignants.

[93] Il s'agit d'une distinction importante, étant donné qu'une interprétation conjonctive aura pour effet d'exclure les transporteurs aériens dont les pilotes ne possèdent pas toutes les caractéristiques énoncées dans le critère de la Cour. En revanche, une interprétation disjonctive aura pour effet d'inclure les pilotes de tous les transporteurs aériens possédant l'une des caractéristiques de la liste décrite par la juge Mactavish.

[94] Pour appliquer le critère conacré par la décision *Vilven*, la Cour ne disposait que des éléments de preuve figurant dans l'exposé conjoint des faits au sujet des transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison. Comme les parties semblaient avoir convenu que les transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison étaient les grands transporteurs aériens internationaux, la preuve faisait état de 22 transporteurs aériens, et seulement six d'entre eux étaient des transporteurs aériens canadiens qui se rendaient à des destinations internationales. Les transporteurs aériens canadiens comprenaient les quatre principaux concurrents d'Air Canada à l'époque : WestJet, Air Transat, Skyservice et CanJet. Avec Air Canada et son ancienne filiale, Jazz Air, ces transporteurs aériens représentaient la totalité des transporteurs aériens canadiens qui, selon la juge Mactavish, avaient des postes de pilotes semblables. Compte tenu de ce groupe de transporteurs aériens dominés par Air Canada et Jazz, l'âge normal de la retraite de la majorité des pilotes des transporteurs aériens canadiens était de 60 ans.

[95] Dans la présente affaire, aucun exposé conjoint des faits n'a été présenté au Tribunal. Les parties ont plutôt présenté des éléments de preuve au sujet de 38 transporteurs aériens dont les pilotes, selon ce qu'on pouvait alléguer, faisaient ce que font les pilotes d'Air Canada, compte tenu des caractéristiques exposées dans le critère conacré par la décision *Vilven*.

[96] Pour déterminer les transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison, le Tribunal a adopté l'interprétation conjonctive d'Air Canada concernant le critère conacré par la décision *Vilven*, tel qu'il l'a implicitement énoncé au paragraphe 55 de sa décision et démontré dans son application du critère en vue de rayer de la liste des transporteurs aériens possédant au moins l'une des caractéristiques exposées par la juge Mactavish.

55 Comme dernier point, mais non le moindre, le capitaine Prentice a élaboré sa propre formule quant aux facteurs qui devraient servir à déterminer le groupe de comparaison. Il n'inclut que deux des cinq volets définis par la Cour. J'ai déterminé que les cinq volets devraient être utilisés pour déterminer le groupe en question.

[Non souligné dans l'original.]

[97] Du nombre total de transporteurs aériens au sujet desquels des éléments de preuve ont été présentés au Tribunal, seulement 11 plus petits transporteurs aériens, en plus de Jazz Air, satisfaisaient au critère énoncé dans la décision *Vilven* lu de façon conjonctive. Comme je l'ai mentionné, vu qu'Air Canada et son ancienne filiale Jazz Air dominaient l'industrie de par le nombre de pilotes qu'elles employaient, il a été conclu que la politique sur la retraite à l'âge de 60 ans s'appliquait à la majorité des pilotes, c'est-à-dire 56 p. 100 de tous les pilotes des transporteurs aériens constituant le groupe de comparaison.

[98] À mon avis, il importe de souligner que l'application du critère lu de façon conjonctive a eu comme effet d'éliminer les dix principaux grands concurrents d'Air Canada. Parmi les transporteurs aériens examinés dans la décision *Vilven* aux fins de l'établissement du groupe de comparaison, les sociétés Air Transat, Skyservice et CanJet ont été rayées de la liste, parce qu'elles ne faisaient pas de vols intérieurs, et WestJet, quant à elle, n'a pas été incluse dans la liste, parce qu'elle n'effectuait des vols qu'avec un seul type d'aéronef à réaction, bien que de différentes tailles.

[99] Un résultat qui a pour effet d'éliminer les principaux concurrents d'Air Canada en raison de l'application d'un critère visant à comparer les transporteurs aériens en fonction des similitudes des tâches et des responsabilités de leurs pilotes est manifestement déraisonnable et découle de l'application de principes erronés. J'examinerai maintenant l'explication du défaut du Tribunal d'appliquer les principes appropriés, qui a mené à l'issue inacceptable. À mon avis, cette issue doit être annulée, malgré la retenue dont je dois faire preuve à l'égard du décideur.

## (2) Le raisonnement du Tribunal

[100] Le Tribunal a tenté d'appliquer ce qu'il considérait comme l'essentiel des directives formulées par la Cour dans la décision *Vilven n° 1 Tribunal*. Par souci d'exhaustivité, et pour faciliter ma discussion, je reproduis intégralement le raisonnement que le Tribunal a exposé aux paragraphes 6 à 12 et 20 à 25 de sa décision, dont j'ai souligné les passages importants :

6 La Cour a affirmé que l'alinéa 15(1)c) amène à se poser deux questions : premièrement, « [q]uel est le groupe de comparaison approprié pour ce qui est d'établir le genre d'emploi que détenaient les plaignants? » et, deuxièmement, « [q]uel est l'âge de la retraite? »

7 En outre, pour évaluer si un emploi est le « genre » d'emploi occupé par les plaignants, il faudrait mettre l'accent sur les tâches et les responsabilités fonctionnelles objectives de l'emploi en question. C'est-à-dire, que font réellement les pilotes d'Air Canada?

8 Pour la Cour fédérale : « Ce que les pilotes d'Air Canada font essentiellement, c'est être aux commandes d'aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger » (paragraphe 111).

9 Ainsi, le bon groupe de comparaison devrait être celui des « pilotes au service de sociétés aériennes canadiennes et aux commandes d'aéronefs de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger » (paragraphe 112) (le critère).

10 La Cour reprend ce critère au paragraphe 125 de sa décision lorsqu'elle affirme ce qui suit : « Pour résumer mes conclusions sur ce point : l'essentiel de ce que font les pilotes d'Air Canada peut être décrit comme suit : “piloter des appareils de taille et de type divers, transportant des voyageurs vers des destinations à la fois intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger”. De nombreux pilotes canadiens occupent des postes semblables, y compris ceux qui sont au service d'autres entreprises de transport aérien canadiennes. Ce sont ces pilotes-là qui constituent le groupe de comparaison pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ».

11 La Cour a fait observer qu'à la date de l'exposé conjoint des faits soumis au Tribunal par les parties dans la décision *Vilven*, il existait au Canada cinq transporteurs aériens, à part Air Canada, qui s'occupaient de transporter des voyageurs vers des destinations intérieures et internationales : Jazz, Air Transat, CanJet, Skyservice et WestJet. Il n'y a rien dans cette observation qui semble indiquer que la Cour a reconnu que ces cinq compagnies aériennes satisfaisaient toutes au critère relatif au groupe de comparaison, énoncé aux paragraphes 112 et 125.

12 Fait intéressant, la Cour a poursuivi en disant au paragraphe 170 de sa décision : « comme il a été expliqué précédemment, je suis d'avis que le Tribunal a commis une erreur dans son identification du “genre d'emploi” ». « Ce sont les pilotes au service d'entreprises de transport aérien international canadiennes, aux commandes d'aéronefs de tailles diverses se rendant à des



destinations intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger, qui constituent le groupe de comparaison approprié ». Les expressions « transportant des voyageurs » et « à la fois » en ce qui concerne les destinations et « type » à propos de l'aéronef sont absents de cette formulation du critère relatif au groupe de comparaison.

[...]

*B. Quel devrait être le critère pour le groupe de comparaison?*

20 Au sujet du groupe de comparaison, les intimées acceptent la formule employée par la Cour aux paragraphes 112 et 125, et s'appuient sur celle-ci. Les plaignants ont une opinion différente. Tant les plaignants que la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) affirment que la formule prescrite par la Cour dans les deux paragraphes en question de sa décision ne devrait pas être appliquée à la lettre dans la détermination des groupes de comparaison appropriés. Au contraire, le critère énoncé par la Cour dans la décision *Vilven* a été déterminé par les faits de cette affaire et ne devrait être considéré que comme une ligne directrice qui aide le Tribunal à définir le groupe de comparaison.

21 Tant les plaignants que la CCDP attirent l'attention sur le paragraphe 170 de la décision *Vilven* en guise d'appui à leur position et proposent que le critère devrait tenir compte des « pilotes au service d'entreprises de transport aérien international canadiennes, aux commandes d'aéronefs de tailles diverses se rendant à des destinations intérieures et internationales, en traversant l'espace aérien canadien et étranger ». Ils affirment que la Cour a ajouté l'expression « à la fois » dans le critère relativement aux destinations intérieures et internationales pour insister sur le fait que le Tribunal avait commis une erreur en limitant le groupe de comparaison aux transporteurs aériens qui ne font que des vols à destination internationale. La Cour n'avait pas l'intention de faire en sorte que la définition du groupe de comparaison soit plus restrictive que celle du Tribunal. Le paragraphe devrait être pris isolément pour y inclure un transporteur aérien qui exploite des vols uniquement vers des destinations intérieures ou uniquement vers des destinations internationales.

22 En outre, tant les plaignants que la CCDP affirment que l'absence de l'expression « de type divers » dans le paragraphe 170 est logique, sinon, deux des principaux concurrents d'Air Canada, qui n'exploitent qu'un type d'aéronef, seraient exclus du groupe de comparaison.

23 Il en est ainsi même si leurs pilotes ne font essentiellement que ce que les pilotes d'Air Canada font, soit transporter les passagers vers des destinations nationales et internationales. La CCDP supprimerait également du critère l'expression « de tailles diverses » en faisant valoir que la taille n'a pas d'importance. Que l'aéronef soit petit, moyen ou gros, l'essentiel de ce que fait un pilote ne change pas.

24 Il est regrettable que la Cour ait poursuivi en définissant le critère relatif au groupe de comparaison pour une troisième fois et d'une façon quelque peu différente de celle figurant au paragraphe 170 de sa décision. La Cour n'a pas expliqué, à ce stade avancé de sa décision, pourquoi ce critère devrait être modifié. À mon avis, cela devrait être considéré davantage comme une question d'inattention plutôt que comme une redéfinition du critère en question.

25 Ce que le Tribunal doit faire en l'espèce est ce qu'a fait la Cour dans *Vilven*, soit poser la question suivante et y répondre : quel est l'essentiel de ce que font les pilotes d'Air Canada? Les éléments de preuve en l'espèce démontrent que ce que font les pilotes d'Air Canada est décrit par la Cour dans *Vilven* aux paragraphes 112 et 125. Ainsi, les facteurs à appliquer en l'espèce sont identiques à ceux qui ont été appliqués dans *Vilven* pour déterminer le groupe de comparaison approprié.

[Non souligné dans l'original.]

### (3) Les erreurs dans la décision du Tribunal

#### a) *Le caractère déraisonnable de l'élimination des concurrents d'Air Canada*

[101] Bien que je doive faire preuve de retenue envers le Tribunal, il n'est pas raisonnable d'éliminer les principaux concurrents d'Air Canada d'une liste de transporteurs aériens au Canada dont les pilotes font réellement la même chose que les pilotes d'Air Canada. À ce résultat illogique s'ajoutent de nombreuses erreurs de principe dans l'analyse du Tribunal, lesquelles erreurs sont exposées dans les diverses rubriques figurant ci-dessous.

b) *L'absence d'analyse fonctionnelle des postes*

[102] Dans la décision *Vilven*, la Cour a conclu que les tâches et les responsabilités des pilotes d'Air Canada, ce qu'ils font concrètement, devaient être le principal élément à prendre en considération pour déterminer le groupe de comparaison approprié.

[103] Comme les plaignants l'ont allégué, vu que la décision *Vilven* était fondée sur un exposé conjoint des faits, la juge Mactavish n'était pas tenue, ni en mesure, d'appliquer son critère en fonction des tâches et des responsabilités des pilotes d'Air Canada pour établir s'il y avait des postes semblables chez d'autres transporteurs aériens. La décision *Vilven* ne servait donc que de guide indiquant comment procéder.

[104] Contrairement à la décision *Vilven*, en l'espèce, les parties ont produit des éléments de preuve concrets au sujet des caractéristiques d'une grande variété de transporteurs aériens. Le Tribunal était donc tenu d'effectuer l'analyse fonctionnelle décrite dans la décision *Vilven* pour décider si les pilotes de ces transporteurs aériens faisaient réellement la même chose que les pilotes d'Air Canada. À moins d'avoir en premier lieu analysé les tâches des pilotes d'Air Canada et conclu que tous les postes possédaient chacune des cinq caractéristiques, le Tribunal ne pouvait pas éliminer les postes de pilotes d'autres transporteurs aériens, compte tenu du fait que ceux-ci ne possédaient pas l'une des caractéristiques, notamment si le transporteur aérien n'avait qu'un type d'aéronef ou s'il ne faisait que des vols intérieurs, et que cela avait pour effet de faire en sorte que les postes n'étaient pas similaires.

[105] Prenons par exemple les caractéristiques d'aéronefs de tailles et de types divers.

L'employeur avait le fardeau de prouver, compte tenu des tâches et des responsabilités des pilotes d'Air Canada, que les fonctions exercées par les pilotes d'Air Canada, qui exploite plus d'une taille et plus d'un type d'aéronefs, étaient suffisamment distinctes des fonctions exercées par les pilotes d'autres transporteurs aériens exploitant un seul type ou une seule taille d'aéronef pour que ces derniers ne fassent pas partie des transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison. Ce n'est qu'à ce moment que le Tribunal pouvait décider qu'un certain type ou une certaine taille d'aéronef devait être un facteur limitatif. La même exigence en matière de méthodologie s'appliquait aux transporteurs aériens exploitant uniquement des vols vers des destinations intérieures ou uniquement des vols vers des destinations internationales. Cela n'a pas été fait.

[106] Je suis toutefois à peu près certain qu'il serait difficile d'établir que les transporteurs aériens concurrents doivent être exclus sur le fondement d'une interprétation disjonctive, étant donné que les parties n'ont pas soutenu que les tâches et les responsabilités des pilotes, par exemple, d'Air Transat différaient de celles des pilotes d'Air Canada lorsqu'ils effectuaient des vols vers des destinations à l'étranger, de sorte qu'il était justifié d'éliminer Air Transat des transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison.

[107] De la même manière, il ne semble pas y avoir eu de raison d'éliminer WestJet des transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison en fonction du fait, sans pertinence d'un point de vue fonctionnel, que ses pilotes n'exploitent qu'un type d'aéronef. Il est évident que ses pilotes « font réellement » ce que les pilotes d'Air Canada « font

réellement ». WestJet étant le principal concurrent d'Air Canada luttant pour la même clientèle, les pilotes de WestJet « font réellement » ce que les pilotes d'Air Canada « font réellement » : ils effectuent les mêmes vols avec des types d'aéronefs semblables.

[108] La preuve démontrait que les pilotes d'Air Canada pouvaient seulement être aux commandes d'un type d'aéronef à la fois après avoir suivi une formation poussée pour ce type d'aéronef. S'ils changeaient d'aéronef, ils devaient suivre une formation pour le nouvel aéronef. Les tâches et les responsabilités véritables d'un pilote à un moment donné n'avaient trait qu'à un type d'aéronef.

[109] L'évidence du fait que WestJet et Air Transat doivent être considérées comme des transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison démontre que le Tribunal n'a pas bien suivi les directives énoncées dans la décision *Vilven*, qui précisait qu'il devait comparer les tâches et les responsabilités des pilotes et qui ne permettait pas qu'un transporteur aérien soit éliminé en raison d'un facteur qui n'avait aucune incidence sur ce que les pilotes faisaient réellement.

c) *L'absence d'analyse contextuelle du raisonnement formulé dans la décision Vilven*

[110] L'interprétation d'un mot ou d'une définition exige que le sens soit tiré du contexte des éléments qui sont considérés comme étant rattachés à la définition ou au mot proposé. En ce qui concerne l'interprétation par le Tribunal du concept des transporteurs aériens dont les pilotes

constituent le groupe de comparaison, je conclus tout d'abord que son raisonnement est circulaire et tautologique.

[111] Dans sa discussion, le Tribunal a souligné les différentes déclarations faites par la Cour au sujet du critère à utiliser pour déterminer les transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison en ce qui concerne l'utilisation du mot « *both* » pour les destinations intérieures et internationales. En concluant que le transport de passagers par un transporteur aérien devait se faire vers des destinations à la fois intérieures et internationales, il a donné le ton pour le traitement conjonctif des autres facteurs énoncés dans la liste de la juge Mactavish.

[112] Aucune explication logique n'a été donnée par le Tribunal concernant l'utilisation non uniforme du mot « *both* ». Sans une analyse contextuelle de l'intention de la Cour dans la décision *Vilven*, le fait que le Tribunal se soit fondé sur les trois formulations du critère, dont deux comprenaient le mot « *both* » et une ne le comprenait pas, n'était qu'une explication superficielle et déraisonnable de la raison pour laquelle la troisième formulation du critère, qui ne comprenait pas le mot « *both* », doit être « considéré[e] davantage comme une question d'inattention plutôt que comme une redéfinition du critère en question ».

[113] Le Tribunal s'est plutôt fondé, de façon illogique, sur sa propre preuve pour interpréter le sens de la directive donnée dans la décision *Vilven* : « Les éléments de preuve en l'espèce démontrent que ce que font les pilotes d'Air Canada est décrit par la Cour dans *Vilven* aux paragraphes 112 et 125 ». En toute déférence, le Tribunal ne pouvait pas se fonder sur les faits dont il était saisi pour tirer une conclusion après le fait de l'intention de la Cour dans la décision *Vilven*

lorsque celle-ci a défini le critère à appliquer aux faits dont elle était saisie. De plus, on pourrait aussi dire que la preuve démontre que les pilotes font ce qui a été décrit dans la décision *Vilven*, si l'on interprète de façon disjonctive la directive de la Cour, surtout si l'on tient compte du fait qu'en tout temps, aucun pilote n'exécute des tâches qui présentent simultanément toutes les caractéristiques du critère énoncé dans la décision *Vilven*.

[114] À cet égard, le Tribunal n'a pas répondu aux arguments des plaignants. Il y a simplement fait référence, ce qui dénote un manque de transparence. Comme le Tribunal n'a pas expliqué pourquoi il a rejeté les arguments fondés sur des principes des plaignants, qui appuyaient une application disjonctive du critère énoncé dans la décision *Vilven*, sa décision manquait de transparence et n'était pas justifiée. Cela vient vicier encore davantage l'issue déraisonnable qu'est l'élimination des principaux concurrents d'Air Canada en tant que transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison. J'estime que les arguments des plaignants sont convaincants et je les adopte en grande partie dans mon raisonnement que j'exposerai ci-dessous.

*d) La mise à l'écart d'une référence pour expliquer le sens du mot « both » (« et » ou « à la fois » en français)*

[115] Dans le cadre de l'analyse contextuelle du raisonnement énoncé dans la décision *Vilven*, j'ai déjà renvoyé au paragraphe 170 de la décision de la juge Mactavish, par laquelle celle-ci a fait référence au genre d'emploi relativement à des destinations intérieures et internationales sans utiliser le mot « *both* ». Le fait qu'elle n'a pas utilisé le mot « *both* » dans ce paragraphe ne semble pas involontaire, si l'on tient compte des autres explications qu'elle a données au paragraphe 173. Dans celui-ci, elle précise que les pilotes d'Air Canada et des transporteurs aériens dont les pilotes

constituent le groupe de comparaison doivent présenter les mêmes caractéristiques requises pour satisfaire à son critère :

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

[Non souligné dans l'original.]

e) *Un inférence selon laquelle la décision Vilven était fondée sur une interprétation erronée des éléments de preuve*

[116] De même, au paragraphe 113 de ses motifs, la Cour a renvoyé à des éléments de preuve provenant de l'exposé conjoint des faits concernant les « cinq grands transporteurs aériens [au Canada] (à part Air Canada) qui s'occupaient de transporter des voyageurs vers des destinations intérieures et internationales : Jazz, Air Transat, CanJet, Skyservice et WestJet ».

[117] Ainsi, Air Transat, Skyservice et CanJet ont été inclus dans la liste dont la juge Mactavish était saisie et ont été utilisés comme éléments de comparaison pour prendre en compte les employés occupant des postes semblables à ceux des pilotes d'Air Canada dans l'affaire *Vilven*, mais ils ont été rejetés en tant que transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison par le Tribunal dans cette affaire. Au paragraphe 174 de sa décision, le Tribunal a conclu que ces transporteurs aériens ne satisfaisaient pas à la définition de l'expression « service intérieur », parce



qu'en tant qu'exploitants de vols d'affrètement, ils n'effectuaient que des vols vers des destinations internationales.

[118] Vu les motifs rendus par la juge Mactavish, le Tribunal savait, ou du moins aurait dû savoir, qu'elle avait conclu que les pilotes des autres transporteurs aériens canadiens étaient aux commandes d'aéronefs de tailles diverses transportant des passagers vers des destinations intérieures et internationales, ce qui ne pouvait être possible que si les facteurs du critère étaient traités de manière disjonctive.

[119] S'il n'acceptait pas cette explication, le Tribunal aurait dû conclure que la juge Mactavish avait mal interprété la preuve et conclu à tort qu'Air Transat, Skyservice ou CanJet effectuait des vols vers des destinations intérieures et internationales.

[120] Je n'estime pas qu'il s'agisse d'une conclusion raisonnable, étant donné l'explication plus logique selon laquelle les facteurs du critère devaient être traités de manière disjonctive. Ce n'est que de cette façon que l'on peut éviter une issue manifestement déraisonnable qui exclut les principaux concurrents d'Air Canada, même si on s'attendrait à ce que leurs pilotes occupent des postes dont les tâches et les responsabilités sont celles qui ressemblent le plus à celles d'Air Canada.

*f) L'utilisation d'un groupe de comparaison trop restreint*

[121] Un autre aspect contextuel du raisonnement de la juge Mactavish est le malaise qu'elle éprouvait par rapport à la limitation des transporteurs aériens dont les pilotes constituaient le groupe de comparaison à ceux faisant affaire au Canada, en raison de la position dominante d'Air Canada,

qui avait pour effet de fixer la norme dans une défense de nature statistique contre une disposition discriminatoire. Cela préoccupait la Cour, comme on peut le voir aux paragraphes 171 et 172 des motifs :

[171] Je souscris aussi à l'observation du Tribunal selon laquelle l'utilisation de données canadiennes à des fins comparatives pose des problèmes. Citant la décision du Tribunal dans *Campbell*, le Tribunal a fait remarquer qu'en raison de la position dominante d'Air Canada au sein de l'industrie canadienne du transport aérien, une comparaison des emplois de pilote au sein du Canada aurait pour résultat que ce serait Air Canada qui fixerait la norme applicable à l'industrie. Cela permettrait à cette société de déterminer en pratique l'« âge de la retraite en vigueur » pour l'application de l'alinéa 15(1)c) de la Loi.

[Non souligné dans l'original.]

[122] Étant donné la préoccupation exprimée au sujet du fait que la position dominante d'Air Canada au sein de l'industrie fausserait les résultats de toute étude qui serait faite concernant l'âge normal de la retraite des pilotes canadiens, il est peu probable que la Cour ait voulu proposer un critère qui aurait pour effet de restreindre grandement le nombre de transporteurs aériens dont les pilotes constituent le groupe de comparaison, par rapport à un critère qui semblerait plus inclusif. À mon avis, il s'agissait d'un facteur contextuel provenant des motifs de la décision *Vilven* que le Tribunal aurait dû prendre en considération lorsqu'il a appliqué le critère de la juge Mactavish.

g) *Une interprétation contextuelle du mot « both »*

[123] Le mot « *both* » est un mot essentiellement ambigu parce qu'il peut être employé dans différentes circonstances à différentes fins. Par exemple, il peut être utilisé pour mettre l'accent sur une réponse inclusive à une question concernant un choix. Lorsqu'un hôte demande à son invité quel type de légume il voudrait dans son assiette, l'invité pourrait répondre « *both* », ce qui signifie

que l'invité voudrait avoir « *both* » (« les deux ») légumes dans son assiette. Cependant, lorsqu'un hôte demande à son invité si celui-ci aime généralement le thé ou le café, l'invité pourrait aussi répondre « *both* », ce qui, cette fois-ci, voudrait dire qu'il aimerait bien avoir « *either* » (« l'un ou l'autre »), mais qu'il ne s'attendrait pas à ce qu'on lui serve les deux en même temps.

[124] La Cour a effectivement dû répondre à une question semblable relativement à la définition donnée par le Tribunal des caractéristiques d'un transporteur aérien dont les pilotes constituent le groupe de comparaison. Elle a dû se pencher sur la décision *Vilven n° 1 Tribunal* par laquelle on a soulevé la question des caractéristiques essentielles des postes occupés par les pilotes d'Air Canada. Le Tribunal a dit que la principale caractéristique était « qu'ils effectuaient des vols internationaux réguliers [ou] à bord de gros-porteurs, vers de nombreuses destinations à l'étranger, pour une importante entreprise de transport aérien international ».

[125] Contextuellement, au final, le Tribunal demandait à la Cour s'il devait utiliser seulement les vols internationaux comme principale caractéristique aux fins de comparaison, ce à quoi la Cour a répondu : [TRADUCTION] « non, utilisez les vols vers des destinations à la fois intérieures et internationales ». Cette réponse s'applique de la même manière aux gros-porteurs et aux aéronefs de plus petite taille.

[126] Dans les circonstances, il est compréhensible que la juge Mactavish ait voulu mettre l'accent sur le fait que les pilotes des transporteurs aériens constituant le groupe de comparaison ne devaient pas être limités aux pilotes commandant un type d'aéronef (gros-porteurs) ou aux pilotes de transporteurs aériens effectuant uniquement des vols vers des destinations internationales.

[127] Je conclus que, dans le contexte de ses motifs, la Cour a utilisé le mot « *both* » pour s'assurer qu'il était entendu que le fait d'effectuer des vols uniquement vers des destinations internationales était insuffisant en tant que facteur de comparaison limitatif, tout comme le critère ne devait pas se limiter aux transporteurs aériens effectuant des vols avec un seul type ou une seule taille d'aéronef.

**(4) Conclusion concernant l'âge normal de la retraite**

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

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

[130] L'erreur que le Tribunal a commise lorsqu'il a appliqué un critère d'exclusion restreint en se fondant sur une interprétation conjonctive des facteurs a abouti à une issue déraisonnable qui a eu pour effet d'éliminer des éléments de comparaison appropriés, soit les concurrents d'Air Canada dont les pilotes exécutaient des tâches et assumaient des responsabilités qui étaient manifestement semblables à celles des pilotes d'Air Canada.

[131] Selon le critère approprié, le Tribunal devait examiner les tâches et les fonctions des pilotes d'Air Canada, telles qu'elles avaient été établies par l'employeur, puis examiner les tâches et les fonctions des pilotes d'autres transporteurs aériens en fonction de l'exposé conjoint des faits. Ce n'est qu'après un tel examen qu'il pouvait conclure que, compte tenu des caractéristiques des postes évalués suivant la décision *Vilven*, les tâches et les fonctions des pilotes des autres transporteurs aériens étaient assez semblables ou différentes pour que les transporteurs aériens soient inclus ou exclus en tant qu'éléments de comparaison à prendre en considération. Il ne faut pas oublier que, tout au long des procédures, la charge de la preuve sur cette question incombait à Air Canada.

[132] Par conséquent, la demande des plaignants est accueillie, et la décision rendue par le Tribunal dans le dossier 2011 TCDP 11 à l'égard de l'âge normal de la retraite est annulée et renvoyée pour nouvel examen. Dans son nouvel examen, le Tribunal devra appliquer de façon disjonctive les facteurs du critère énoncé dans la décision *Vilven*. Il devra aussi déterminer les similitudes en fonction de ce que les pilotes font réellement, c.-à-d., répondre à la question de savoir si les caractéristiques des postes des pilotes aux commandes de gros et de petits aéronefs sont semblables, et ainsi de suite.

**C. LE MOYEN DE DÉFENSE FONDÉ SUR LES EXIGENCES PROFESSIONNELLES JUSTIFIÉES INVOQUÉ PAR AIR CANADA**

[133] Comme je l'ai dit plus haut, dans l'affaire *Kelly*, Air Canada a obtenu l'annulation de la décision du TCDP qui rejetait son moyen de défense tiré des EPJ. Le nouvel examen ordonné par la Cour n'a jamais eu lieu, parce que la Cour d'appel fédérale a mis fin à l'affaire lorsqu'elle a conclu que le moyen de défense tiré de l'âge normal de la retraite jugé applicable dans la décision *Vilven* était constitutionnel.

[134] Air Canada sollicite maintenant la solution retenue à l'occasion de l'affaire *Kelly*. Elle cherche à faire annuler la décision que le TCDP a rendue en 2011, par laquelle il a conclu que la règle de la retraite obligatoire ne constituait pas un moyen de défense tiré des EPJ pour les pilotes d'Air Canada, comme le prévoit le paragraphe 15(1) de la LCDP. Air Canada soutient que l'appréciation par le Tribunal d'éléments de preuve clés non controversés ne satisfait pas au critère de l'intelligibilité, de la transparence et de la justification et que la décision doit donc être annulée vu qu'elle est déraisonnable.

[135] Je rejette ces arguments. Je conclus que le Tribunal a correctement examiné la preuve et qu'il a eu raison de rejeter le moyen de défense tiré des EPJ d'Air Canada.

[136] Lorsqu'il a examiné l'analyse en trois volets du moyen de défense tiré des EPJ exposée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Meiorin*, pour une deuxième fois, le Tribunal a évité, tout comme il l'a fait dans la décision *Vilven n°2 Tribunal*, de statuer sur la question de savoir si Air Canada satisfaisait aux deux premières conditions en ce qui concerne la légitimité de l'objectif visé par la norme et la bonne foi de l'employeur lorsqu'il a adopté la norme. Le Tribunal a seulement

souligné que « les parties ne contestent pas vraiment cela puisque leur désaccord porte plutôt sur la troisième étape, soit celle des mesures d'accommodement obligatoires ».

[137] Lorsqu'il s'est penché plus loin sur le moyen de défense tiré des EPJ de l'APAC, le Tribunal a semblé renvoyer à la situation d'Air Canada, en formulant comme commentaire qu'il était difficile de voir comment l'âge du pilote avait quelque lien que ce soit avec l'exécution du travail, alors que Transport Canada n'imposait pas de restriction en matière d'âge maximal.

[138] On ne sait pas trop si cette observation signifiait qu'Air Canada ne satisfaisait pas au premier volet du critère consacré par l'arrêt *Meiorin*, parce que l'âge n'avait pas de lien avec une norme de rendement des pilotes. Je ne peux laisser planer aucun doute à propos de cette question, parce que, comme nous pourrons le constater plus loin, la satisfaction par Air Canada au premier volet du critère consacré par l'arrêt *Meiorin* est pertinente quant aux conclusions que je tire concernant le droit qu'a l'APAC d'invoquer un moyen de défense tiré des EPJ.

[139] Je conclus que le fait d'être âgé de plus de 60 ans était effectivement une EPJ dont il fallait tenir compte en ce qui concerne la capacité des pilotes à effectuer leur travail au cours des années en question. Il ressort des éléments de preuve que les règles obligatoires imposées aux transporteurs aériens canadiens aux termes des traités de l'OACI interdit à Air Canada d'effectuer environ 90 p. 100 de ses vols lorsque le capitaine est âgé de plus de 60 ans, à moins qu'il soit accompagné d'un copilote âgé de moins de 60 ans.

[140] Par conséquent, en fonction de l'âge des capitaines et des copilotes disponibles, il pourrait y avoir une impasse qui empêcherait les pilotes d'exécuter leurs tâches et qui exigerait la prise de mesures correctives coûteuses. Si ces impasses potentielles devaient se concrétiser, elles constitueraient probablement un moyen de défense légitime tiré des EPJ.

[141] Dans la décision *Kelly*, la juge Mactavish a aussi conclu que l'âge des pilotes était un élément à prendre en considération pour le moyen de défense tiré des EPJ d'Air Canada en raison des problèmes d'établissement des horaires de vol que pourraient poser les pilotes âgés de plus de 60 ans du fait de l'application des règles en question de l'OACI. Le Tribunal n'ayant pas dûment examiné la question, la juge Mactavish a annulé la décision de ce dernier et a renvoyé la question pour nouvel examen. Dans la présente affaire, le Tribunal a pris en considération le facteur de l'âge.

[142] Les plaignants ont limité leurs observations sur les deux premiers volets du critère consacré par l'arrêt *Meiorin* devant la Cour aux questions ayant trait au défaut de l'employeur de chercher à trouver d'autres façons de faire le travail qui n'avaient pas d'effet discriminatoire. Comme je suis d'accord avec le Tribunal pour dire qu'aucune contrainte excessive n'a été établie par Air Canada, je n'ai pas besoin d'examiner à ce stade-ci la question concernant le dossier T-1453-11.

[143] Cependant, en ce qui concerne le dossier T-1463-11, comme je conclus que l'APAC subirait une contrainte excessive du fait de la violation des droits de ses membres en matière d'emploi, selon moi, la question des mesures d'accommodement d'ordre procédural ne se pose pas pour le syndicat. Ses membres font en quelque sorte la [TRADUCTION] « file »; il n'existe pas de possibilité



d'accommodement partiel, parce que, immanquablement, toute tentative de prendre des mesures d'accommodement en faveur d'un membre du syndicat nuit à un autre membre.

[144] Le Tribunal n'avait pas de position claire au sujet des deux premiers volets du critère consacré par l'arrêt *Meiorin*, mais il a néanmoins procédé à l'examen de la question des mesures d'accommodement, et il a conclu qu'Air Canada ne subirait pas de contrainte excessive si la disposition sur la retraite obligatoire était éliminée. Air Canada a fait valoir que l'application des règles de l'OACI aboutirait à une impasse pour ce qui est de l'établissement des horaires de vol. Elle devrait donc embaucher et former de nouveaux employés, et les frais supplémentaires qu'elle devrait supporter pour remédier au problème constitueraient une contrainte excessive.

[145] Le Tribunal a accepté l'hypothèse sur laquelle reposait l'argument d'Air Canada, mais il a conclu que l'argument était conjoncturel, parce que, concrètement, la répartition des capitaines et des copilotes selon l'âge était telle qu'il était peu probable qu'il y ait impasse.

[146] La preuve dont le Tribunal était saisi était différente de celle dont la Cour était saisie dans l'affaire *Kelly* lorsque la question du moyen de défense tiré des EPJ a été examinée. Selon les conclusions formulées par la Cour dans cette affaire, différents scénarios aboutissant à une impasse à des pourcentages moins élevés étaient présentés (voir les paragraphes 446 à 451 de la décision). De plus, la question de prévoir les rapports ultérieurs entre les capitaines et les copilotes ne semble pas avoir été traitée dans la décision du Tribunal.

[147] En l'espèce, Air Canada a cité trois passages des motifs du Tribunal dans lesquels, selon elle, le TCDP a mal interprété la preuve ou bien s'est fondé sur des considérations erronées. L'allégation la plus importante était celle selon laquelle le Tribunal n'avait pas compris la nature du témoignage de M. Tarapasky, gestionnaire, Horaires des équipages de vol, en charge de l'automatisation et des processus pour les opérations aériennes. Air Canada a qualifié le témoignage de M. Tarapasky de la manière suivant dans son mémoire :

[TRADUCTION]

Si la politique sur la retraite obligatoire est abolie, tout changement éventuel aux données démographiques des pilotes d'Air Canada sera nécessairement de nature hypothétique : à l'heure actuelle, la politique sur la retraite obligatoire nous empêche de savoir avec certitude quelles seraient les données démographiques des pilotes si la retraite obligatoire était éliminée.

[148] À l'appui de cet argument, Air Canada souligne que, dans l'affaire *Kelly*, la Cour a annulé la décision que le Tribunal avait rendue au sujet de l'EPJ, parce qu'il n'avait pas compris que « l'expérience du capitaine Duke n'obligeait pas à prendre en considération le nombre réel de capitaines-commandants de bord et de premiers officiers âgés de plus de 60 ans qui se trouvaient à Vancouver à ce moment. L'expérience avait pour objet de déterminer s'il était possible de produire un horaire de vol en tenant compte du fait que 10 % de chaque groupe était potentiellement restreint. »

[149] Je ne souscris pas à l'argument d'Air Canada et, en outre, je conclus que la jurisprudence *Kelly* n'a aucune incidence sur la présente affaire, étant donné la nature très différente des éléments de preuve dont le Tribunal était saisi dans l'affaire *Kelly* par rapport à la preuve dans la présente affaire. Il ne ressort pas des éléments de preuve en l'espèce qu'il serait difficile d'établir un calendrier de vol, à moins qu'une forte proportion de copilotes ait plus de 60 ans.

[150] Dans la présente affaire, le Tribunal a expressément fait référence au témoignage de M. Tarapasky et, à mon avis, a bien cerné la préoccupation d'Air Canada, qui craignait que, si l'âge de la retraite passait à (63 ou à 65 ans?), cela pourrait donner lieu au jumelage de capitaines et de copilotes âgés de plus de 60 ans, et l'application de la norme de l'OACI exigerait la prise de mesures correctives coûteuses. Je cite, à titre d'exemple, le paragraphe 270 de la décision du Tribunal :

270 M. Tarapasky a eu recours à la même méthodologie pour le reste des expériences. Pour les copilotes de B777 de la base de Vancouver, en juin 2009, le nombre réel de pilotes s'élevait à 46 CA et à 73 copilotes. Dans cette expérience, aucune solution n'a été trouvée au niveau où 50 % des CA étaient susceptibles de faire l'objet de restrictions et où 30 % des copilotes étaient susceptibles de faire l'objet de restrictions.

[151] Aux paragraphes 271 à 274 de sa décision, le Tribunal a exposé des cas semblables tirés du témoignage de M. Tarapasky, et a soulevé que des combinaisons semblables de capitaines et de copilotes aboutiraient à une impasse pour d'autres types d'aéronefs à Vancouver, à Toronto et à Montréal.

[152] Dans ses conclusions, le Tribunal a souligné les contestations de la validité des hypothèses sous-tendant les conclusions de M. Tarapasky, selon lesquelles il fallait que les copilotes demeurent copilotes et qu'une grande proportion de copilotes ait plus de 60 ans.

[153] Je cite les paragraphes 418 à 421 de la décision :

[418] Il ressort de la preuve que certaines combinaisons de capitaines et de copilotes susceptibles de faire l'objet de restrictions atteignent un seuil à partir duquel le SPFP ne peut produire une solution en ce

concerne le créneau horaire. Il est fait référence ici aux gros-porteurs d'Air Canada. M. Tarapasky a formulé l'hypothèse selon laquelle les pilotes sur ces vols seraient les plus expérimentés et les plus âgés des groupes de pilotes d'Air Canada.

[419] Le professeur Kesselman a contesté la validité de cette hypothèse en soutenant que, en l'absence d'une retraite obligatoire, les copilotes ne seraient pas confinés à ce poste et qu'ils seraient promus au rang de capitaine. En outre, à son avis, les hypothèses formulées par M. Tarapasky dans son modèle, à savoir que les copilotes resteraient des copilotes et qu'une forte proportion d'entre eux auraient plus de 60 ans, ne sont pas nécessairement valides, compte tenu du fait qu'ils ont été embauchés à des âges différents et que d'autres facteurs ont eu une incidence sur leurs promotions.

[420] Le professeur Kesselman a déclaré que les pilotes qui sont en haut de la liste d'ancienneté dans chaque catégorie d'emploi ne sont pas nécessairement ceux qui auront plus de 60 ans. L'ancienneté est déterminée par les années de service à Air Canada. Les pilotes peuvent être embauchés à des âges différents et il pourrait y avoir des personnes qui ont cumulé plus d'ancienneté, mais qui sont moins âgées et inversement. Selon le professeur, davantage de copilotes tendront à être plus jeunes et, à la longue, sans la retraite obligatoire, il serait plus facile de respecter la règle de l'OACI.

[421] Le modèle de M. Tarapasky exige des pourcentages beaucoup plus élevés de copilotes de plus de 60 ans, dans la plupart des cas, 30 %, 40 % ou même 50 %, avant qu'il n'aboutisse à cette impasse où il ne peut pas faire l'appariement et ne peut respecter la règle de l'OACI.

[154] En outre, le témoignage du professeur Kesselman, qui a été reconnu à titre d'expert dans le domaine de l'économie du travail, a joué un rôle important dans la décision du Tribunal. On renvoie à cette preuve aux paragraphes 288 et 299 des motifs. Le Tribunal cite le professeur Kesselman, qui a souligné l'absence d'études empiriques, de sorte qu'on ne pouvait même pas donner « un ordre de grandeur » du nombre de pilotes qui décideraient de continuer de travailler après 60 ans, et qui a qualifié les estimations d'« estimation[s] au jugé » qui, au mieux, reposaient sur des éléments de preuve circonstanciels.

[155] Dans un extrait de la transcription de l'audience, le président du Tribunal pose des questions à M. Tarapasky à ce sujet. Ce dernier convient qu'il se pouvait que les pourcentages de capitaines et de copilotes dans les modèles ne soient jamais atteints (volume VII du dossier de la demande d'Air Canada (T-1453-11), page 3428 [page 1900-1 de l'extrait de la transcription]).

[156] De même, le capitaine Duke, directeur général, Ressources de l'équipage, chez Air Canada, a déclaré en contre-interrogatoire [TRADUCTION] « je ne sais pas quelle sera l'incidence véritable [de l'élimination de la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans], parce que je ne sais pas combien de pilotes vont continuer à travailler dans les faits ». (Transcription, volume 10, page 2337.)

[157] Le Tribunal a aussi examiné le témoignage du capitaine Duke et de M. Rikk Salamat, expert en analyse de convention collective, au sujet de la répartition par âge des copilotes, et a souligné que très peu de copilotes avaient le niveau d'ancienneté le plus élevé, un facteur sur lequel je me suis fondé à l'égard de l'appel de l'APAC.

[158] Par conséquent, je rejette l'argument d'Air Canada selon lequel le Tribunal a mal interprété les modèles de M. Tarapasky lorsqu'il a supposé [TRADUCTION] « que les pilotes [effectuant des vols à bord de gros-porteurs] seraient les plus expérimentés et les plus âgés des groupes de pilotes d'Air Canada ». Les conclusions du Tribunal ne portaient que sur l'âge des copilotes et avaient été formulées en fonction du témoignage du professeur Kesselman, qui exposait et contestait l'hypothèse sur laquelle étaient fondés les modèles de M. Tarapasky.

[159] Air Canada a aussi critiqué le Tribunal pour avoir qualifié les conclusions de M. Tarapasky d'« aperçu [qui] ne vise qu'un mois ». Le Tribunal s'est expressément fondé sur le témoignage du capitaine Duke, qui a admis la faiblesse du modèle de M. Tarapasky, qui était fondé sur les données d'un seul mois.

[160] Pour conclure, le Tribunal a rendu une décision raisonnable, pour ce qui est de la justification de l'issue, et intelligible, pour ce qui est de l'explication de la conclusion selon laquelle Air Canada ne s'était pas acquittée de son fardeau de prouver qu'elle subirait une contrainte excessive si la règle de la retraite à l'âge de 60 ans était éliminée et qu'elle ne pouvait donc pas invoquer le moyen de défense tiré des EPJ au titre de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP.

[161] Par conséquent, la demande d'Air Canada est rejetée.

#### **D. LE MOYEN DE DÉFENSE FONDÉ SUR L'EXIGENCE PROFESSIONNELLE JUSTIFIÉE PRÉSENTÉ PAR L'APAC**

##### (1) Introduction

[162] Le Tribunal a également rejeté le moyen de défense tiré des EPJ présenté par l'APAC, et a conclu que l'APAC n'avait pas satisfait aux exigences des trois volets du critère énoncé par l'arrêt *Meiorin*. Le Tribunal a estimé qu'il n'y avait pas de lien entre l'âge, l'exécution du travail en tant que pilote de ligne et la qualité de membre d'un syndicat, de telle sorte que l'APAC n'avait pas réussi à satisfaire aux volets un et deux du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*.

[163] Il semble aussi que, si l'existence d'une contrainte avait été établie, le Tribunal aurait rejeté le moyen de défense tiré des EPJ, compte tenu du fait qu'une contrainte ayant trait à une

représentation de membres d'un syndicat est exclue au paragraphe 15(2) de la LCDP, parce qu'elle ne fait pas partie des trois catégories que le législateur a énumérées à cette disposition, à savoir la santé, la sécurité et le coût. Le caractère sacré de la convention collective n'entrerait certainement pas dans l'une ou l'autre de ces catégories. Quand bien même ce ne serait pas le cas, en raison de la portée limitée du paragraphe 15(2) de la LCDP établie par l'arrêt *Kelly CAF*, la seule preuve de l'existence d'une contrainte présentée par l'APAC était de nature financière.

[164] Malgré les obstacles susmentionnés que le syndicat devait surmonter pour obtenir gain de cause, le Tribunal a estimé qu'« il était néanmoins prudent » (au paragraphe 347) d'examiner la question de savoir si les membres du syndicat avaient subi une contrainte excessive par suite de l'élimination des dispositions sur la retraite obligatoire. Même si le fondement d'une telle prudence n'a pas été précisé, il découlait vraisemblablement des observations faites par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Renaud*, où elle a reconnu qu'un syndicat pouvait être libéré d'une obligation d'accommodement en raison d'une pratique discriminatoire si l'accommodement était de nature à entraîner une contrainte excessive à d'autres membres du syndicat.

[165] Quelle que soit la raison subsumée par le mot « prudence », le Tribunal a analysé la contrainte économique liée aux conséquences financières pour les pilotes d'Air Canada, entraînées par l'élimination des dispositions sur la retraite obligatoire. L'analyse du Tribunal était fondée sur un report théorique de l'âge moyen de départ à la retraite à l'âge de 63 ans, en fonction de l'expérience américaine qui consiste à reporter l'âge de départ à la retraite à 65 ans. Le Tribunal a conclu que, même si « le choix est difficile » (au paragraphe 401), selon la prépondérance des

probabilités, l'effet particulier négatif sur les pilotes n'avait pas atteint le seuil de la contrainte excessive.

[166] Si le Tribunal avait conclu à l'existence d'une contrainte excessive, le moyen de défense du syndicat fondé sur les EPJ aurait tout de même été rejeté, parce que le syndicat n'aurait pas satisfait aux volets un et deux du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*. À cet égard, le Tribunal n'était pas dans la mauvaise situation où il devait rendre une décision à l'encontre de l'APAC au regard d'une conclusion selon laquelle l'élimination des dispositions sur la retraite obligatoire entraînerait une contrainte à ses membres. Le fait de rendre une décision défavorable à l'encontre de l'intimée, malgré le fait qu'elle avait établi l'existence d'une contrainte excessive, minerait l'objet de la LCDP par l'imposition d'une responsabilité absolue alors que ses actions étaient justifiées.

[167] Malheureusement, je n'ai pas échappé à ce dilemme, dans la mesure où je conclus que l'élimination des dispositions sur la retraite obligatoire causerait une contrainte financière excessive aux membres du syndicat. Comme nous le verrons plus loin, j'estime que le Tribunal n'a pas examiné les facteurs et les conclusions indéniables découlant de la preuve présentée par M. Salamat et qu'il a appliqué des principes erronés. Cela a donné lieu à la conclusion déraisonnable selon laquelle les pilotes de ligne les plus jeunes ne supporteraient pas la contrainte excessive causée par l'effet particulier négatif qui découlerait de l'élimination, dans la convention collective, des dispositions sur la retraite obligatoire.

[168] Vu que la Cour suprême du Canada enseigne, par la jurisprudence *Renaud*, qu'il n'y a pas lieu d'imposer une responsabilité à un syndicat sans qu'il soit permis à ce dernier de justifier ses



actions, je crois devoir réexaminer les obstacles juridiques qui empêcheraient l'APAC de défendre ses actions d'une manière pleine et entière.

[169] Cela signifie qu'il faut réexaminer l'alinéa 15(1)a) et le paragraphe 15(2) de la LCDP ainsi que la pertinence de la jurisprudence *Meiorin* dans le cas d'un syndicat. Par suite de cette analyse, j'appliquerai le critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*, mais il s'agira d'un critère modifié à quatre volets, pour examiner le moyen de défense de l'ACAP fondé sur les EPJ. Le critère modifié comprend un volet supplémentaire – mentionné dans l'arrêt *Renaud* – qui exige que la Cour analyse la question de savoir si l'importance de prévenir la discrimination fondée sur l'âge empêche l'adoption d'une norme moins stricte malgré l'imposition d'une contrainte excessive.

## (2) Les dispositions de la LCDP concernant les EPJ

[170] Les arguments juridiques des plaignants comportaient deux volets. Premièrement, ils ont soutenu que l'APAC ne pouvait pas avancer le moyen de défense tiré des EPJ, parce que l'alinéa 15(1)a) de la LCDP ne faisait pas mention des syndicats. Deuxièmement, ils ont soutenu que la nature de la contrainte subie par le syndicat, si elle est établie, n'était pas mentionnée au paragraphe 15(2) de la LCDP, lequel limite le moyen de défense susmentionné aux questions de santé, de sécurité et de coût. Les dispositions pertinentes de la LCDP, qui ne sont pas soulignées dans l'original, sont ainsi libellées :

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances

2. The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are

d'épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l'état de personne graciée.

able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

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

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

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

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

b) de le défavoriser en cours d'emploi.

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

on a prohibited ground of discrimination.

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

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

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

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

b) de conclure des ententes touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les

(b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any

mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel.

other matter relating to employment or prospective employment,

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

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

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

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

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

[...]

[...]

d) le fait que les conditions et modalités d'une caisse ou d'un régime de retraite constitués par l'employeur, l'organisation patronale ou l'organisation syndicale prévoient la dévolution ou le blocage obligatoires des cotisations à des âges déterminés ou déterminables conformément aux articles 17 et 18 de la *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*;

(d) the terms and conditions of any pension fund or plan established by an employer, employee organization or employer organization provide for the compulsory vesting or locking-in of pension contributions at a fixed or determinable age in accordance with sections 17 and 18 of the Pension Benefits Standards Act, 1985;

[...]

[...]

f) le fait pour un employeur, une organisation patronale ou une organisation syndicale d'accorder à une employée un congé ou des avantages spéciaux liés à sa grossesse ou à son accouchement, ou d'accorder à ses employés un congé ou des avantages spéciaux

(f) an employer, employee organization or employer organization grants a female employee special leave or benefits in connection with pregnancy or child-birth or grants employees special leave or benefits to assist them in the care of their children

leur permettant de prendre soin de leurs enfants;

[...]

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

[...]

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

[Non souligné dans l'original.]

(3) L'alinéa 15(1)a) de la LCDP : les syndicats peuvent-ils faire valoir le moyen de défense tiré des EPJ?

[171] Devant le Tribunal, les plaignants ont soutenu que le moyen de défense tiré des EPJ ne peut pas être invoqué par un syndicat au titre de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP, parce que ce texte ne vise pas l'« organisation syndicale ». Ils ont cherché à appliquer le brocard *expression unius est exclusio alterius* (l'expression de l'un implique l'exclusion de l'autre), en soulignant que les alinéas 15(1)d) et 15(1)f) de la LCDP ont expressément prévu que le moyen de défense tiré des EPJ peut être invoqué aussi bien par une organisation syndicale que par un employeur. Après avoir donné des exemples précis de l'inclusion du moyen de défense tiré des EPJ dans d'autres dispositions du même article, les plaignants ont soutenu que le législateur voulait sans aucun doute l'exclure de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP. Pour atténuer le coup en quelque sorte, les plaignants ont avancé qu'un syndicat pouvait produire des éléments de preuve à l'appui du moyen de défense tiré des EPJ

invoqué par un employeur, mais qu'il ne pouvait pas lui-même bénéficier de l'application de la disposition.

[172] La réponse du Tribunal à l'argument des plaignants comportait trois volets. Premièrement, à l'appui de l'APAC, le Tribunal a souligné que l'allégation de discrimination invoquée par les plaignants était fondée sur l'article 10 de la LCDP. Il a conclu que cela n'était pas très judicieux d'un point de vue politique ou logique qu'un acte discriminatoire puisse être commis, aux termes de l'article 10 de la LCDP, par un employeur, une organisation syndicale ou une association patronale, mais que seul l'employeur puisse invoquer le moyen de défense tiré des EPJ. Je souscris à cette opinion.

[173] Deuxièmement, le Tribunal a renvoyé à la jurisprudence *Renaud* à l'appui de la thèse selon laquelle le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination. Là encore, je souscris à cette prémisse qui permet à un syndicat de soulever le moyen de défense tiré des EPJ, un point que j'analyserai plus en détail ultérieurement, en ce qui concerne le paragraphe 15(2) de la LCDP.

[174] Troisièmement, et cette fois-ci à l'appui des arguments des plaignants, le Tribunal a conclu que l'unique référence à « l'employeur » dans l'arrêt *Meiorin* a donné du poids à l'argument selon lequel les syndicats ne sont pas visés par l'alinéa 15(1)a) de la LCDP. Si j'étais d'accord avec le Tribunal sur le fait que l'arrêt *Meiorin* appuyait la thèse selon laquelle la Cour suprême du Canada avait l'intention de nier l'existence d'un moyen de défense tiré des EPJ pour les syndicats, je

conclurais qu'une telle directive l'emporterait sur les deux considérations précédentes qui militent en faveur d'une interprétation libérale de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP.

[175] Toutefois, on ne m'a présenté aucune jurisprudence de la Cour suprême du Canada portant sur la question de savoir si un syndicat peut soulever le moyen de défense tiré des EPJ au titre de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP lorsque ses membres subissent une contrainte excessive. En effet, l'appelant dans l'affaire *Meiorin* était un syndicat et il est donc difficile de comprendre comment cet arrêt pourrait militer en faveur de quelque limitation que ce soit à l'égard d'une allégation de contrainte soulevée par un syndicat.

[176] En outre, comme nous le verrons plus loin, compte tenu d'observations faites dans l'arrêt *Renaud*, observations selon lesquelles les syndicats ne doivent pas se voir refuser le droit de justifier leur conduite en démontrant qu'il existe une contrainte excessive, je conclus que la démarche appropriée pour l'application de la jurisprudence *Meiorin* à des faits nouveaux se rapportant à un syndicat exige une modification du critère consacré par cet arrêt pour tenir compte de la situation de syndicats qui subissent une contrainte lorsqu'ils prennent des mesures d'accommodement relativement à des règles discriminatoires. En conséquence, je rejette le concept selon lequel la jurisprudence *Meiorin* pourrait en quelque sorte justifier une interprétation restrictive de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP.

- (4) Le paragraphe 15(2) de la LCDP est-il limité aux éléments de contrainte qu'il énumère?

[177] Dans la décision *Kelly*, la juge Mactavish a rejeté l'interprétation du Tribunal selon laquelle le paragraphe 15(2) de la LCDP n'était pas limité aux trois facteurs énumérés relatifs à la contrainte. Elle a admis que d'autres éléments, tels que les conséquences sur le moral d'un employé, peuvent être pris en compte s'ils sont suffisamment graves pour avoir un effet démontrable sur les activités d'un employeur, et ce, d'une manière qui est liée aux trois facteurs en matière « de santé, de sécurité et de coûts » énumérés au paragraphe 15(2) de la LCDP.

[178] Dans la présente affaire, bien que la décision *Kelly* n'y soit pas citée, le Tribunal a confiné le paragraphe 15(2) de la LCDP aux trois critères qu'il énumère, et a appliqué le même raisonnement concernant le brocard *expression unius est exclusio alterius* ainsi que l'exigence qui veut que les exceptions qui limitent la portée des droits de la personne soient interprétées de manière stricte.

[179] L'APAC n'a pas attaqué la position du Tribunal relativement aux EPJ dans la décision *Kelly*. Néanmoins, Air Canada a soulevé dans sa demande des questions ayant trait à la contrainte relativement aux conséquences que l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire aurait sur le moral des pilotes et sur leurs droits d'ancienneté. En conséquence, la cour, à l'occasion de l'affaire *Kelly*, devait examiner la question consistant, pour l'employeur, à se fonder sur des éléments qui ne relèvent pas de la santé, de la sécurité ou des coûts, soit les trois facteurs expressément prévus au paragraphe 15(2) de la LCDP.

[180] Dans la décision *Adamson*, la situation est nouvelle. Elle porte sur la contrainte imposée directement aux syndicats par le fait qu'elle compromet les principes fondamentaux selon lesquels

ils fonctionnent, en plus d'une forme indirecte de contrainte par substitution que subissent les membres du syndicat de manière réelle et personnelle. La situation soulève toute une gamme de considérations qui ne sont pas d'une importance capitale pour les employeurs, mais seulement pour les syndicats, et que les rédacteurs de la LCDP n'ont peut-être pas envisagées. Pourtant, elles sont très pertinentes quant à la discrimination, en particulier dans la mesure où elles soulèvent des préoccupations concernant l'imposition de résultats injustes si la loi est appliquée littéralement. Ce sont ces préoccupations qui servent largement de fondement aux interprétations que je fais des dispositions en question.

[181] J'estime que la situation dans laquelle je me trouve est différente de celle où se trouvaient ceux qui ont statué sur la question avant moi. Auparavant, les discussions concernant la limitation de la portée des éléments de contrainte étaient [TRADUCTION] « théoriques », en ce sens qu'aucune contrainte grave n'avait été avancée à l'égard de faits concrets. Dans l'affaire *Adamson*, il y avait des éléments de preuve détaillés de l'existence d'un effet particulier défavorable sur les pilotes les plus jeunes d'Air Canada, qui découlerait de mesures d'accommodement prises en faveur des plaignants; un effet qui, à mon avis, constitue une contrainte excessive lorsqu'il est adéquatement examiné. Telle n'était pas la situation dans les affaires dont étaient saisis les cours et les tribunaux qui ont été auparavant appelés à interpréter le paragraphe (15)2 de la LCDP.

[182] Par exemple, les conclusions du Tribunal en ce qui concerne l'effet particulier défavorable ont été énoncées aux paragraphes 139 et 140 de la décision *Vilven n° 2 Tribunal* de la manière suivante :

[139] Un retard dans le cheminement de carrière signifierait également un retard dans les augmentations de salaire. Si la règle du



départ à la retraite à 60 ans était supprimée, ce ne serait pas, contrairement à ce que l'APAC a déclaré, comme si les pilotes âgés de plus de 60 ans venaient voler de l'argent dans les poches des jeunes pilotes. C'est plutôt que ces derniers devraient attendre plus longtemps pour obtenir les augmentations souhaitées.

[140] L'APAC n'a pas donné à entendre que le retard causé dans le cheminement de carrière et les augmentations des salaires des jeunes pilotes porterait gravement atteinte aux droits de ceux-ci. [...]

[Non souligné dans l'original.]

[183] En se fondant sur la preuve susmentionnée, la Cour a fait les observations suivantes, aux paragraphes 372 et 373 des motifs de la décision *Kelly* :

[372] En ce qui concerne l'APAC, le Tribunal a examiné la question de la contrainte imposée au syndicat en tenant compte des principes que la Cour suprême a exposés dans l'arrêt *Central Okanagan School District c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, [1992] A.C.S. n° 75. Le Tribunal a tenu particulièrement compte de l'effet que les mesures d'accommodement auraient eu sur d'autres membres de l'APAC.

[373] Le Tribunal a conclu qu'aucune preuve ne montrait qu'un retard dans le cheminement de carrière et les augmentations de salaire des jeunes pilotes porterait gravement atteinte aux droits de ces employés : décision n° 2 du Tribunal, au paragraphe 140 [...]

[Non souligné dans l'original.]

[184] Bien qu'il n'y ait eu aucune conclusion quant à l'existence d'un effet particulier défavorable avant la décision *Kelly*, cela ne permet pas de distinguer la décision *Kelly*, concernant le paragraphe 15(2) de la LCDP. La discussion de la Cour portait sur un facteur qui ne se rapportait pas lié à la sécurité, à la santé ou aux coûts, mais aux conséquences sur le moral des employés en raison de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire.

[185] Compte tenu de la récente interprétation juridique de l'article 15(2) de la LCDP faite par la Cour, j'ai songé à tenter de qualifier tous les aspects de ma décision à l'égard de la contrainte excessive subie par les pilotes touchés à l'APAC comme étant une question de coût se rapportant principalement à des réductions de salaire des membres du syndicat touchés, qui résulteraient de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire. Toutefois, je conclus que la question est étroitement liée à des questions relatives à des avantages immatériels tels que ceux liés aux heures et aux itinéraires, à des facteurs liés au mode de vie permettant l'obtention de compensations financières pour subvenir aux besoins de familles, à l'effet inégal sur les droits d'ancienneté en violation du caractère sacré de la convention collective et à la contravention aux droits et aux avantages sociaux en matière d'emploi. En conséquence, je n'ai d'autre choix que de rejeter l'interprétation du paragraphe 15(2) de la LCDP faite par la Cour à l'occasion de l'affaire *Kelly*.

[186] Vu le respect qui est dû, en principe, au précédent judiciaire, je dois soit suivre l'interprétation du paragraphe 15(2) de la LCDP consacrée par la jurisprudence *Kelly*, soit la rejeter en m'appuyant sur des motifs convaincants. La doctrine a été récemment résumée par le juge Noël, de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Apotex Inc c Allergan Inc*, 2012 CAF 308, aux paragraphes 46-48 où il a formulé les observations suivantes :

[47] Devant la Cour fédérale, il a été soutenu que ces observations enseignent que, même si les décisions rendues par d'autres juges ont une force persuasive et qu'une grande importance doit leur être accordée, le juge peut écarter une décision antérieure lorsqu'il est convaincu que celle-ci est erronée et qu'il peut fournir des motifs convaincants à l'appui de cette opinion (*Dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 992, paragraphe 29; *Stone c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 81, paragraphe 12.

[187] Après avoir soigneusement examiné la question, je conclus, en toute déférence, que les éléments de contrainte visés au paragraphe 15(2) de la LCDP ne sont pas limités à ceux qui sont précisément énumérés dans cette disposition. Les motifs à l'appui de l'interprétation large que je fais de cette disposition sont présentés ci-dessous.

*a) Absence de justification de la politique concernant l'imposition d'une responsabilité absolue*

[188] Tout comme pour l'application de l'alinéa 15(1)a) de la LCDP aux syndicats, je ne vois aucune raison logique ou politique qui pourrait être avancée pour leur refuser le droit de justifier leurs actions sur la base de mesures d'accommodement qui entraînent une contrainte excessive. Je n'ai pas non plus constaté de motifs politiques ou d'explication logique qui justifient que l'imposition d'une responsabilité soit dépourvue du droit de se défendre.

[189] Ce que je veux dire par là est que je ne conçois pas pourquoi le juge ou le législateur imposerait des limites strictes à tout élément de preuve qui pourrait être produit pour établir l'existence d'une contrainte. La discrimination peut avoir pour origine un nombre illimité de circonstances. En outre, si la discrimination concerne des éléments intangibles aussi divers que la dignité, l'estime de soi, la vulnérabilité, les préjugés et les stéréotypes, pourquoi faut-il limiter la prise en compte d'un désavantage à trois catégories de contrainte fixes ?

[190] L'exigence selon laquelle il faut classer la preuve sous un des trois éléments de contrainte ajoute un autre degré de complexité à un sujet qui est déjà complexe. Par exemple, dans l'affaire *Adamson*, le « coût » incluait-il le retard à recevoir le salaire ou les avantages sociaux pour les

membres? En effet, les coûts sont un facteur qui concerne les employeurs. Pour les travailleurs, les salaires sont l'équivalent des revenus des employeurs (dont la perte ne serait pas non plus un « coût » pour l'employeur, à moins qu'on ne soit disposé à abandonner une interprétation littérale); les coûts pour les travailleurs sont les dépenses auxquelles ils consacrent leur salaire. Les facteurs rattachés au mode de vie tendent-ils souvent à être plus importants que les salaires en ce qui concerne les coûts pour les travailleurs? La contrainte inclut-elle les besoins relatifs des pilotes à différents âges en raison de leur situation familiale ou autre? Dans l'affirmative, pourquoi n'y aurait-il pas l'effet similaire sur le moral des travailleurs ou des dissensions dans les rangs du syndicat causés par l'élimination de la règle de la retraite obligatoire? Ils sont tous des facteurs indirects qui se rapportent à des questions monétaires.

[191] Pour prouver un point dans le cadre d'une instance judiciaire, tous les éléments de preuve pertinents et admissibles à l'égard de la question en litige (en l'espèce, la question du désavantage causé à une partie par les mesures d'accommodement prises en faveur d'une autre partie) doivent être présentés et examinés. Au final, la mission du juge est d'apprécier la totalité des éléments de preuve conformément à des préceptes compréhensibles et pratiques et de décider si la personne, ou, en l'espèce, l'ensemble de personnes, subirait une contrainte excessive. La contrainte, tout comme l'équité, est un mot indéfinissable comportant des facettes tellement multiples qu'il faut laisser au juge le soin de décider à cet égard en fonction de tous les éléments de preuve pertinents. Il en est ainsi parce que les circonstances ne permettent pas de définir la contrainte, mais servent plutôt à l'établir.

[192] En outre, en ce qui concerne l'objet de la LCDP, l'article 2 prévoit que les plaignants qui obtiennent gain de cause doivent avoir « le droit, [...] dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société [...] à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins ». La mention des devoirs et obligations au sein de la société ne peut pas être entendue que dans un sens, c'est-à-dire, relativement aux plaignants seulement. En conséquence, j'estime que ce texte contredit totalement l'idée que l'objet de la loi est d'imposer des exigences en matière d'accommodement à des personnes, qui ne sont pas compatibles avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, comme cela serait le cas de limites arbitraires imposées à la portée d'éléments de contrainte.

b) *Exonération de la responsabilité absolue*

[193] Malgré le renvoi à la jurisprudence *Renaud*, il ne semble pas que la Cour, dans l'affaire *Kelly*, ait été avisée que la conséquence du refus du droit de plaider la contrainte équivaldrait à l'imposition d'une responsabilité absolue à un syndicat. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal, dans la présente affaire, tout en renvoyant à la jurisprudence *Renaud*, ne semble pas avoir tenu compte de l'explication de la Cour suprême du Canada dans sa conclusion selon laquelle les syndicats doivent être capables de justifier leur position, parce que le fait d'agir autrement leur imposerait une responsabilité absolue. Le Tribunal n'a renvoyé à la jurisprudence *Renaud* que pour faire observer que le « syndicat [...] doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination » (au paragraphe 340 de la décision *Adamson*).

[194] La raison permettant d'affirmer le droit du syndicat de justifier la norme discriminatoire se trouve au paragraphe 32 des motifs du juge La Forest dans l'arrêt *Renaud* :

[...] De plus, quiconque fait preuve de discrimination s'expose aux peines que la Loi prévoit. Par définition, le syndicat est une personne (art. 1). En conséquence, le syndicat qui est à l'origine de l'effet discriminatoire ou qui y contribue encourt une responsabilité. Pour éviter une responsabilité absolue, le syndicat doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination. Pour ce faire, il doit s'acquitter de son obligation d'accommodement.

[Non souligné dans l'original.]

[195] Ma conclusion se fonde sur l'exigence d'une interprétation inclusive du paragraphe 15(2) de la LCDP pour éviter l'imposition d'une responsabilité absolue. Cela ne résulte pas simplement du sentiment d'injustice qui découle de l'imposition d'une responsabilité absolue lorsque la preuve permet d'établir que les mesures d'accommodement prises à l'égard du plaignant entraîneraient une contrainte excessive. Il existe aussi une règle d'interprétation législative selon laquelle les lois ne doivent pas être interprétées de manière à imposer une responsabilité absolue, à moins d'indication expresse en ce sens.

[196] La doctrine susmentionnée a été professée par la Chambre des lords par l'arrêt *London Guarantee & Accident Co, Ltd v Northwestern Utilities, Ltd*, [1936] AC 108, [1935] JCI n° 2 (QL), au paragraphe 18, par le maître des rôles, Lord Wright, de la manière suivante :

[TRADUCTION]

18 Dans l'affaire *Hammond v. St. Pancras Vestry* (1874), L.R. 9 C.P. 316, où la Loi imposait à la fabrique l'obligation de nettoyer comme il faut ses égouts, il a été conclu que, comme ces termes pouvaient signifier qu'une obligation absolue était imposée ou que l'obligation ne consistait qu'en l'exercice d'une diligence raisonnable, le dernier sens devait être retenu, étant donné qu'on ne pouvait pas juger que l'obligation absolue devait être imposée en l'absence de termes clairs. Cette jurisprudence fut suivie à l'occasion

de l'affaire *Stretton's Derby Brewery Co. v. Derby Corp.*, [1894] 1 Ch. 431.

[Non souligné dans l'original.]

[197] La Cour suprême a appliqué cette doctrine relativement à des peines réglementaires. Voir *Lévis (Ville) c. Tétreault; Lévis (Ville) c 2629-4470 Québec inc*, 2006 CSC 12, [2006] 1 RCS 420, aux paragraphes 13 à 19, *R c Sault Ste. Marie (Ville)*, [1978] 2 RCS 1299, [1978] ACS n° 59 (QL). Dans l'arrêt *R. c. Desousa*, [1992] 2 RCS 944, au paragraphe 21, le juge Sopinka a expliqué la règle de la manière suivante :

Il va de soi qu'en droit pénal, la responsabilité d'une personne ne saurait être engagée sans faute personnelle. Dans l'arrêt *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, notre Cour a déclaré que l'exigence en matière de faute est un aspect fondamental de notre common law et, dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, qu'elle fait partie du droit constitutionnel en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Dans le cadre d'une interprétation des lois, on ne doit pas conclure qu'une disposition ne comporte pas d'élément de faute personnelle sauf si la loi exige une telle interprétation dans des termes clairs et non ambigus.

[Non souligné dans l'original.]

[198] Si la règle qui veut qu'on n'impose pas de responsabilité absolue en l'absence de termes non ambigus à cet égard n'a pas encore été reconnue comme règle d'interprétation en matière civile, j'estime néanmoins que seules des considérations de politique logiques et cohérentes, comme celles qu'on peut trouver dans les lois concernant la sécurité au travail ou la responsabilité du fabricant, pourraient justifier l'imposition d'une responsabilité absolue à l'égard d'une partie.

[199] En conséquence, il semble que, d'une part, il n'existe pas de considération de politique avancée à l'appui de la restriction des éléments de contrainte, alors que, d'autre part, il y a une

considération de politique contraire qui empêche l'imposition d'une responsabilité absolue au moyen d'une doctrine d'interprétation des lois qui exige une déclaration d'intention claire à cet effet.

c) *Expressio Unius Est Exclusio Alterius*

[200] Dans l'affaire *Kelly*, la Cour s'est fondée sur le brocard *expressio unius est exclusio alterius* pour conclure que la jurisprudence *Meiorin* exige que les éléments de contrainte ne soient pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi. Pour expliquer le recours à cette règle, la juge Mactavish a fait les observations suivantes, aux paragraphes 393 à 396 des motifs de la décision *Kelly* :

393 Comme le Tribunal l'a lui-même signalé, la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'arrêt *Meiorin* que les facteurs dont il faut tenir compte au moment de déterminer si les mesures d'accommodement imposent une contrainte excessive « ne sont pas consacrés, *sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi* » : au paragraphe 63, non souligné dans l'original. En l'espèce, le législateur a décidé d'indiquer précisément les aspects dont le Tribunal peut tenir compte dans le cadre d'une analyse de la question de l'accommodement : voir Russel Zinn, *The Law of Human Rights in Canada : Practice and Procedure*, feuilles mobiles, (Aurora : Canada Law Book, 1996) à la section 14:60:2.

Par ailleurs, il existe deux principes d'interprétation différents dont le Tribunal n'a pas traité, lesquels donnent tous deux à penser que les facteurs mentionnés au paragraphe 15(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* doivent être considérés comme une liste exhaustive. Il s'agit, d'une part, de la maxime latine « *expressio unius est exclusio alterius* » et, d'autre part, de l'approche qu'il convient de suivre lors de l'interprétation des lois relatives aux droits de la personne.

395 La maxime « *expressio unius est exclusio alterius* » renvoie à un principe général d'interprétation législative qui signifie que le fait d'exprimer une chose en exclut une autre : voir Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham : LexisNexis, 2008) à la page 244.



396 Plus précisément, le fait que le législateur ne mentionne pas un point dans une liste amène à inférer qu'il a été délibérément exclu. Comme le dit la professeure Sullivan : [TRADUCTION] « La force de l'implication dépend de la vigueur et de la légitimité de l'expectative d'une mention expresse. Meilleure est la raison pour anticiper la mention expresse d'un point, plus le silence du législateur est révélateur » : à la page 244.

[Non souligné dans l'original.]

[201] J'ai deux observations à faire concernant le raisonnement ci-dessus. Premièrement, si la jurisprudence *Meiorin* exige qu'un facteur soit « écarté expressément », il ne peut pas être écarté implicitement. On ne peut exclure quelque chose expressément qu'en utilisant des termes clairs et non ambigus qui n'appellent pas de maxime d'interprétation pour déterminer leur sens. Les doctrines d'interprétation ne sont nécessaires que lorsque le texte est ambigu. Ce principe est reconnu dans l'ouvrage de Sullivan, car, s'il faut recourir à une maxime d'interprétation législative lorsque « [l]a force de l'implication dépend d[u] [...] » sens de la disposition, le point ne peut pas être considéré comme ayant été expressément énoncé. [Non souligné dans l'original.]

[202] Deuxièmement et, encore une fois concernant l'ouvrage de Sullivan dans lequel [TRADUCTION] « la vigueur et la légitimité de l'implication dépend de l'expectative d'une mention expresse », [Non souligné dans l'original.], il me semble que l'expectative de désigner tous les éléments de contrainte dans une disposition législative devrait être très faible. La détermination de la contrainte est entièrement indirecte, et dépend de la nature et du sens de la norme contestée ainsi que « [des] devoirs et obligations au sein de la société » en ce qui a trait à la prise de mesures d'accommodement en faveur de plaignants. Étant entièrement circonstancielle, les catégories de contrainte ne sont jamais limitatives, comme l'a précisé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt

*Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale*, 2000 (SCFP-FTQ), 2008 CSC 43, [2008] 2 RCS 561, au paragraphe 12 :

[12] [...] Ce qui est véritablement requis ce n'est pas la démonstration de l'impossibilité d'intégrer un employé qui ne respecte pas une norme, mais bien la preuve d'une contrainte excessive qui, elle, peut prendre autant de formes qu'il y a de circonstances. C'est ce qui ressort des commentaires additionnels fournis dans l'arrêt *Meiorin* concernant la contrainte excessive (par. 63) : [...]

[Non souligné dans l'original.]

[203] Si les catégories de contrainte ne sont jamais limitatives, il ne doit y avoir aucune expectative selon laquelle les éléments de contrainte doivent être expressément énumérés dans une loi et, par conséquent, le brocard « *expressio* » ne doit pas jouer.

d) *Les exceptions aux lois relatives aux droits de la personne doivent être interprétées de façon restrictive*

[204] Le deuxième principe d'interprétation invoqué dans la décision *Kelly* était que les exceptions et les moyens de défense prévus par les lois relatives aux droits de la personne doivent être interprétés de manière restrictive; par conséquent, lorsque seuls trois éléments de contrainte sont mentionnés dans une loi, la disposition doit être interprétée de manière restrictive et doit être limitée à ces seuls éléments. Le raisonnement de la cour est énoncé aux paragraphes 399 à 401 de la décision *Kelly* de la manière suivante :

399 Ma conclusion selon laquelle il faudrait considérer que le paragraphe 15(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* limite aux coûts, à la santé et à la sécurité les facteurs dont il faut tenir compte dans le cadre d'une analyse de l'accommodement et confortée lorsqu'on examine la question dans le contexte des

principes à appliquer au moment d'interpréter une loi relative aux droits de la personne.

400 Plus précisément, s'il est nécessaire d'interpréter de manière large les droits quasi constitutionnels que confère une loi relative aux droits de la personne, ce n'est pas le cas lorsqu'il est question des moyens de défense que procure la loi relative aux droits de la personne en question. Les moyens de défense concernant l'exercice de ces droits doivent être interprétés de manière stricte : voir *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1988 CanLII 7 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 279, [1988] A.C.S. n° 79 (QL), au paragraphe 56 et *Dickason*, au paragraphe 17.

401 Comme l'a fait remarquer le juge Sopinka dans l'arrêt *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)* 1992 CanLII 67 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 321, [1992] A.C.S. n° 63, les lois sur les droits de la personne sont souvent « [...] le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation ». Il a ensuite fait remarquer que « [c]omme 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 [...] » : au paragraphe 18.

[205] Je pense qu'il y a une distinction à opérer pour interpréter strictement un élément de contrainte et pour interpréter strictement une contrainte afin d'éliminer les éléments pertinents évidents qui entraînent une contrainte. J'inviterai également à la prudence lorsqu'on invoque des observations incidentes puisées dans les arrêts de la Cour suprême du Canada, tel que l'arrêt *Zurich Insurance*, au soutien de l'argument selon lequel les catégories de contrainte doivent être interprétées de manière stricte. Le point de vue contraire a été retenu par la jurisprudence *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007] 1 RCS 161. La Cour suprême du Canada a signalé expressément, au paragraphe 15 de l'arrêt en question, les éléments de contrainte qui sont applicables aux syndicats et à leurs membres, tels que l'atteinte aux conventions collectives et la violation de leurs droits en matière d'emploi, de la manière suivante :

15 Les facteurs permettant de conclure que la contrainte est excessive ne sont pas consacrés et doivent être appliqués avec souplesse et bon sens (*Meiorin*, par. 63; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 546, et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521). Par exemple, on pourra considérer le coût de l'accommodement, le moral et la mobilité du personnel, l'interchangeabilité des installations et la perspective d'atteinte aux droits d'autres employés ou à la convention collective. Comme le droit d'être accommodé n'est pas absolu, la prise en compte de tous les facteurs pertinents peut mener à la conclusion que l'impact causé par l'application d'une norme préjudicielle est légitime.

[Non souligné dans l'original.]

[206] Ensuite, la situation du plaignant, c'est-à-dire, le fait d'être désavantagé et d'être privé de ses droits de représentation (*Zurich*, au paragraphe 18) ne doit pas exclure la prise en compte d'éléments de contrainte concernant l'intimé. Toutefois, cela ne signifie pas que la gravité de la discrimination ne peut pas l'emporter sur l'élément de contrainte, lorsqu'il faut rechercher si la contrainte est « excessive ».

[207] En outre, ce ne sont pas tous les plaignants qui sont désavantagés ou qui sont privés de leurs droits de représentation, et j'entends par là qu'ils sont vulnérables ou dans le besoin. Si tel était le critère, l'affaire n'en serait même pas arrivée au premier but. Il n'est pas logique de soutenir que les plaignants sont « désavantagés et privés de leurs droits de représentation » lorsque la procédure concerne des pilotes qui gagnent plus de 200 000 \$ par année et qui jouissent d'avantages comprenant un mode de vie avantageux fondé sur un horaire de travail comprimé de 8 jours par mois, la possibilité de partir à la retraite en bénéficiant de prestations de retraite généreuses ainsi que des possibilités d'emploi immédiates auprès d'autres transporteurs aériens, comme cela a été démontré par MM. Vilven et Kelly.

[208] En revanche, il y a probablement lieu de prendre connaissance d'office du fait notoire selon lequel la génération des pilotes les plus jeunes tend à se priver elle-même de ses droits de représentation en raison de leur absence de participation au processus politique, alors que, sur le plan de la situation financière et du niveau de vie général, il est certain que les pilotes ayant porté plainte sont dans l'ensemble plus à l'aise par rapport à ceux qui financent le maintien de leurs conditions de travail avantageuses et de leurs avantages financiers.

*e) L'intention du législateur*

[209] Dans la décision *Kelly*, la Cour a souligné au paragraphe 397 de ses motifs que « [l]e législateur aurait donc été bien au courant du fait que des facteurs tels que l'effet sur le moral des employés et l'ingérence dans les droits d'autres employés avaient été soulignés comme des facteurs pertinents dans une analyse portant sur l'accommodement », « bien avant l'ajout du paragraphe 15(2) de la LCDP en 1998 ». L'on peut inférer de ces précisions que « le législateur envisageait que la liste énumérée au paragraphe 15(2) de la LCDP soit exhaustive » (la décision *Kelly*, au paragraphe 398).

[210] Il est difficile de ne pas souscrire à cet avis, sauf pour conclure qu'il y a lieu de douter que les rédacteurs ou le législateur aient envisagé des éléments de contrainte se rapportant aux syndicats ou à leurs membres.

[211] Néanmoins, on peut prétendre que la Cour suprême, par l'arrêt *Meiorin*, semble s'être efforcée de maintenir sa doctrine selon laquelle on doit avoir recours à tous les éléments de

contrainte pertinents malgré le paragraphe 15(2) de la LCDP. Bien que le mot « contrainte » n'ait pas été inclus dans la loi de la Colombie-Britannique en cause, la Cour a signalé que la nécessité de recourir à une méthode unifiée quant à la justification par la contrainte, y compris faire expressément mention du paragraphe 15(2) de la LCDP, mais sans faire mention des limites à la portée des éléments de contrainte :

52 De plus, certaines provinces ont modifié leur législation sur les droits de la personne de sorte que les tribunaux doivent maintenant recourir à une méthode unifiée: voir le par. 24(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. H.19, l'art. 12 du *Code des droits de la personne* du Manitoba, L.M. 1987-88, ch. 45, et, de façon plus limitée, l'art. 7 de la *Loi sur les droits de la personne* du Yukon, L.Y. 1987, ch. 3. Tout récemment, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, a été modifiée (L.C. 1998, ch. 9, art. 10) de sorte que le par. 15(2) de cette loi prévoit désormais expressément qu'une pratique par ailleurs discriminatoire ne constitue une EPJ que si l'employeur démontre qu'il ne lui est pas possible de répondre aux besoins de la personne ou de la catégorie de personnes en cause sans subir une contrainte excessive.

53 Enfin, il n'est pas rare que les juges de notre Cour aient écrit sur la nécessité de recourir à une méthode plus simple et plus conforme au bon sens pour déterminer quand un employeur peut être justifié d'appliquer une norme qui a des effets discriminatoires. Voir *Bhinder*, précité, aux pp. 567 et 568, le juge en chef Dickson (dissident); *Central Alberta Dairy Pool*, précité, aux pp. 528 et 529, le juge Sopinka; *Large*, précité, au par. 56, le juge L'Heureux-Dubé. Il vaut la peine de souligner que l'on pourrait soutenir que même le juge Wilson, qui s'exprimait au nom de notre Cour à la majorité dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, a reconnu qu'une forme d'accommodement, soit la recherche de solutions de rechange raisonnables et proportionnelles à une règle générale, avait sa place dans l'analyse relative à l'EPJ, qui ne s'appliquait alors qu'aux cas de discrimination directe. Voir, en particulier, les renvois qu'elle fait, aux pp. 518 et 519, aux arrêts *Brossard* et *Saskatoon*, précités.

[Non souligné dans l'original.]

[212] Bien qu'il ne puisse s'agir que de conjectures de ma part, je crois que la Cour, par crainte que les éléments de contrainte fussent formulés de manière trop restrictive dans la LCDP, a pu discuter directement la méthode unifiée quant à l'inclusion ou l'exclusion des catégories de contrainte, notamment à renvoyant à *Renaud* lorsqu'elle a déclaré ce qui suit au paragraphe 63 :

[...] Parmi les facteurs pertinents, il y a le coût de la méthode d'accommodement possible, l'interchangeabilité relative des employés et des installations, de même que la perspective d'atteinte réelle aux droits d'autres employés. Voir également l'arrêt *Renaud*, précité, à la p. 984, le juge Sopinka. Les divers facteurs ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi. De toute manière, comme le juge Cory l'a souligné dans *Chambly*, précité, à la p. 546, « [i]l y a lieu de les appliquer d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas ».

[Non souligné dans l'original.]

[213] Bien que non-pertinents en ce qui concerne la loi de la Colombie-Britannique qui ne faisait pas mention de la contrainte, mais qui faisait expressément mention du paragraphe 15(2) de la LCDP sans faire mention de ses trois facteurs limitatifs, la Cour suprême a interdit la consécration (en renvoyant manifestement à la loi) des facteurs, sauf dans la mesure où ils sont écartés expressément par la loi. En d'autres mots, la philosophie sur laquelle est fondée la réflexion de la Cour suprême sur cette question sur cette question semble être que tous les facteurs qui ne sont pas expressément exclus au paragraphe 15(2) doivent être inclus.

[214] Outre les motifs ci-dessus, je me réfère aux arguments développés aux paragraphes 376-380, lesquels expliquent de quelle manière le moyen de justification, y compris en matière de droits fondamentaux, serait exclus par une lecture littérale du paragraphe 15(2).

[215] Par les motifs exposés ci-dessus, en toute déférence, je ne souscris pas à la décision rendue dans *Kelly* et je conclus que les catégories de contrainte mentionnées au paragraphe 15(2) ne se limitent pas à la santé, à la sécurité et aux coûts.

(5) Modification du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* afin qu'il s'applique aux syndicats

[216] La Cour suprême, à l'occasion de l'affaire *Renaud*, a souligné que le syndicat qui encourt la même responsabilité que l'employeur « doit posséder le même droit qu'un employeur de justifier la discrimination en s'acquittant de son obligation d'accommodement » (paragraphe 32).

[217] Selon moi, vu ces observations incidentes, il est manifeste que l'APAC doit se voir conférer le même droit qu'Air Canada de justifier la discrimination afin d'éviter d'encourir une responsabilité absolue. Je prends également acte de l'argument de l'APAC voulant que sa responsabilité solidaire avec Air Canada en ce qui concerne les conséquences de la disposition sur la retraite obligatoire doit lui fournir un moyen de justifier sa conduite.

[218] Comme je l'ai déjà souligné, dans l'affaire *Meiorin*, l'intimé n'était pas un syndicat; le syndicat en cause dans cette affaire était l'appelante et il agissait pour le compte de l'une de ses membres. On ne m'a cité aucune jurisprudence dans laquelle on a examiné la jurisprudence *Meiorin* en fonction des principes énoncés dans l'arrêt *Renaud*, c'est-à-dire comment donner à un syndicat l'occasion de justifier sa conduite dans un cas d'EPJ.



[219] Étant donné que je me trouve en terrain plutôt inconnu, à mon avis, une façon raisonnable de concilier les principes énoncés dans les arrêts *Meiorin* et *Renaud* dans le cadre d'une situation différente mettant en cause un syndicat serait de proposer un critère qui concilierait, dans la mesure du possible, les objets des deux décisions. Selon moi, cela nécessiterait le maintien du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*, mais en adaptant chaque volet du critère afin de tenir compte des situations différentes dans lesquelles se trouve un syndicat lorsqu'il représente ses membres.

[220] En ce fondant sur ce principe, un critère hybride relatif aux EPJ comportant les exigences des jurisprudences *Meiorin* et *Renaud* pourrait être proposé afin de déterminer si la participation de l'APAC à la pratique discriminatoire avec l'employeur est justifiée. Il faudrait tenir compte des exigences suivantes :

- a. L'employeur a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail;
- b. le syndicat a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'il était au mieux des intérêts de ses membres de le faire;
- c. la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser le but légitime du syndicat lié au travail. Le syndicat, pour établir que la norme est raisonnablement nécessaire, doit démontrer qu'il ne peut répondre aux besoins des membres du syndicat ayant les mêmes caractéristiques que celles du demandeur sans imposer de contraintes excessives aux autres membres du syndicat;
- d. le degré de contrainte doit être évalué en fonction de la nature de la discrimination afin de voir à ce que l'importance de l'affranchissement de la conduite

discriminatoire, en l'espèce l'affranchissement de la discrimination fondée sur l'âge puisse permettre l'adoption d'une norme moins exigeante.

a) *Le premier volet – Tirer profit de l'employeur*

[221] Je souscris à l'opinion du Tribunal selon laquelle imposer au syndicat le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* – à savoir démontrer qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail – est un non-sens. S'il n'est pas modifié d'une certaine manière, le syndicat ne pourra pas justifier sa participation à la pratique discriminatoire d'un employeur.

[222] Un syndicat n'a pas à proposer des normes ou des qualifications en ce qui concerne le rendement des employés. Cette tâche relève du droit exclusif de l'employeur de gérer ses affaires. Par conséquent, la seule façon par laquelle un syndicat peut se voir accorder un droit de justifier sa pratique est de tirer profit de l'obligation de l'employeur de définir les normes de rendement. À cet égard, la Cour retient l'argument de l'APAC selon lequel le critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* devrait être modifié afin de tenir compte du fait que les normes du milieu de travail ont été adoptées par l'employeur et le syndicat, ensemble, ce qui les rend solidairement responsables.

[223] Par conséquent, le syndicat partage la responsabilité avec l'employeur. Si on ne peut pas démontrer l'existence d'un lien rationnel entre la norme et l'exécution du travail, le syndicat ne peut pas être mieux placé que l'employeur. Pour les mêmes raisons, il est difficile d'imaginer en quoi l'élimination de la norme porterait atteinte aux droits des autres employés si elle n'a aucun lien avec l'exécution de leurs tâches.

*b) Le deuxième volet – La bonne foi du syndicat*

[224] Le deuxième volet du critère hybride tient tout simplement compte du fait que le syndicat doit agir de bonne foi en acceptant d'adopter la norme dans sa convention collective. Ce volet serait normalement « une évidence » compte tenu de la nature démocratique des syndicats. Il suffira de démontrer que la norme a été adoptée dans le meilleur intérêt de ses membres.

*c) Le troisième volet – La contrainte*

[225] En ce qui concerne le troisième volet, qui consiste à démontrer l'existence d'une contrainte excessive, il faut se rappeler que le paragraphe 15(2) ne vise pas que les contraintes excessives en matière de santé, de sécurité et de coûts. Toutes les formes de désavantage qui ont été examinées en ce qui concerne les pilotes constituant le groupe de comparaison et le syndicat doivent être prises en compte.

*d) Le quatrième volet – L'évaluation de la contrainte en fonction de la nature de la discrimination*

[226] Les principes exposés dans l'arrêt *Renaud* proposent un processus en deux étapes, tel qu'il est décrit au paragraphe 38 des motifs de la Cour suprême :

38 [...] Je suis d'accord avec les prétentions du syndicat intimé et du C.T.C. que l'essence de l'obligation du syndicat diffère de celle de l'obligation de l'employeur du fait qu'il faut tenir compte de la nature représentative d'un syndicat. [1] La principale crainte que soulèvent les conséquences de mesures d'accommodement concerne non pas, comme dans le cas de l'employeur, les coûts ou l'interruption qui peuvent en résulter pour l'entreprise du syndicat, mais plutôt l'effet sur d'autres employés. L'obligation d'accommodement ne devrait pas substituer la discrimination envers d'autres employés à la discrimination subie par le plaignant. Toute atteinte importante aux droits d'autrui justifiera normalement le refus

du syndicat de consentir à une mesure qui aurait cet effet. Quoique le critère de la contrainte excessive s'applique au syndicat, on y satisfera souvent en démontrant que l'adoption des mesures d'accommodement proposées causera un préjudice à d'autres employés. Comme je l'ai mentionné précédemment, [2] ce critère est fondé sur le caractère raisonnable des mesures prises ou proposées pour éliminer la discrimination. Étant donné l'importance de promouvoir la liberté de religion dans le milieu de travail, on ne saurait défendre une norme moins stricte.

[Non souligné dans l'original et les chiffres entre crochets ont été ajoutés.]

[227] Toute atteinte importante aux droits des autres membres causée par une mesure d'accommodement justifie normalement le refus de l'APAC de consentir à cette mesure. Toutefois, le critère demeure le caractère raisonnable des mesures prises ou proposées pour éliminer la discrimination. L'importance de prévenir la forme de discrimination en cause peut néanmoins l'emporter sur les contraintes imposées aux autres membres du syndicat. Il s'agit de soupeser les deux facteurs.

(6) Application à l'APAC du critère de *Meiorin* modifié

a) *Le premier volet – Lien rationnel et tentatives de trouver un accommodement*

[228] En l'espèce, le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* demeure le même que celui qui est appliqué à l'employeur : l'employeur doit avoir adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail.

[229] L'APAC a soutenu que le Tribunal a conclu qu'Air Canada avait satisfait au premier (et au deuxième) volet du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*. Je ne souscris pas à cette thèse. Au

paragraphe 402 de la décision qu'il a rendue dans *Adamson*, au sujet des deux premiers volets, le Tribunal n'a fait que déclarer que [l]es parties ne contestent pas vraiment cela puisque leur désaccord porte plutôt sur la troisième étape, soit celle des mesures d'accommodement obligatoires ». Par la suite, le Tribunal s'est longuement penché sur la question de la contrainte et a rejeté les arguments d'Air Canada, sans vérifier si les deux premiers volets avaient été satisfaits.

[230] En examinant les observations des plaignants devant le Tribunal et dans la présente instance, je conclus qu'il n'a opéré aucune distinction entre les volets un et deux du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*, dans la mesure où son principal argument était que, sur le plan de la procédure, Air Canada n'a pas tenté d'accommoder les pilotes, elle a tout simplement appliqué sa disposition sur la retraite obligatoire générale sans faire d'exception. En d'autres mots, la question soulevée par les plaignants n'était pas tellement de savoir s'il existait un lien rationnel entre la norme et l'exécution du travail que de savoir si ses effets pouvaient être atténués par une forme plus légère d'accommodement plutôt que d'éliminer la disposition sur la retraite obligatoire de la convention collective.

[231] Comme je l'ai déjà signalé au cours de l'audience, selon moi, il ne s'agit pas d'une situation où il était possible d'accommoder les plaignants, c'est-à-dire les pilotes, sans que la société aérienne et les syndiqués ne subissent une contrainte excessive.

[232] Au cours de l'audience, Air Canada a produit des éléments de preuve dont il ressort qu'il y aurait impasse dans l'établissement des horaires en ce qui concerne certaines combinaisons de capitaines et de copilotes si la disposition sur la retraite obligatoire était éliminée, ce qui entraînerait

l'obligation onéreuse d'embaucher de nouveaux pilotes tout en maintenant en poste les pilotes plus âgés alors qu'ils n'auraient aucun travail à faire.

[233] Il ressort des éléments de preuve produits devant le Tribunal qu'établir des horaires de vol pour plus de 2 800 pilotes, combiné aux problèmes posés par l'ancienneté et le grand nombre de possibilités de vol, est déjà une procédure d'une extrême complexité. Modifier les informations afin de satisfaire les 69 plaignants et d'autres pilotes lorsqu'ils atteignent l'âge de 60 ans, alors que l'on fonctionne toujours sous l'ancien système, n'est pas une obligation que j'imposerais à Air Canada dans l'attente de l'issue de la décision du Tribunal.

[234] En outre, chaque fois que l'on permet à un pilote de travailler alors qu'il a plus de 60 ans, on impose une contrainte aux pilotes moins âgés, sans qu'ils ne disposent d'aucun moyen pour récupérer leurs pertes de revenu et leur perte ultérieure des avantages liés à l'emploi. Les plaignants, par contre, peuvent toucher des dommages-intérêts pour la perte de revenu semblables à ceux qui ont été accordés dans la décision rendue par le Tribunal dans *Vilven*.

[235] Il s'agit manifestement de ce je qualifierais de situation d'accommodement tout ou rien. Aucun cadre permettant à quelqu'un de déroger à la règle relative à la retraite obligatoire n'est prévu. Par conséquent, je conclus qu'Air Canada a satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*, y compris à l'exigence de démontrer qu'il n'était pas possible de fournir un accommodement partiel.

b) *Le deuxième volet – La bonne foi de l'APAC*

[236] Malgré qu'il ait accepté que le syndicat a agi avec intégrité et de bonne foi, le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas satisfait au deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* parce que la règle relative à la retraite obligatoire n'a pas été adoptée pour réaliser un but lié à l'exécution du travail. En toute déférence, je ne souscris pas à cette conclusion. Selon moi, le fondement du deuxième volet a trait à l'élément mental ou au motif sous-jacent à l'adoption de la norme. Par conséquent, l'APAC n'a pas satisfait au deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*, car elle a manifestement agi de bonne foi lorsqu'elle adopte la disposition sur la retraite obligatoire. La question n'était tout simplement plus pertinente vu la conclusion tirée par le Tribunal quant au premier volet.

[237] En ce qui concerne la modification envisagée au deuxième volet du critère de l'arrêt *Meiorin* applicable au syndicat, il ressort des éléments de preuve que le syndicat a adopté à l'unanimité la norme en croyant sincèrement qu'il était au mieux des intérêts de ses membres de le faire. Il n'est pas controversé que le système de l'ancienneté était un aspect fondamental en ce qui concerne l'éventail des avantages procurés aux membres de l'APAC par la convention collective. Comme nous le verrons, je conclus qu'il s'agit d'une règle amélioratrice. De plus, lorsqu'elle a été adoptée, la règle de la retraite obligatoire faisait partie de normes internationales régissant les opérations en vol.

c) *Le troisième volet – La contrainte*

(i) *La preuve relative à la contrainte excessive imposée aux pilotes  
constituant le groupe de comparaison*

[238] M. Salamat a présenté les éléments de preuve en fonction desquels la question de la contrainte de l'APAC fut tranchée. La méthode simple employée mettait l'accent sur les pertes de salaires que subiraient les pilotes constituant le groupe de comparaison au cours de leur carrière, parce que leur avancement professionnel serait retardé en raison du fait que les plaignants occuperaient toujours des postes, par rapport aux gains salariaux totaux des pilotes constituant le groupe de comparaison après avoir atteint l'âge de 60 ans s'ils travaillaient jusqu'à l'âge de retraite fictif de 63 ans.

[239] Étant donné que l'avancement professionnel des pilotes d'Air Canada est entièrement fonction de l'ancienneté, un système que M. Salamat qualifie de similaire à [TRADUCTION] « faire la file », tout ce qui a trait à l'avancement professionnel d'un pilote, et donc à son revenu par rapport à celui des autres pilotes, peut être déterminé en fonction de la date d'embauche. La seule exception est lorsque des pilotes quittent leur poste avant l'âge de 60 ans; cette situation n'a aucune incidence sur la comparabilité des résultats sur le plan financier. Le fait que l'âge et l'ancienneté des pilotes d'Air Canada étaient connus constituait le fondement à partir duquel M. Salamat pouvait calculer avec précision la situation relative sur le plan des revenus de chacun des pilotes qui occupaient un poste au moment où les plaignants ont pris leur retraite jusque dans les 35 années suivantes, en fonction de la carrière du plus jeune pilote à la date de la demande.

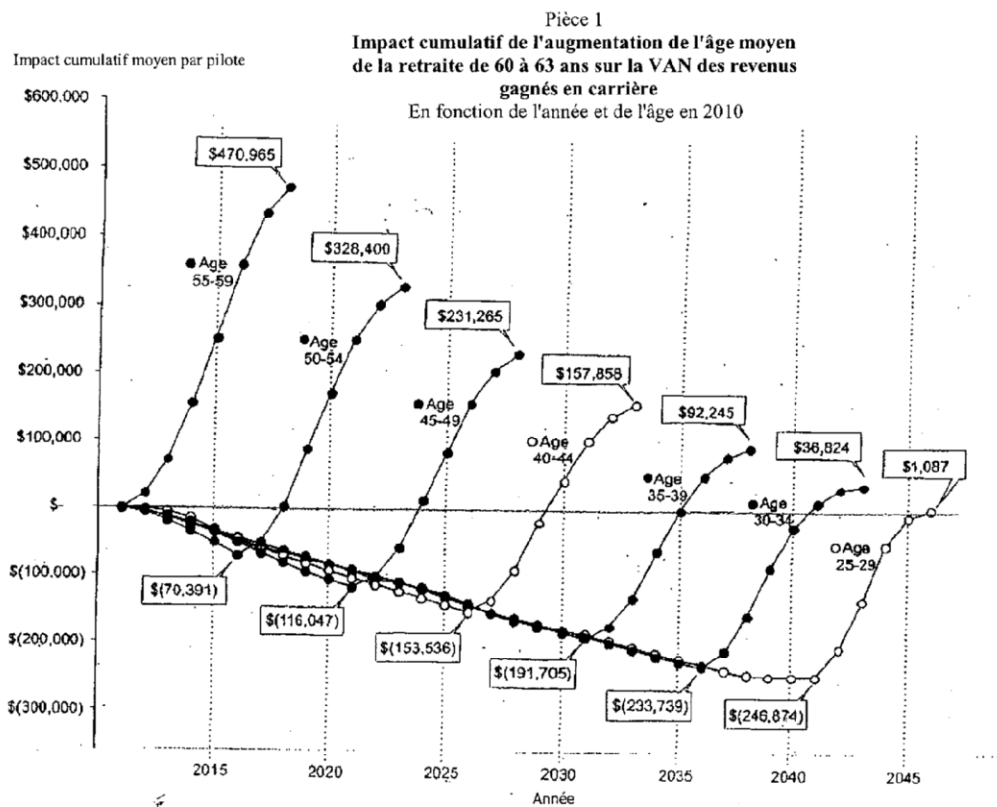


[240] M. Salamat s'est servi de la version de 2009 de la liste d'ancienneté des pilotes d'Air Canada. Il l'a projetée dans l'avenir et il a enlevé les pilotes au fur et à mesure qu'ils atteignaient l'âge de 60 ans, puis il a pourvu les postes que ces pilotes occupaient selon l'ordre d'ancienneté des pilotes restants. Il a repris l'ensemble de ce processus, jusqu'à ce que tous les pilotes de cette liste aient atteint l'âge de la retraite.

[241] M. Salamat a ensuite appliqué les échelles salariales pertinentes, qui sont elles aussi déterminées par la convention collective, aux pilotes dans leurs divers postes au cours de leur carrière. Il a calculé, en appliquant un taux d'actualisation de 3 % sur les gains futurs, une somme globale totale, somme qu'il a qualifiée de valeur actualisée nette (la VAN) des revenus de carrière potentiels des pilotes constituant le groupe de comparaison à l'âge de 60 ans.

[242] M. Salamat a effectué la même analyse en fonction d'âges de la retraite allant de 61 à 65 ans. Au final, il a choisi l'âge de 63 ans comme âge moyen de la retraite, en se fondant sur les données sur les départs à la retraite des pilotes aux États-Unis après que l'âge de la retraite y fut porté à 65 ans en 2007.

[243] En utilisant 63 ans comme âge moyen de la retraite, il a calculé la VAN des pilotes constituant le groupe de comparaison à 63 ans. Les résultats de son analyse ont d'abord été affichés sous forme de tableau à la pièce 1 de son rapport. Je l'ai reproduit ci-après pour que l'on puisse mieux comprendre son témoignage.



[244] Les nombres entre parenthèses qui figurent au bas du tableau indiquent la perte moyenne de VAN en revenus totaux pour chacun des sept groupes d'âge jusqu'à 60 ans. Au fur et à mesure qu'on se déplace vers la droite sur l'axe du temps, on arrive à la date moyenne de la retraite pour chacun des groupes d'âge. À ce point, le tableau indique la perte totale moyenne de salaire à l'âge de 60 ans pour le groupe d'âge qu'occasionne le report des promotions. Lorsque le salaire est gagné après 60 ans, la courbe monte au-dessus de l'axe de VAN nulle et s'arrête à la barre de 63 ans pour le dernier membre du groupe d'âge. Au sommet de chaque groupe d'âge, la VAN à l'âge de 63 ans des revenus totaux est affichée.

[245] M. Salamat a ensuite regroupé les pilotes en quatre catégories, qui visent à refléter la façon selon laquelle les avantages et les risques potentiels étaient répartis entre chaque groupe de pilotes après l'élimination de l'âge de la retraite obligatoire. Cela signifie qu'il a calculé les avantages et

dommages potentiels pour chaque pilote et, à partir des deux extrêmes, a évalué le risque selon l'échelle suivante : aucun risque, risque modéré, risque important et aucun avantage tiré de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire.

[246] Ces résultats ont été présentés dans un tableau, à la pièce 6 du rapport. Ce tableau indique, le long d'un axe de l'ancienneté, la perte de VAN de chacun des pilotes avant d'atteindre 60 ans et l'augmentation de la VAN gagnée s'ils travaillent jusqu'à l'âge de 63 ans. La forme de ce tableau ne permet pas sa reproduction, car M. Salamat a utilisé des couleurs pour effectuer une distinction entre les quatre groupes de pilotes, alors que les 2 957 minuscules points représentant la VAN de chacun des pilotes sont dispersés partout dans le tableau.

[247] Le regroupement des pilotes a amené M. Salamat à tirer les conclusions suivantes : pour le groupe 1, qui représente 14 p. 100 des pilotes (en règle générale, ceux ayant le plus d'ancienneté), il n'y a pas le moindre risque; pour le groupe 2, qui représente 57 p. 100 des pilotes, le risque est modéré; pour le groupe 3, qui représente 28 p. 100 des pilotes, le risque est important, et en ce qui concerne le groupe 4, qui représente seulement 1 p. 100 des pilotes, l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire ne leur occasionne que des pertes; ils n'en tirent aucun avantage.

[248] Voici les conclusions générales du rapport de M. Salamat :

[TRADUCTION]

L'élimination de la retraite obligatoire ne présente des avantages financiers évidents que pour 14 p. 100 des pilotes d'Air Canada. Étant donné que la diminution du nombre de pilotes prenant leur retraite se traduira par un retard dans les possibilités d'avancement professionnel, les autres pilotes (86 p. 100) devront travailler après avoir atteint l'âge de 60 ans pour préserver les mêmes revenus potentiels qu'ils gagneraient si l'âge de retraite obligatoire était

maintenu. Pour certains pilotes au sein de ce groupe, la diminution des possibilités d'avancement est relativement faible en comparaison avec la valeur rattachée au fait de pouvoir travailler pendant un plus grand nombre d'années. Cependant, environ 29 p. 100 des pilotes devront travailler pendant un plus grand nombre d'années, pour des gains de revenus de carrière relativement faibles, en raison des incidences à court terme relativement importantes qu'ils doivent subir.

(ii) *La décision du Tribunal quant à la contrainte*

[249] Le Tribunal, pour déterminer la contrainte relative que subiraient les pilotes, a appliqué la méthode employée par M. Salamat, méthode que je qualifierais de pondération des gains et des pertes en salaires, par laquelle il a tenté d'apprécier la contrainte en termes de perte potentielle de VAN subie par les plaignants qui ne pouvaient pas travailler au-delà de 60 ans, en comparaison avec les pertes potentielles que subirait le groupe de pilotes constituant le groupe de comparaison dans l'éventualité où la disposition sur la retraite obligatoire serait éliminée. Le groupe de comparaison était constitué par les pilotes âgés de moins de 60 ans qui pouvaient choisir entre prendre leur retraite à l'âge de 60 ans ou travailler jusqu'à l'âge de 63 ans. Le Tribunal a exposé ses conclusions de la manière suivante, aux paragraphes 398 à 401 de ses motifs dans la décision *Adamson* :

398 La question est la suivante : dans quelle mesure la contrainte est-elle acceptable en l'espèce? Sur le nombre total des pilotes actifs employés par Air Canada en janvier 2009, *99 % d'entre eux vont réaliser des gains en travaillant jusqu'à l'âge de 63 ans.* Il ne fait aucun doute que les pilotes plus expérimentés seraient avantagés dans une grande mesure, les avantages étant déterminés par les niveaux d'ancienneté relatifs. L'inconvénient pour les pilotes moins expérimentés, c'est que les gains qu'ils réaliseront auront un effet négatif sur leur capacité à décider de prendre leur retraite à 60 ans.

399 Les répercussions les plus importantes seraient sur les pilotes ayant le moins d'expérience. Ils subiraient une perte importante de revenus si l'âge de la retraite était de 60 ans et, au mieux, ne retireraient aucun avantage même s'ils travaillent jusqu'à l'âge de 63 ans.

Si un certain degré de contrainte est acceptable, cette contrainte s'appliquerait-elle aux pilotes dont la possibilité de continuer à travailler au sein d'Air Canada a été éliminée à 60 ans pour la simple raison qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans. Ou cette contrainte s'appliquerait-elle à la majorité des pilotes qui auraient dorénavant une capacité plus limitée à décider de prendre leur retraite à 60 ans, mais qui seraient encore dans une situation de gains s'ils travaillaient jusqu'à l'âge de 63 ans. Il ne s'agit pas de sous-estimer les répercussions plus importantes sur les pilotes ayant le moins d'ancienneté, néanmoins, précisons que ce groupe de pilotes ne représente que 1 p. 100 de la cohorte totale des pilotes d'Air Canada.

Le choix est difficile. À mon avis, cependant, les répercussions de l'abolition de la règle de la retraite à 60 ans n'atteignent pas le seuil de la contrainte « excessive ». J'ai conclu, par conséquent, que l'APAC n'a pas satisfait à la troisième étape de la méthode *Meiorin*.

[Non souligné dans l'original.]

[250] Je conclus qu'il est nécessaire de renvoyer la présente affaire au Tribunal pour nouvelle décision, étant donné que j'ai conclu que les nouvelles circonstances ayant été transmises doivent donner lieu à des modifications de certains des principes juridiques en matière d'EPJ dans le but d'éviter des résultats injustes. J'ai aussi fait valoir qu'il faut donner une interprétation large aux facteurs de contraintes visés au paragraphe 15(2). Ces modifications aux principes juridiques ont une incidence sur la manière dont la présente affaire aurait été préparée et plaidée. Par exemple, des questions importantes se posent quant au mode de vie, des questions se rapportant aux besoins relatifs des groupes du syndicat ayant des intérêts opposés, et des questions à propos des répercussions sur la convention collective ainsi que sur le moral des employés; celles-ci sont toutes pertinentes quant à la détermination de la contrainte relative. Je conclus aussi que les données concernant les différences défavorables quant aux revenus injectent un souffle nouveau à l'importance du caractère sacré des conventions collectives qui ont pour effet d'accroître les avantages dont bénéficient les membres du syndicat et de les distribuer équitablement entre ceux-ci.

[251] En outre, j'ai incorporé les principes exposés dans l'arrêt *Renaud* au critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin*. Il est ainsi pris acte de la nature inhabituelle des contraintes imposées à un syndicat en ce qui a trait à l'effet des mesures d'accommodement sur les droits des autres membres du syndicat, un facteur qui ne se limite pas uniquement aux considérations d'ordre économique. Le Tribunal a omis de tenir compte de droits importants en matière d'emploi des pilotes constituant le groupe de comparaison, lesquels auraient dû être pris en considération.

[252] Cependant, même en faisant abstraction des modifications apportées au critère énoncé dans l'arrêt *Meiorin* et de la portée des facteurs de contrainte, je conclus que la décision du Tribunal comporte des lacunes, parce que celui-ci ne se penche pas sur les facteurs importants découlant du témoignage de M. Salamat, ce qui m'amène à conclure que la décision n'appartient pas aux issues possibles acceptables au regard du droit et des faits. Je discuterai plus loin ces facteurs et je ferai certains commentaires au sujet des droits en matière d'emploi sur lesquels l'élimination de la règle de la retraite à l'âge de 60 ans a une incidence.

(iii) *Les erreurs dans la décision du Tribunal*

1. La réduction salariale au cours de la période de rattrapage

[253] Je conclus que le Tribunal a mal qualifié la perte des pilotes constituant le groupe de comparaison, car il a grandement sous-estimé le désavantage économique que subiraient « la majorité des pilotes qui auraient dorénavant une capacité plus limitée à décider de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, mais qui seraient encore dans une situation de gains s'ils travaillaient jusqu'à l'âge de 63 ans » [non souligné dans l'original].

[254] L'erreur contenue dans cette observation est que le Tribunal omet de tenir compte de l'argument le plus important de l'APAC, c'est-à-dire, que les pilotes constituant le groupe de comparaison doivent, au final, travailler sans contrepartie ou pour un salaire réduit pendant trois ans pour « rattraper » la perte de revenus accumulée jusqu'à l'âge de 60 ans. Le rapport de M. Salamat souligne ceci : [TRADUCTION] « Cependant, les pilotes les plus jeunes subiraient des pertes importantes s'ils devaient prendre leur retraite à l'âge de 60 ans et ils ne tireraient que des avantages négligeables pour trois années de travail supplémentaires ».

[255] Les pilotes plus jeunes ne voulaient pas reconnaître qu'ils étaient dans une situation « positive » en ce qui concerne leurs revenus totaux, alors que leur VAN à l'âge de 63 ans, après avoir travaillé trois années supplémentaires, les place dans une situation un peu plus avantageuse qu'ils ne le seraient à l'âge de 60 ans avec une disposition en vigueur sur la retraite obligatoire, ce qui signifie que, pendant ces trois années de travail supplémentaires, leur rémunération effective serait grandement réduite.

[256] À titre d'exemple, si on examine le groupe des pilotes âgés de 40 à 44 ans, soit le groupe médian dans la pièce 1 du rapport de M. Salamat, leur VAN cumulative à l'âge de 63 ans, après avoir travaillé pendant trois ans, est majorée d'un montant de 157 858 \$ par rapport à leur VAN à l'âge de 60 ans, ce qui représente une VAN négative de 153 536 \$ (les montants sont exprimés en dollars actualisés). Au final, ces pilotes gagneront environ un salaire d'environ 52 500 \$ par année, plutôt que le salaire de plus de 200 000 \$ qu'ils gagneraient à cet âge en temps normal, pour parvenir à l'augmentation de leur VAN cumulative. Cela s'explique par le fait qu'ils auront à

travailler gratuitement (c.-à-d., sans en tirer un avantage pécuniaire) jusqu'à ce qu'ils atteignent une VAN positive.

[257] Manifestement, les avantages attribuables au fait de travailler trois années supplémentaires chutent de manière encore plus importante pour le groupe des pilotes âgés de 25 et 29 ans, qui verraient leurs trois années supplémentaires de travail se traduire par un gain de VAN à l'âge de 63 ans de 1 087 \$, ou de 362 \$ par année, et leur VAN négative de 246 874 \$ à l'âge de 60 ans sera éliminée. Il n'y a rien de « positif », pour les pilotes, dans le fait de travailler bénévolement pendant trois années de plus pour en arriver à une situation financière identique à celle qui aurait prévalu s'ils avaient pris leur retraite à l'âge de 60 ans sous le régime de la retraite obligatoire.

[258] Cela ne tient même pas compte du fait que si les pilotes de ce groupe d'âge prenaient leur retraite à l'âge de 60 ans, ils recevraient pendant ces trois années des prestations de retraite représentant environ 2/3 de leur salaire. J'aborderai ce point plus loin.

[259] Le dernier élément, qui concerne un autre aspect de la nature « inéquitable » de l'entente quant au rattrapage, est qu'en raison du fait que tous les groupes d'âge (exception faite du groupe des 55-59 ans) commencent avec des gains cumulatifs de VAN négative à l'âge de 60 ans, si, pour une raison ou une autre, ces pilotes ne travaillent pas lors des trois années supplémentaires les conduisant à l'âge de 63 ans, cela leur occasionnera un manque à gagner supplémentaire en ce qui a trait à leurs revenus cumulatifs au cours de leur carrière.



2. Le caractère permanent de la perte de rémunération attribuable au report du salaire jusqu'à l'âge de 60 ans

[260] Le Tribunal n'a pas réussi à comprendre que le fait de travailler bénévolement, ou à un salaire réduit, pour compenser la perte de la VAN à l'âge de 60 ans signifie que cette perte est permanente et qu'elle ne peut faire l'objet d'un rattrapage. Il est illusoire d'affirmer que les pilotes seront dans une situation de gains par rapport à la situation dans laquelle ils seraient s'ils devaient prendre leur retraite à l'âge de 60 ans .

[261] Comme il ressort clairement de la pièce 1 du rapport de M. Salamat, l'élimination de la disposition sur l'âge de retraite obligatoire donne lieu à une réduction du salaire annuel avoisinant 7 000 à 8 000 \$, et ce, pour tous les groupes d'âge de pilotes. La perte cumulative de revenus à l'âge de 60 ans pour les pilotes âgés de moins de 55 ans va de 70 000 \$ à 247 000 \$; ce dernier montant représente les pertes du groupe des pilotes les plus jeunes à qui il restait de 31 à 35 années de service avant la retraite en date de 2010.

[262] Le Tribunal a mal qualifié les conclusions de M. Salamat sur le fait que les pilotes pouvaient travailler trois ans de plus pour récupérer leurs pertes, et qu'ils se retrouveraient dans une situation où ils ne retireraient « aucun avantage » ou dans « une situation de gains s'ils travaillaient jusqu'à l'âge de 63 ans ». Cette conclusion ne tient pas compte du fait que la perte globale de salaire à l'âge de 60 ans est permanente et que les pilotes ne peuvent d'aucune façon la récupérer en travaillant plus longtemps. La seule façon pour les pilotes d'éliminer cette perte serait d'obtenir un taux de rémunération supérieur à celui prévu à la convention collective au cours de la période de rattrapage, ce qui constituerait alors une contrainte pour l'employeur.

[263] La personne qui travaille plus longtemps pour compenser une dette impossible à recouvrer ne se trouve pas à obtenir un remboursement. Elle ne fait que travailler plus longtemps pour rattraper le manque à gagner que quelqu'un d'autre lui a pris. La dette n'est jamais remboursée. La perte de revenus encourue par chaque pilote jusqu'à l'âge de 60 ans doit donc être considérée comme étant une perte non recouvrable. Pour cette raison, les plaignants doivent comprendre que leur gain se ferait aux dépens des pilotes qui ont commencé à travailler après eux.

[264] De plus, l'argument des plaignants selon lequel la situation n'est pas différente de celle où quelqu'un décide de continuer à travailler jusqu'à l'âge de 60 ans plutôt que de prendre sa retraite à 55 ans ne me convainc pas. Dans ce cas de figure, il n'y a pas de perte de revenus chez les autres travailleurs au sein de la même entreprise. Tant qu'il existe un point de référence quant à l'âge de la retraite, il n'y a pas de conséquences défavorables, jusqu'à ce que l'employé travaille au-delà de l'âge en question. La VAN maximale pour un pilote, à l'embauche, était calculée de manière prospective, en fonction du fait qu'il allait travailler jusqu'à l'âge de 60 ans. Ce n'est que lorsque d'autres personnes travaillent au-delà de cet âge que surviennent les pertes par rapport aux revenus, déterminés de concert par l'employeur, les employés et le syndicat, que le pilote s'attendait à gagner lorsqu'il a été embauché par Air Canada.

[265] Le Tribunal a donc mal qualifié la perte des pilotes constituant le groupe de comparaison lorsqu'il a conclu « [qu'ils] auraient dorénavant une capacité plus limitée à décider de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, mais [qu'ils] seraient encore dans une situation de gains s'ils travaillaient jusqu'à l'âge de 63 ans ». Les pilotes les plus jeunes auront un manque à gagner d'environ

250 000 \$ à l'âge de 60 ans ; ce montant leur a été enlevé à tout jamais en raison de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire. C'est exactement ce qu'illustre la pièce 1 de M. Salamat.

[266] De plus, l'allusion à la capacité plus limitée des pilotes à prendre leur retraite ne fait qu'envoyer sur une mauvaise piste quiconque analyse le problème, et ce, en transformant une question de perte financière en une question de report de mode de vie à la retraite. Cela fait aussi abstraction de l'incidence des contraintes occasionnées par le manque de ressources financières des pilotes les plus jeunes qui doivent répondre aux besoins les plus immédiats, comme se loger et élever leurs enfants. De plus, cette mauvaise qualification des pertes des pilotes a pour effet de transformer celles-ci en un facteur de contrainte de nature non financière, lequel n'est pas visé par l'interprétation étroite que le Tribunal avait retenue à l'égard du paragraphe 15(2).

### 3. Les gains fortuits des plaignants

[267] Un autre facteur dont le Tribunal a omis de tenir compte dans sa comparaison des effets négatifs attribuables à la distinction était la nature fortuite des revenus supplémentaires que les plaignants allaient gagner en travaillant après 60 ans. Le Tribunal a plutôt mis l'accent sur les contraintes imposées aux « pilotes dont la possibilité de continuer à travailler au sein d'Air Canada a été éliminée à l'âge de 60 ans pour la simple raison qu'ils avaient atteint l'âge de 60 ans ». (Non souligné dans l'original.)

[268] La qualification que le Tribunal a opérée, en toute bienveillance, en ce qui concerne les pertes financières des plaignants ne tient pas compte des éléments de preuve portant que les plaignants gagneraient des revenus et obtiendraient des avantages fortuits, et ce, aux dépens des

autres employés. Aucun autre employé, que ce soit les prédécesseurs des plaignants ou leurs successeurs, ne bénéficiera d'une telle prolongation de la période la plus lucrative de sa carrière de pilote en ce qui a trait au salaire et aux avantages reçus, à l'exception des capitaines qui seront près de la retraite lors de l'élimination de la règle de la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans .

[269] M. Salamat a ainsi qualifié les effets des retombées fortuites sur les plaignants :

[TRADUCTION]

Encore là, le coût de la retraite à l'âge de 60 ans pour les pilotes les plus jeunes sera de 222 000 \$ et celui-ci sera nul pour les pilotes les plus âgés. Donc ils... vous savez, c'est la même tendance que ce que nous avons vu avec les autres. L'une des plus, en fait, l'une des choses les plus intéressantes à propos de cette manière d'examiner les répercussions est que presque tous les pilotes commencent au bas de l'échelle ici, comme copilote dans de petits avions, et ils grimpent les échelons au fur et à mesure que d'autres prennent leur retraite et ils sont chanceux si l'âge de retraite change et qu'ils se trouvent au haut de la liste, parce qu'ils ont pu bénéficier, tout au long de leur carrière, du fait que des pilotes ont pris leur retraite à l'âge de 60 ans et qu'ils ont gravi les échelons, et qu'au moment même où ils sont censés prendre leur retraite, ils continuent à travailler. Donc, vous savez vraiment qu'il s'agit de toute une manne si vous vous trouvez dans cette situation.

(Transcription du Tribunal, pages 2575 et 2576)

[270] L'objectif de la convention collective était d'empêcher une telle répartition inégale entre les membres du syndicat des avantages à travailler chez Air Canada. Les gains fortuits, l'érosion de l'objectif de la convention collective et les répercussions sur le moral des troupes et sur l'harmonie au sein des employés ne sont pas des facteurs liés aux coûts, ou des facteurs constituant par ailleurs des éléments de contraintes selon une interprétation étroite du paragraphe 15(2). Cela peut expliquer pourquoi les défenderesses et le Tribunal ont omis de tenir compte de ce que je qualifierais de

questions liées aux contraintes intangibles ou aux contraintes liées à l'équité découlant de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire.

4. La violation des droits en matière d'emploi des pilotes constituant le groupe de comparaison

[271] Étant donné que les facteurs de contraintes étaient circonscrits à des questions purement financières, les parties ne pouvaient pas présenter d'arguments se rapportant à la violation des droits fondamentaux en matière d'emploi, ce qui a eu pour conséquence que le Tribunal ne s'est pas penché, sous cet angle, sur les incidences de l'élimination de la règle de la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans. Je crois aussi que cette omission découlait du fait que le Tribunal n'a pas compris que l'élimination de la règle sur la retraite obligatoire donnerait lieu à des pertes de revenus irrécupérables aux pilotes constituant le groupe de comparaison. De toute façon, le Tribunal ne s'est pas penché sur la question de savoir si, selon les normes usuelles du droit en matière d'emploi, le fait que des pilotes subissent une perte de revenus au cours de leur carrière jusqu'à ce qu'ils atteignent 60 ans constitue une violation de leurs droits, même s'ils pouvaient rattraper cette perte après avoir atteint cet âge.

[272] L'employeur qui réduit unilatéralement le salaire de l'employé sans motifs raisonnables s'expose à une plainte pour congédiement déguisé. Il serait possible, dans certains milieux de travail, d'intégrer des employés dans des postes semblables mieux rémunérés, mais la convention collective d'Air Canada ne permet pas une telle chose.

[273] Quoi qu'il en soit, tel n'est pas le cas en l'espèce. La situation exposée est celle de la diminution de revenu des pilotes constituant le groupe de comparaison; au final, leurs revenus sont

transférés aux plaignants sous forme de gains fortuits. Le droit du travail ne prévoit pas d'exception en ce qui concerne le transfert de revenus d'un groupe d'employés à un autre.

[274] Ce n'est pas comme si les pilotes constituant le groupe de comparaison avaient contribué à la situation en l'espèce. Lorsque la question fut soulevée pour la première fois, la plupart d'entre eux (75 %) ont choisi, dans le cadre d'un vote, de se conformer aux dispositions de la convention collective. Il est facile de comprendre pourquoi. Comme nous le verrons ci-après lorsque je me pencherai sur la question de savoir si la disposition sur la retraite obligatoire est discriminatoire, les plaignants, à l'âge de 60 ans, auront déjà bénéficié du fait que leurs prédécesseurs ont souscrit à la convention collective, ce qui leur a permis de jouir de salaires plus élevés à la fin de leur carrière, conformément à la convention collective. Ils proposent maintenant de prolonger ces avantages dont ils bénéficiaient en fin de carrière, y compris leur salaire plus élevé, et ce, sans avoir [...] « assumé le fardeau financier » qui découle de la convention, imposant ainsi les coûts supplémentaires de ces avantages aux pilotes qui ont été embauchés après eux.

[275] De plus, comme nous le verrons plus loin, l'objectif de la convention collective est de distribuer les avantages de manière équitable, y compris sur le plan générationnel. L'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention entraîne l'invalidation de ce principe fondamental de la convention collective. Cela a une grande incidence sur la question du « caractère sacré de la convention collective », que j'aborderai dans le contexte de la question de savoir si une discrimination *prima facie* a été établie. J'estime que cette question s'inscrit plus facilement dans l'argument du syndicat selon lequel la disposition sur la retraite obligatoire n'est pas discriminatoire plutôt que dans celui formulé par le syndicat concernant les contraintes. Néanmoins, puisqu'il n'est

pas certain que ma conclusion selon laquelle la disposition sur la retraite obligatoire n'est pas discriminatoire sera maintenue, l'incidence négative sur les conventions collectives de l'APAC peut aussi être considérée comme un facteur de contrainte.

[276] Il n'y a non plus aucun principe du droit du travail qui permet que l'employé puisse par la suite compenser une diminution de salaire prenant la forme d'un report du revenu en travaillant plus longtemps et en gagnant un revenu total identique ou supérieur, même si c'était le cas, or ce ne l'est pas.

[277] Ce cas de figure est lui aussi injuste, en ce sens que les pilotes les plus jeunes doivent assumer tous les risques d'une éventuelle « entente » que le Tribunal pourrait juger comme leur permettant de revenir à une situation de gains dans les 20 à 35 années à venir.

[278] Le bon sens veut qu'aucun pilote âgé de moins de 40 ans n'envisage d'accepter une telle offre si on lui donne le choix. Il est déraisonnable et absurde de soutenir qu'il est juste, pour les pilotes les plus jeunes, de reporter leur revenu actuel en fonction de la possibilité de le récupérer dans un avenir lointain.

[279] À cet égard, je conclus que le Tribunal a aussi commis une erreur en ne tenant pas compte d'éléments de preuve convaincants, quoique provenant d'affaires connexes antérieures, au sujet du référendum portant sur l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire de la convention collective. Comme il a été mentionné précédemment, l'élimination de la disposition fut rejetée par une majorité écrasante des membres (75 p. 100).

[280] Le vote décisif des pilotes constitue un élément de preuve d'une grande valeur probante dont il ressort que les pilotes considèrent que l'élimination de la retraite obligatoire leur imposera des contraintes. Personne ne connaît mieux les répercussions d'une modification à la convention collective que ceux qui en feront directement les frais.

[281] Ce vote ne peut pas non plus être considéré comme une expression de la [TRADUCTION] « tyrannie de la majorité », comme l'a laissé soutenu la Commission. La question dont le Tribunal était saisi concernait une comparaison des contraintes économiques. Les pilotes ont voté, selon le bon sens, pour le rejet d'une proposition qui aurait grandement modifié en leur défaveur l'état actuel des choses, en ce sens qu'elle portait atteinte à leurs droits en matière d'emploi au bénéfice des plaignants et des pilotes les plus âgés, lesquels avaient voté pour la modification parce que cette dernière leur était avantageuse.

[282] Par conséquent, si elle est adoptée sans apparence de droit, l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective constituera une violation des droits en matière d'emploi des pilotes constituant le groupe de comparaison, comme il est observé dans l'arrêt *Renaud*.

[283] Cette mesure minera aussi les principes fondamentaux de la convention collective, soit, que celle-ci est censée viser une distribution équitable des fruits du travail entre les membres du syndicat.



5. Le travail jusqu'à l'âge de 63 ans et son incidence sur les pensions

[284] L'incidence des pensions sur la réduction de la valeur nette des revenus des pilotes à l'âge de 63 ans par rapport aux valeurs consignées par M. Salamat dans ses calculs de VAN a été soulevée par l'avocat de la Commission au cours de l'audience. Le Tribunal a rejeté d'emblée l'idée que les pensions fussent un facteur ayant une incidence sur les données consignées par M. Salamat à la pièce 1. Il a néanmoins examiné le témoignage de M. Salamat concernant l'augmentation du revenu moyen des pilotes au cours de leurs cinq meilleures années – soit le montant de référence servant à calculer l'augmentation de la valeur de leurs pensions, un autre avantage du travail jusqu'à l'âge de 63 ans. Cet examen était trompeur et inexact, en raison de son caractère incomplet.

[285] Je ne sais trop pourquoi l'APAC présenterait des éléments de preuve inexacts et trompeurs qui appuient la thèse des plaignants, tout en ne produisant pas en preuve des éléments découlant de calculs simples démontrant que les avantages financiers des pilotes à l'âge de 63 ans exposés par M. Salamat à la pièce 1 étaient grandement surestimés, puisqu'ils n'étaient pas calculés en fonction du revenu net de pension qui aurait été gagné au cours des trois années supplémentaires, sans compter les coûts des cotisations au régime de retraite qui n'avaient pas à être payés au cours de cette même période.

[286] L'APAC, n'ayant pas produit d'éléments de preuve quant à l'incidence des revenus de pensions qui n'ont pas été pris en compte dans les projections de VAN à l'âge de 63 ans, n'a évidemment pas fait valoir ses arguments quant à cette question. Cependant, la question et un argument voulant qu'elle doive être examinée furent soulevés par la Commission au cours de l'audience. Cet argument a été rejeté d'emblée par le Tribunal.

[287] Je conclus que le Tribunal a commis des erreurs manifestes concernant les pensions dans ses motifs : d'un côté, il a tenu compte des éléments de preuve trompeurs et incomplets qui favorisaient les plaignants; de l'autre, il a rejeté toute preuve démontrant que les chiffres de VAN à l'âge de 63 ans étaient surévalués de manière importante.

*- L'augmentation de la valeur des pensions à l'âge de 63 ans*

[288] Dans sa décision, le Tribunal a résumé, aux paragraphes 374 à 376, le témoignage rendu par M. Salamat au sujet des pensions :

374 M. Salamat a ensuite produit un tableau montrant l'effet sur le revenu moyen des cinq dernières années de travail avant l'âge de la retraite de 60 ans. Il a supposé que la pension reposait sur la moyenne des cinq dernières années de salaire. (La pension d'Air Canada repose sur les 60 meilleurs mois consécutifs).

375 M. Salamat a expliqué que, tandis que les scénarios précédents illustraient ce qui se passe pendant la période d'emploi, ce tableau vise à montrer l'effet sur les gains admissibles si le pilote décide de prendre sa retraite à 60 ans lorsque l'âge de la retraite passe à 61 à 65 ans.

376 Ce que le tableau conclut finalement, c'est que l'effet, en moyenne, sur le revenu aux fins de la pension d'un pilote est une van de 3 762 \$, ce qui veut dire 3 % de moins s'il prend sa retraite à 60 ans lorsque l'âge moyen de la retraite est augmenté à 61 ans. Si l'âge moyen de la retraite passe à 63 ans et si le pilote moyen prend sa retraite à 60 ans, lorsque l'âge moyen de la retraite est augmenté à 63 ans, l'effet sera une van négative de 13 900 \$, ce qui veut dire 8 % de moins aux fins de la pension. Et ainsi de suite, pour un âge de la retraite de 62, 64 et 65 ans

[Non souligné dans l'original.]

[289] La « VAN négative [...] aux fins de la pension » de 13 900 \$ [montant arrondi à 14 000 \$] est mentionnée comme étant un désavantage pour les pilotes constituant le groupe de comparaison

dans l'éventualité où ils continuent à prendre leur retraite à l'âge de 60 ans plutôt que de travailler jusqu'à l'âge de 63 ans. Cela est inexact d'un point de vue factuel, parce que la preuve d'une hausse de 14 000 \$ du salaire moyen au cours des cinq meilleures années attribuable au fait de travailler jusqu'à l'âge de 63 ans n'est pas pertinente, à moins que cette hausse ne soit utilisée comme facteur dans la détermination de la valeur de la pension, laquelle est utilisée pour augmenter l'avantage total que procure le fait de travailler jusqu'à l'âge de 63 ans.

[290] Cependant, introduire des éléments de preuve faisant état d'une augmentation de la valeur de la pension à l'âge de 63 ans serait encore plus trompeur. Toute augmentation de la valeur des pensions en raison des trois années supplémentaires de travail serait en temps normal neutralisée, voire même davantage, par les désavantages économiques si l'on déduit les prestations de retraites disponibles et les cotisations n'ayant pas été versées entre 60 et 63 ans.

[291] Par conséquent, si le Tribunal souhaitait renvoyer aux éléments de preuve portant sur l'augmentation moyenne du salaire des pilotes lors de leurs cinq meilleures années, cela n'aurait dû être que dans le but de poser des questions à M. Salamat à savoir pourquoi il introduisait cet élément de preuve sans que l'APAC n'y ait eu recours pour calculer l'augmentation de la valeur de la pension à l'âge de 63 ans par rapport à la valeur à l'âge de 60 ans, et, plus important encore, pourquoi aucune déduction n'a été faite relativement aux prestations de retraite n'ayant pas été reçues jusqu'à l'âge de 63 ans. Bien sûr, cela suppose que la plupart des employés du secteur public fédéral détiennent les aptitudes de base nécessaires pour comprendre que la valeur de leur pension exprimée en prestations à recevoir repose sur deux facteurs, soit leur salaire moyen lors de leurs cinq meilleures années et le nombre total d'années de travail, nombre qui détermine le pourcentage

du salaire moyen que les employés recevront, en fonction de la règle du 2 p. 100 par année de travail.

[292] Les administrateurs de régimes de retraite ou les actuaires peuvent produire l'augmentation de la valeur de la pension gagnée attribuable au travail jusqu'à l'âge de 63 ans, comme ils le font toujours, par exemple, en matière de droit de la famille. Ils utiliseront l'augmentation de 14 000 \$ de la moyenne des cinq meilleures années, tout en tenant aussi compte de l'augmentation du salaire annuel de 6 % au cours des trois années supplémentaires de travail. Les calculs doivent être quelque peu généralisés et regroupés en cohorte d'âges, mais le témoignage rendu par M. Salamat était déjà généralisé de cette manière.

[293] L'augmentation de la valeur de la pension aurait été considérablement plus importante que la hausse de 14 000 \$ dans la moyenne du salaire des cinq meilleures années. Cependant, la valeur supplémentaire des pensions à l'âge de 63 ans serait considérablement moindre que le revenu de pension disponible, mais non reçu, au cours des trois années supplémentaires de travail et les cotisations au régime de retraite qui n'ont pas été versées au cours de la même période.

*- La VAN à l'âge de 63 ans, après déduction des prestations de pension*

[294] Le président du Tribunal savait, en raison de la décision rendue à l'occasion de l'affaire *Vilven Tribunal (dommages)*, 2010 TCDP 27, que le vrai calcul de la différence de salaires en raison des trois années supplémentaires de travail entre 60 et 63 ans devait déduire le montant que les pilotes allaient recevoir à titre de pension au cours de cette même période.

[295] Dans l'affaire *Vilven dommages Tribunal*, le président du Tribunal a calculé les pertes de salaire encourues par MM. Vilven et Kelly à partir du moment où ils ont pris leur retraite à l'âge de 60 ans jusqu'à la date de leur réintégration, en déduisant les prestations de retraite reçues au cours de la même période. Le paragraphe 174(7) de son ordonnance est libellé ainsi :

[TRADUCTION]

174(7) Les montants des prestations de retraite payées aux plaignants du 1<sup>er</sup> septembre 2009 jusqu'à leur date de rétablissement seront déduits de l'indemnité pour perte de salaire.

[296] Une déduction similaire a été opérée en ce qui a trait aux cotisations au régime de pensions que les plaignants auraient eu à payer s'ils avaient continué à faire partie du personnel après avoir atteint 60 ans.

[297] L'avocat de la Commission a posé un certain nombre de questions à M. Salamat au sujet de son omission de déduire les prestations de retraite pour les trois années de service supplémentaires jusqu'à l'âge de 63 ans. On a demandé au Tribunal s'il était prêt à examiner cette question.

L'objectif était de démontrer que les montants de VAN à l'âge de 63 ans contenus dans le rapport de M. Salamat étaient gonflés, parce qu'on n'en avait pas déduit les montants de pension disponibles des pilotes travaillant au-delà de 60 ans, mais que ceux-ci n'avaient pas reçus. Voici la transcription de ce dialogue :

[TRADUCTION]

**T-1453-11, Dossier de la demande de la demanderesse Air Canada, volume VII de XI : transcription, page 2614, ligne 16, jusqu'à la page 2615, ligne 8 :**

M. Poulin : Par opposition – mais vous n'aviez pas tenu compte des montants d'argent qu'il gagnerait, vous savez, de la pension qu'il recevrait s'il n'était pas revenu. Donc, la différence serait beaucoup moins importante.

M. Salamat : Effectivement. Non, mon analyse n'aborde pas l'incidence des pensions sur une personne.

M. Poulin : Mais la situation de ces personnes est très importante, comme vous l'avez démontré dans votre présentation, alors que vous avez pointé vers ce petit point rouge isolé en haut à gauche.

M. Salamat : Mm'hmm.

M. Poulin : La situation d'une personne à tout moment peut avoir une incidence appréciable sur tout revenu potentiel ou sur toute perte potentielle.

M. Salamat : C'est exact.

[Non souligné dans l'original.]

**T-1453-11, Dossier de la demande de la demanderesse Air Canada, volume VII de XI : transcription, page 2616, ligne 24, jusqu'à la page 2619, ligne 15 :**

M. Poulin : Oui, donc c'est le – c'est en gros ce que je dis à vous et à M. Salamat, et je crois qu'il est d'accord avec moi, que le chiffre est en réalité sensiblement plus bas, puisque ces pilotes auraient reçu une pension. C'est une différence appréciable.

M. Salamat : Je – non, je ne peux pas réellement souscrire expressément à cela. Je mets en doute le fait que les chiffres seraient sensiblement plus bas. Je n'ai aucun doute quant au fait que les pensions ont une incidence, mais comme je disais, les pensions ne sont pas mon domaine d'expertise. Vous savez, si une personne travaille passé l'âge où elle est censée prendre sa retraite, cela a des conséquences. Mais si elle peut continuer à cotiser, cela entraîne d'autres conséquences. Et donc, vous savez que ce n'est pas mon domaine d'expertise, et c'est donc pourquoi nous n'y sommes pas vraiment attardés dans l'analyse.

--

M. Poulin : Pouvons-nous, pouvons-nous convenir que – désolé, je vous ai interrompu. C'est une mauvaise habitude. Pouvons-nous alors simplement nous entendre pour dire qu'il y a une incidence réelle entre l'avantage potentiel que vous avez calculé et ce qui se produirait dans la réalité?

M. Salamat : En raison de, en raison de la pension?

M. Poulin : En raison d'un certain nombre de facteurs incertains, y compris la pension – combien d'argent une personne recevrait à titre de pension, en fonction de l'importance de celle-ci –

M. Salamat : Bien oui. Je veux dire, les deux choses qui viennent à l'esprit sont les pensions et les impôts, vrai? Donc, ces deux seules choses signifieront qu'il est presque garanti que les pilotes ne réaliseront pas un gain de 600 000 \$.

M. Poulin : Bien.

M. Salamat : Bien, mais encore là, j'espère que je n'ai pas laissé entendre que cela tenait compte des impôts et des pensions.

M. Poulin : Bien.

Le président du Tribunal : Je crois, M. Poulin, je crois que ce que vous voulez dire, c'est que si vous ne faites que regarder ce modèle et que celui-ci mentionne que si une personne travaille pendant trois années de plus, si vous êtes dans le groupe d'âge, disons – si vous regardez la pièce 1 – 50 à 59 ans – votre VAN en date de cette année (inaudible) 470 965 \$. Et, selon ce que je comprends, vous dites qu'il est possible qu'une personne puisse ne pas gagner ce montant d'argent, parce qu'elle va regarder comment elle va gagner si elle prend sa retraite, et qu'elle veuille voir quelle sera sa pension lorsqu'elle prendra sa retraite. Et donc, cette personne pourra choisir de ne pas rester trois années de plus, parce que ça ne vaut pas la peine en ce qui la concerne, parce qu'elle ne fera pas 479 069 \$, parce qu'elle pourrait faire ce montant ou qu'elle pourrait gagner un revenu de pension qui serait tout près ou relativement près de ce montant et que ça ne vaut pas la peine pour elle de travailler trois années de plus, après les impôts et tous les autres facteurs. Est-ce que c'est ce que vous essayez de dire?

M. Poulin : Oui, en fin de compte, en gros ce que j'essaie de dire c'est qu'on ne le sait pas. Le problème, c'est que le modèle de M. Salamat ne nous permet pas de le savoir, et qu'il n'y a aucun moyen de le savoir. Quels sont les problèmes et avantages possibles? C'est –

Le président du Tribunal : Bien, vous pouvez plaider cela. Ce que je comprends, c'est que la pièce 1 – si vous êtes dans ce groupe d'âge et que vous travaillez jusqu'à 63 ans plutôt que de quitter le travail à l'âge de 60 ans, compte tenu de (inaudible) ce taux de rémunération, cela vous donne votre avantage potentiel.

M. Poulin : C'est vrai.

Le membre du Tribunal : Ce montant. Rien d'autre.

[Non souligné dans l'original.]

[298] Dans son témoignage, M. Salamat a convenu que déduire les montants disponibles à titre de pension que les pilotes gagneront jusqu'à ce qu'ils aient 63 ans, s'ils choisissent plutôt de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans, aura [TRADUCTION] « une incidence appréciable sur tout revenu potentiel ou sur toute perte potentielle » dans ses tableaux. Il est par la suite quelque peu revenu sur cette position lorsqu'il a affirmé qu'il ne pouvait « réellement souscrire expressément » au fait qu'en réalité, les montants versés aux pilotes recevant une pension seraient sensiblement moins importants. Il s'était placé dans une situation difficile, compte tenu de son admission antérieure selon laquelle il n'avait pas tenu compte d'un élément qui aurait eu « une incidence appréciable sur tout revenu potentiel ou sur toute perte potentielle », ce qui entachait son témoignage d'opinion. En fin de compte, il est revenu à une position plus prudente, selon laquelle les pensions n'étaient pas son domaine d'expertise, et que cela expliquait, selon lui, pourquoi il n'avait pas tenu compte des pensions dans son analyse.

[299] Ce qui est encore plus important, c'est l'intervention du président du Tribunal à cet égard, intervention dont il ressort qu'il avait mal compris l'argument de l'avocat de la Commission selon lequel les avantages potentiels décrits dans le rapport de M. Salamat ne pouvaient pas être établis sans qu'il soit tenu compte de l'incidence des pensions. Le Tribunal a plutôt décrit l'explication de l'avocat comme portant sur la question de savoir si [TRADUCTION] « ça ne vaut pas la peine pour [les pilotes] de travailler trois années de plus, après les impôts et tous les autres facteurs » [non souligné dans l'original]. Il est déraisonnable de justifier la décision de ne pas tenir compte de l'incidence des



impôts prélevés par l'État par rapport à celle de ne pas tenir compte du revenu de pension gagné. Le revenu de pension des pilotes s'inscrit dans le cadre de leur compensation relativement à leur travail. Il s'agit d'une source de revenus pour les pilotes, au même titre que le salaire qu'ils ont gagné. En ayant omis d'en tenir compte, la Commission n'a pas accordé l'importance qu'il se doit à cette compensation dans le revenu que les pilotes auront accumulé à l'âge de 63 ans selon qu'ils prennent leur retraite ou non, ce qui était l'objectif du témoignage de M. Salamat. Si tel n'était pas le cas, pourquoi M. Salamat a-t-il produit des éléments de preuve à propos des montants se rapportant aux cinq meilleures années aux fins de la pension?

[300] Le président du Tribunal, n'ayant pas compris l'argument présenté par l'avocat de la Commission portant que le problème avec le modèle de M. Salamat était qu'il était nécessaire d'obtenir des renseignements sur les pensions pour déterminer l'avantage ou les coûts de la retraite à l'âge de 60 ans par opposition à la retraite à l'âge de 63 ans, a rejeté toute suggestion qu'il faudrait déduire les montants reçus à titre de pension des revenus cumulatifs à l'âge de 63 ans. Il a répondu ceci à l'avocat : [TRADUCTION] « Bien, vous pouvez avancer cette thèse ». Il a par la suite renvoyé à la pièce 1 produite par M. Salamat lorsqu'il a rendu sa décision et il a déclaré [TRADUCTION] « cela vous donne votre avantage potentiel », en ne tenant aucunement compte de l'incidence des pensions sur les calculs de la VAN des revenus cumulatifs à l'âge de 63 ans effectués par M. Salamat.

[301] Il est possible de comprendre les incidences importantes des prestations de pension, surtout pour les jeunes pilotes, en examinant la situation des pilotes du plus jeune groupe d'âge (25 à 29 ans) exposée dans la preuve dont disposait le Tribunal. Bien que ces incidences doivent jouer pour l'ensemble des pilotes, je donne un exemple en me servant du groupe des pilotes les plus

jeunes, parce qu'il y a corrélation presque parfaite entre l'ancienneté et l'âge. J'entends par cela que le groupe des 25 à 29 ans ne peut être composé de membres dont l'âge et l'ancienneté ne sont pas en corrélation. Par exemple, le groupe des 30 à 34 ans peut être constitué autant de pilotes qui ont joint les rangs d'Air Canada alors qu'ils avaient entre 25 et 29 ans et qui ont accumulé jusqu'à une décennie d'ancienneté, ainsi que de pilotes âgés de 30 à 34 ans viennent tout juste d'être embauchés et qui ont accumulé peu d'ancienneté, voire pas du tout.

[302] Si on tient pour acquis que le pilote de 27 ans est représentatif du groupe des 25 à 29 ans, la pension que ce pilote recevra à l'âge de 60 ans sera le 2/3, ou 66 p. 100, de ses meilleurs 60 mois consécutifs [60 - 27 = 33 années, multipliées par 2 = 66 p. 100 du salaire]. En se hissant au plus haut échelon d'ancienneté possible parmi tous les pilotes à l'âge de la retraite, le pilote aura atteint le rang de capitaine à l'échelon salarial le plus élevé [selon les modalités de la convention collective, il doit s'agir du groupe de pilotes ayant le plus d'ancienneté au moment de la retraite], ce qui lui rapportera plus de 200 000 \$ en dollars courants. Par conséquent, après déduction des prestations de retraite, le total des trois années de revenus, soit 600 000 \$, serait réduit de 66 p. 100, ou de 400 000 \$, en plus des cotisations au régime de retraite n'ayant pas été versées et qui s'élèvent à environ 25 000 \$, si l'on se fie aux cotisations décrites dans la décision *Vilven Tribunal (dommages)*.

[303] Toute personne ayant une pension sait qu'aucune augmentation de la valeur de la pension d'un pilote reposant sur une augmentation de 6 p. 100 du revenu moyen, soit 14 000 \$, ne s'approchera de la déduction de 425 000 \$ qui devrait être appliquée à la VAN de ces pilotes à l'âge de 63 ans, surtout que la pension de ces pilotes n'est même pas indexée.

[304] Même en fixant l'augmentation de la valeur de la pension à un montant exagéré, la VAN des revenus totaux qui figure dans le tableau de M. Salamat sera fortement surévaluée. Il s'agit d'un élément que M. Salamat avait initialement reconnu et que l'avocat de la Commission a tenté d'établir, c.-à-d, que la véritable VAN des revenus totaux était grandement surévaluée, parce ce montant n'était pas réduit des revenus de pension que les pilotes continuant à travailler ne gagneraient pas.

[305] Cela signifie qu'en plus de travailler gratuitement pendant trois ans pour parvenir à la même VAN à l'âge de 63 ans que celle qu'ils auraient à l'âge de 60 ans, les pilotes les plus jeunes auront tout de même un important manque à gagner à l'âge de 63 ans, en raison des trois années au cours desquelles ils n'auront pas touché de revenus de pension, et ils ne seront pas dans la situation d'équilibre illustrée par les chiffres de M. Salamat.

[306] Je suis d'avis que le Tribunal a commis une erreur en refusant de tenir compte des éléments de preuve découlant de l'interrogatoire de M. Salamat et des observations de l'avocat de la Commission dont il ressortissait que les chiffres de VAN employés par M. Salamat étaient trop élevés et qu'il était impossible de se fonder sur ceux-ci pour dresser une comparaison entre le travail jusqu'à l'âge de 63 ans et la retraite à l'âge de 60 ans, en l'absence de renseignements au sujet des pensions.

- *Conclusion quant à la preuve portant sur les pensions*

[307] Le Tribunal a commis deux erreurs en ce qui a trait aux pensions. Premièrement, il n'aurait pas dû prêter foi à la prétendue augmentation de 14 000 \$ dans le revenu moyen pendant 60 mois que M. Salamat a utilisée comme référence dans sa preuve en ce qui a trait aux pensions. Cet élément de preuve a été utilisé pour affaiblir la position des pilotes constituant le groupe de comparaison, même s'il était incomplet et qu'il n'apportait absolument rien à la preuve, à moins que l'augmentation en question ne soit intégrée dans l'évaluation de la pension à l'âge de 63 ans, auquel cas une déduction plus importante aurait dû être faite pour tenir compte des prestations de retraite que les pilotes ne toucheraient pas entre 60 et 63 ans.

[308] Deuxièmement, le Tribunal a mal apprécié l'interrogatoire de M. Salamat par l'avocat de la Commission et la preuve dont il ressortissait que la véritable VAN à l'âge de 63 ans des pilotes constituant le groupe de comparaison serait incomplète et qu'elle pourrait induire en erreur en ce qui a trait à la détermination de l'avantage économique procuré par le fait de travailler jusqu'à l'âge de 63 ans si elle ne tient pas compte du montant obtenu après déduction du revenu de pension non gagné.

[309] Toutefois, cela dit, je reconnais que le principal problème quant à cette question est que l'APAC n'a produit que des éléments de preuve qui n'allaient nullement dans le sens de son point de vue, sans produire les renseignements nécessaires permettant au Tribunal de tenir compte de manière adéquate des facteurs relatifs aux pensions lorsqu'il a rendu sa décision.

[310] Les questions de la Commission étaient néanmoins suffisantes pour attirer l'attention du Tribunal sur la sous-évaluation importante de la véritable situation économique à l'âge de 63 ans des pilotes constituant le groupe de comparaison, de sorte que le Tribunal était contraint de réagir à la preuve d'une manière ou d'une autre. Parce qu'il avait omis de reconnaître l'anomalie importante qui figurait dans les calculs de la VAN à l'âge de 63 ans en raison de l'exclusion des facteurs liés à la pension, le Tribunal a renoncé à envisager quelle procédure serait la plus appropriée pour qu'il puisse s'acquitter son mandat dans les circonstances.

[311] Deux facteurs jouent un rôle prépondérant dans la décision de la Cour en ce qui a trait à l'analyse de ce que le Tribunal aurait dû faire s'il n'avait pas rejeté de manière péremptoire la preuve de la Commission et les observations concernant le revenu de pension. Premièrement, le TCDP est un tribunal administratif qui tranche des questions d'équité sociale se rapportant aux droits des citoyens de ne pas être assujettis à des désavantages discriminatoires injustes et inacceptables, droits dont l'accommodation ne crée pas de contrainte excessive.

[312] Dans les situations où le Tribunal aurait dû être préoccupé par le caractère insuffisant de la preuve qui aurait pu être déterminante ou avoir une incidence importante sur l'issue de l'affaire, je conclus qu'il avait l'obligation d'intervenir dans le processus de détermination des faits, et ce, en vue d'encourager les parties à produire toute la preuve nécessaire pour lui permettre de trancher correctement l'affaire. À cet égard, je considère que son rôle est différent de celui des cours, lesquelles doivent, dans une plus grande mesure, laisser aux parties le soin de présenter leur preuve.

[313] Deuxièmement, étant donné l'intervention de l'avocat de la Commission, laquelle aurait dû attirer l'attention du Tribunal sur les lacunes des éléments de preuve de l'APAC parce que celle-ci ne tenait pas compte de l'incidence des pensions, le Tribunal a commis une erreur en affirmant de manière péremptoire qu'il se fondait sur le témoignage de M. Salamat au sujet des chiffres de VAN à l'âge de 63 ans pour établir si les pilotes les plus jeunes seraient dans une situation économique favorable s'ils travaillaient jusqu'à l'âge de 63 ans. Si le Tribunal avait bien compris la preuve de la Commission, il aurait conclu, s'il avait réfléchi sérieusement à la question, que la preuve sur les chiffres de VAN à l'âge de 63 ans était mise en doute en ce qui a trait à l'établissement des situations économiques relatives des groupes d'âge de pilotes qui travailleront jusqu'à l'âge de 63 ans.

[314] Je suis d'avis que le Tribunal aurait dû demander aux parties si elles souhaitaient présenter des éléments de preuve quant à l'incidence des revenus de pension et des cotisations au régime de pension pour établir les fondements d'une analyse comparative précise quant aux incidences de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire ainsi que celles du travail jusqu'à l'âge de 63 ans.

[315] J'inclus aussi les plaignants parmi les parties. L'avocat de la Commission ne s'en est peut-être pas rendu compte, mais ses questions ne pouvaient que miner la fiabilité du témoignage de M. Salamat au sujet de la VAN à l'âge de 63 ans. Une telle difficulté ne se présente pas en ce qui concerne les pensions ayant une incidence sur le témoignage de M. Salamat quant à la perte de revenus accumulés jusqu'à l'âge de 60 ans. Son témoignage reflète de manière précise la perte de

salaire occasionnée par le fait que les pilotes obtiennent plus tard leurs promotions, par application de la convention collective.

[316] Par conséquent, bien que les données quant à la VAN à l'âge de 63 ans comportent des lacunes, l'APAC a néanmoins établi le bien-fondé de sa thèse en démontrant la perte importante que l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire entraînera pour les pilotes à l'âge de 60 ans . Le fardeau de la preuve reposera donc alors sur les plaignants, qui n'auront alors pas de moyens pour démontrer que les pilotes pourraient récupérer ces pertes en demeurant en service plus longtemps.

(iv) *Les facteurs de contrainte autres que les coûts*

[317] À la lumière des interprétations antérieures de la jurisprudence *Meiorin* qui n'envisageaient pas la présentation, par les syndicats, d'observations sur les contraintes dans le cadre d'une défense fondée sur les EPJ, sans compter la portée auparavant limitée des facteurs de contrainte au sens du paragraphe 15(2) de la LCDP, il est possible de comprendre pourquoi les facteurs non-économiques qui représentent un désavantage pour les pilotes les plus jeunes n'ont pas été soulevés.

[318] Puisque j'annulerai la décision et renverrai l'affaire au Tribunal pour que celui-ci rende une nouvelle décision en fonction du critère consacré par l'arrêt *Meiorin* appliqué au syndicat qui a été décrit ci-dessus, les parties pourraient souhaiter présenter des éléments de preuve au sujet des facteurs non économiques, tels que les besoins relatifs des plaignants et ceux des pilotes constituant le groupe de comparaison. Cette preuve me paraît pertinente et importante pour comparer les

contraintes imposées aux plaignants avec celles imposées aux pilotes constituant le groupe de comparaison.

[319] L'APAC peut aussi produire des éléments de preuve sur les effets, en termes de contraintes sur les jeunes pilotes, de subir une perte de salaire annuelle de l'ordre de 8 000 \$ pendant 20 à 35 ans en raison de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire. La preuve concernant la valeur des pensions des pilotes qui prennent leur retraite doit aussi être prise en considération à l'égard de la valeur nette relative des groupes de pilotes.

[320] Les parties peuvent aussi souhaiter produire des éléments de preuve concernant les types de dépenses que doivent faire les pilotes des différents groupes en moyenne, selon leur situation de carrière, c.-à-d., pour les pilotes les plus jeunes, fonder des familles, subvenir à l'éducation de leurs enfants, acheter des maisons, ainsi que les autres dépenses en capital et les autres fardeaux familiaux de la « génération sandwich », comparativement aux dépenses des pilotes les plus âgés.

[321] La jurisprudence antérieure faisait de considérations non-financières, notamment celles auxquelles renvoyait le paragraphe 220 de *Vilven* (2009 CF 367) :

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

[322] Les parties peuvent produire des éléments de preuve sur d'autres considérations de nature non financière qui découlent ou non de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire. Cela



pourrait comprendre les effets sur le moral des employés ainsi que les autres facteurs qui déstabilisent le syndicat et l'employeur. Je crois que la dissension chez les membres et les employés constituerait un important facteur de contrainte pour toutes les parties concernées s'il était possible d'en démontrer l'existence au moyen d'une preuve convaincante.

[323] En plus des contraintes personnelles subies par les pilotes, l'APAC peut aussi aborder les questions concernant les répercussions de l'élimination de la disposition relative à la retraite obligatoire sur la convention collective, de la mise à mal d'un régime juste et équitable de distribution des revenus et des avantages ainsi que de la violation de droits de base en matière d'emploi fondée sur l'hypothèse qu'une personne peut subir une baisse de salaire et la récupérer d'une quelconque manière pendant un bon nombre d'années par la suite.

[324] Ce qui précède n'est pas une liste exhaustive; les parties peuvent produire d'autres éléments de preuve se rapportant à des contraintes non-financières des pilotes ou du syndicat.

*d) Le quatrième volet – Peut-on défendre une norme moins stricte?*

[325] La reformulation du critère de la contrainte applicable aux syndicats en y intégrant les principes dégagés dans l'arrêt *Renaud* a pour effet de soulever une question qui n'a pas été examinée par le Tribunal. La Cour suprême du Canada avait conclu que, même si le décideur conclut à l'existence d'une contrainte pour les autres membres du syndicat, il doit néanmoins juger si l'importance de promouvoir le droit visé par l'acte discriminatoire rend indéfendable la défense d'une norme moins stricte. À ce sujet, le juge La Forest a formulé les observations suivantes, au paragraphe 38 de l'arrêt *Renaud* :

[...] Comme je l'ai mentionné précédemment, ce critère [de la contrainte excessive] est fondé sur le caractère raisonnable des mesures prises ou proposées pour éliminer la discrimination. Étant donné l'importance de promouvoir la liberté de religion dans le milieu de travail, on ne saurait défendre une norme moins stricte.

[326] Puisqu'il s'agit d'une nouvelle question, je tenterai de fournir certaines lignes directrices dont le Tribunal devra tenir compte.

(i) *Une approche nuancée à la discrimination fondée sur l'âge*

[327] La Cour suprême du Canada, à l'occasion de l'affaire *McKinney*, s'est implicitement penchée sur l'importance de promouvoir une société exempte de discrimination fondée sur l'âge. Elle a souligné, en confirmant la validité constitutionnelle de la disposition sur la retraite obligatoire dans cette affaire, la nécessité d'adopter une approche nuancée et équilibrée à l'égard de la discrimination fondée sur l'âge, en comparaison avec les formes de discrimination plus chargées sur le plan émotif.

La Cour suprême du Canada a expliqué cette différence au paragraphe 88 de l'arrêt *McKinney* :

[...] La discrimination raciale et religieuse et les autres types de discrimination du même genre sont généralement fondés sur des sentiments d'hostilité ou d'intolérance. D'autre part, comme l'a fait observer le professeur Ely [TRADUCTION] « le fait que nous ayons tous été jeunes à un moment donné, et que la plupart d'entre nous espérons atteindre un âge assez avancé, devrait neutraliser la méfiance que nous pourrions autrement avoir à l'égard de la multitude de lois [...] qui confèrent comparativement plus d'avantages à ceux qui sont âgés entre, disons, 21 et 65 ans qu'à ceux qui sont plus jeunes ou plus vieux », *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 160. La vérité est que, bien qu'il faille se méfier des lois qui ont des effets préjudiciables inutiles sur les personnes âgées en raison de suppositions inexactes quant aux effets de l'âge sur les capacités, il y a souvent des motifs sérieux de conférer des avantages à un groupe d'âge plutôt qu'à un autre dans la mise sur pied de grands régimes sociaux et dans la répartition des bénéfices. Il convient de souligner le soin pris dans la rédaction de la résolution de l'Assemblée générale sur les droits des personnes âgées. Sa recommandation visant à décourager les pratiques discriminatoires fondées exclusivement sur l'âge en matière d'emploi est précédée de

la condition que cela soit fait « partout et dans tous les cas où la situation générale le permet ».

[Souligné dans l'original.]

[328] Dans la décision *Kelly*, la juge Mactavish, après avoir examiné minutieusement l'arrêt *McKinney* et les développements ultérieurs, a conclu que bon nombre des facteurs formant le raisonnement dans cet arrêt avaient perdu en pertinence depuis ce temps-là, ce qui avait pour effet d'amoinrir sa valeur de précédent. La décision de la juge Mactavish a été annulée par la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que la jurisprudence *McKinney* continuait de lier les tribunaux inférieurs. Il s'ensuit que l'on peut considérer que la jurisprudence *McKinney* confirme que l'importance de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge n'empêcherait pas une partie de présenter une défense fondée sur l'existence d'une contrainte justifiant d'adopter une norme moins exigeante.

(ii) *Les distinctions défavorables*

[329] Dans l'arrêt *Gosselin*, la Cour suprême du Canada a souligné, aux paragraphes 31 et 32, que les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société et qu'elles n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant qui traduit l'existence d'une discrimination et d'une marginalisation, comme pourraient le faire d'autres motifs énumérés ou analogues.

[330] Dans la décision *Vilven*, la juge Mactavish, dans sa conclusion selon laquelle la disposition sur la retraite obligatoire était discriminatoire au titre du paragraphe 15(1) de la Charte, a observé que les conclusions susmentionnées de l'arrêt *Gosselin* ne jouaient pas, en relevant qu'elles avaient

été tirées dans le contexte d'une distinction défavorable par rapport à des personnes plus jeunes. En opérant cette distinction, elle disait implicitement que les effets découlant d'une distinction défavorable constituent un facteur à prendre en considération pour conclure qu'une règle était discriminatoire. Cela permettrait de conclure que les éléments de contrainte pourraient justifier une norme moins sévère à l'égard de l'importance de promouvoir une société exempte de discrimination fondée sur l'âge en ce qui a trait aux effets des distinctions défavorables dont est victime la défenderesse.

[331] Par conséquent, je ne vois pas en quoi les passages des arrêts *McKinney* et *Gosselin* ou de la décision *Vilven* cités ci-dessus enseignent que l'importance de la discrimination fondée sur l'âge exclut l'assouplissement de la norme de justification à l'égard de la contrainte.

e) *La conclusion et les directives relativement à la défense de l'APAC fondée sur les EPJ*

[332] Pour conclure, j'estime que la défense de l'APAC fondée sur les EPJ, bien qu'entièrement compréhensible, était fondée sur des principes erronés, de sorte que la question n'a pas été débattue de manière adéquate. Premièrement, le Tribunal a appliqué le critère des EPJ applicable aux employeurs, alors que le critère en question aurait dû permettre à l'APAC de présenter des moyens de défense ayant pour effet de justifier la règle de la retraite obligatoire. Deuxièmement, l'affaire a été conduite sur la prémisse que les facteurs de contrainte devaient être circonscrits à la sécurité, à la santé et aux coûts, ce qui avait pour effet de les limiter aux répercussions financières de l'augmentation de l'âge de la retraite des pilotes. En raison de ces deux erreurs de principe, une nouvelle décision devra être rendue à cet égard, en fonction d'un critère approprié en ce qui a trait aux EPJ. Au cours d'une nouvelle audience, dans le cadre de laquelle les parties pourront produire

des éléments de preuve et présenter des arguments au sujet de tous les facteurs de contrainte n'ayant pas été examinés dans la présente instance.

[333] Je discuterai ci-dessous, dans la partie concernant la discrimination, ce que je qualifie de notion de préservation du caractère sacré des droits du syndicat prévus dans la convention collective, lequel repose sur le principe d'égalité de traitement entre les membres. La violation des principes fondamentaux du syndicat, et par conséquent de ses droits, peut être considérée comme un élément de contrainte selon une interprétation élargie du paragraphe 15(2), si cette violation ne peut être invoquée en tant que justification pour réfuter l'existence de discrimination réelle. Par conséquent, le fait de miner les droits fondamentaux de l'APAC conférés par la convention collective doit aussi être considéré comme un élément de contrainte, comme il était signalé dans l'arrêt *Meiorin*.

[334] Compte tenu de tout ce qui précède, je conclus que la décision relative à la contrainte n'est ni justifiée, ni transparente, et qu'elle n'appartient pas aux issues possibles acceptables. Par conséquent, la demande de l'APAC est accueillie et la décision par laquelle le Tribunal a rejeté la défense de l'APAC fondée sur l'EPJ est annulée. Je renvoie l'affaire au même membre instructeur et lui donne les directives suivantes :

- a. Le Tribunal appliquera le critère hybride en quatre volets inspiré de l'arrêt *Meiorin*, tel que décrit précédemment au paragraphe 220.
- b. Le Tribunal ne limitera pas la preuve sur la contrainte aux questions liées à la santé, à la sécurité ou aux coûts; il examinera toute preuve portant sur le désavantage

découlant de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire que subiraient les pilotes constituant le groupe de comparaison et le syndicat.

- c. Le Tribunal, lorsqu'il tranchera la question de savoir si les pilotes constituant le groupe de comparaison subissent une contrainte financière, accordera toute l'importance qu'il se doit aux questions préoccupantes exposées ci-dessus.
- d. Le Tribunal accordera aux parties la possibilité de présenter des éléments de preuve concernant l'effet économique net de faire passer l'âge de la retraite de 60 à 63 ans; ces éléments de preuve peuvent porter sur l'incidence des pensions, mais non sur celle des impôts.

## **E. LA DISPOSITION SUR L'ÂGE DE LA RETRAITE OBLIGATOIRE EST-ELLE DISCRIMINATOIRE?**

### (1) Introduction

[335] Mon analyse initiale dans la présente affaire a été faite sous l'angle de la contrainte. La contrainte était l'élément central des décisions antérieures connexes concernant la retraite obligatoire. De plus, Air Canada et l'APAC se sont limitées dans leurs défenses à démontrer qu'il y avait contrainte ou que l'âge normal de la retraite dans le secteur du transport aérien au Canada était de 60 ans. L'arrêt *Renaud* discutait également la question des désavantages occasionnés aux membres du syndicat en raison de l'accommodement ainsi que des droits de ces derniers dans le contexte de la contrainte. L'arrêt ne faisait pas mention d'une contrainte distincte subie par le syndicat en raison du fait qu'on avait porté atteinte à sa convention collective.

[336] En dépit de ce contexte et du fait que la présente affaire soit renvoyée au Tribunal pour nouvelle décision quant à la question de la contrainte, je conclus néanmoins que je dois, dans mes directives, permettre à l'APAC (et à Air Canada) de plaider que la disposition sur la retraite obligatoire prévue dans la convention collective ne donne pas lieu à une discrimination réelle contre les plaignants.

[337] Un peu à l'instar du président du Tribunal, qui croyait en l'espèce qu'il était prudent de se pencher sur la contrainte subie par le syndicat, je crois qu'il est prudent, et ce, pour un certain nombre de motifs, de donner au Tribunal la directive d'examiner la plainte en deux étapes : premièrement sous l'angle de la discrimination, et ensuite sous celui de la contrainte.

[338] Tout d'abord, je conclus que les éléments de preuve dont il ressort que la distinction a un effet défavorable sur les pilotes constituant le groupe de comparaison sont appliqués à des fins différentes au syndicat et aux pilotes membres du syndicat. La première préoccupation du syndicat est de défendre ce que j'ai désigné comme étant le caractère sacré des droits prévus à la convention collective. L'APAC soutenait d'abord que la règle de la retraite n'était pas discriminatoire, parce qu'elle conférait à ses membres un traitement égalitaire « toute une vie durant ». Sous cet angle, la règle de la retraite obligatoire semble être une règle valide ayant un objet d'amélioration qui consiste à répartir, de manière juste et équitable, les avantages conférés par le milieu de travail, et ce, en fonction de l'âge.

[339] L'objet de la règle est de s'assurer que tous les membres du syndicat bénéficient d'un traitement équitable et favorable au fil du temps. Je conclus que cela n'était pas tout à fait évident

avant que M. Salamat ne rende son témoignage dont il ressort que les plaignants, en imposant aux pilotes qui ont été embauchés après eux le fardeau de leurs gains, introduiront une inégalité de traitement quant à l'ensemble des pilotes. Par conséquent, l'argument de l'APAC se rapporte à la règle; celle-ci ne crée pas de discrimination parce qu'elle sert un objectif valable ou un objectif d'amélioration, et que les lois sont censées promouvoir ce type d'objectifs, et non d'y faire obstacle.

[340] En revanche, les membres de l'APAC subissent personnellement les conséquences occasionnées par les effets défavorables qui découlent de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire, lesquels consistent notamment en une diminution de leurs revenus et en un retardement de la progression de leurs carrières, ainsi qu'en d'autres désavantages de nature non pécuniaire. Ils soutiennent qu'il est justifié de ne pas accommoder les droits des plaignants, parce que cela leur occasionnerait des contraintes financières individuelles indues ainsi que d'autres contraintes, lesquelles varient selon la situation de chacun. Ils peuvent aussi alléguer que leurs droits à titre de membres du syndicat ont été violés, mais je ne crois pas que cela soit une question qui relève des membres à titre individuel. Je crois que cette question se pose sous l'angle collectif et qu'elle relève de la responsabilité du syndicat, par extension de son mandat de négocier et d'appliquer la règle de la retraite obligatoire.

[341] Étant donné que, dans l'arrêt *Renaud*, la Cour suprême du Canada a examiné la contrainte du syndicat sous l'angle du désavantage dont ses membres étaient victimes, elle a catégorisé les effets défavorables de la contrainte. J'ai déjà soulevé le point que la violation des droits collectifs du syndicat pourrait aussi constituer une contrainte pour celui-ci, mais je crois que la question porte sur



la discrimination, tout comme l'est possiblement celle relative aux droits que les membres possèdent au titre de la convention collective.

[342] Je considère que la question des droits du syndicat dont l'exercice a pour effet de conférer un traitement égal aux employés qui en sont membres concerne la nature discriminatoire de la règle, et non pas la question de savoir si la règle doit être justifiée malgré sa nature discriminatoire. La question de la règle conférant des avantages semble se poser lorsqu'il faut trancher la question de savoir si une discrimination *prima facie* a été établie, parce qu'elle se rapporte au caractère méritoire ou non de la nature de l'écart dans le traitement des plaignants. Personne ne doit avoir à justifier des écarts valables. Seuls les écarts non-valables dans le traitement des plaignants doivent être justifiés par les défendeurs en ce qui a trait au fardeau d'accommoder la discrimination par rapport à son impact sur les défendeurs.

[343] En raison de ma préoccupation selon laquelle l'amélioration apportée par une règle ne cadre pas nécessairement dans les critères relatifs à la contrainte, j'estime qu'il est nécessaire de donner au Tribunal la directive d'examiner si la distinction opérée par la règle de la retraite est de nature à apporter une amélioration et s'il existe une discrimination *prima facie*.

[344] Même si je fais fausse route en concluant que la question de savoir si le caractère valable de la règle peut uniquement être examiné au stade de la décision quant à la preuve *prima facie*, je donnerais néanmoins au Tribunal la directive de se pencher sur la question. Cela s'explique par le fait que, afin de trouver une solution à ce qui me semble être un résultat injuste, je me suis déjà aventuré profondément dans des territoires inexplorés au sujet des principes de la contrainte pour

une cour de première instance, alors qu'habituellement, elle reste dans les sentiers défrichés par les autres cours. J'ai notamment apporté des modifications au critère élaboré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Meiorin*, en vue de permettre aux syndicats de justifier leurs gestes et d'empêcher l'application de la responsabilité absolue. J'ai aussi validé l'interprétation du paragraphe 15(1) faite par le Tribunal et j'ai adopté une interprétation plus large de la portée des éléments de contrainte prévus du paragraphe 15(2), et ce, en dépit du libellé des deux dispositions et à l'encontre de l'avis antérieurement exprimé par une juge hautement respectée de la Cour quant à savoir ce qui était censé être visé par le paragraphe 15(2). S'il est démontré que je fais fausse route en tirant ces conclusions, se tourner vers la définition d'actes discriminatoires prévue à la LCDP semble être la seule possibilité pour éviter que ne se produise ce qui semble être une injustice à l'endroit des pilotes les plus jeunes dans l'éventualité de l'abrogation de la disposition sur la retraite obligatoire.

[345] De plus, même si les parties n'ont pas soulevé cette question, je ne pense pas me tromper en affirmant qu'il y a erreur de principe déterminante lorsqu'est tranchée une affaire sur le fondement d'une qualification inexacte d'une question fondamentale dont est saisi le Tribunal, peu importe que la question ait été débattue, ou non. Dans la même veine, je ne me sens pas lié par la jurisprudence et les raisonnements antérieurs du TCDP et de la Cour fédérale quant à cette question, parce qu'ils ne disposaient pas d'éléments de preuve convainquants quant à l'existence d'effets préjudiciables découlant de l'élimination de la règle de la retraite obligatoire.

[346] En dernier lieu, je ne me serais pas aventuré loin hors des sentiers battus au sujet de ces démarches si je ne croyais pas que la nouvelle preuve concernant les effets défavorables avait une

incidence significative sur la question de la retraite obligatoire, et ce, pour deux raisons. Dans un premier temps, je soupçonne fortement que les effets préjudiciables se feront sentir dans tous les milieux de travail où les bons emplois se font rares et où la promotion et la rémunération sont en corrélation avec l'ouverture des postes. En d'autres termes, un milieu de travail structuré en fonction d'une « file », comme c'est le cas pour les pilotes d'Air Canada, n'est pas un élément préalable à l'existence des effets défavorables découlant de la prolongation des carrières. Le caractère unique de la situation des pilotes d'Air Canada permet simplement qu'un calcul précis soit effectué à l'égard de l'effet de la prolongation des carrières. Cela a fait ressortir une conséquence défavorable inconnue de l'élimination de la disposition sur la retraite, laquelle avait non seulement une incidence sur les employés aux postes de premier échelon, mais aussi probablement sur l'ensemble des employés au sein de l'organisation; cette conséquence joue partout, car elle ne se produit pas qu'à l'intérieur d'un milieu de travail totalement régi par l'ancienneté.

[347] Deuxièmement, la preuve concernant les effets défavorables doit remettre en question certaines des conclusions tirées de la jurisprudence relativement à la disposition sur la retraite obligatoire, conclusions qui ont été tirées sans le bénéfice de l'ensemble des éléments de preuve concernant les effets défavorables. Une fois qu'il est entendu que le litige quant aux règles de la retraite obligatoire n'a pas simplement trait qu'à la question de faire de la place aux jeunes travailleurs en chômage, comme ce fut plaidé à l'occasion de l'affaire *McKinney*, mais aussi à la question d'éviter d'imposer des traitements défavorables à tous les travailleurs qui ont été embauchés après ceux qui obtiendraient des gains fortuits en prolongeant leur carrière, la jurisprudence doit être réexaminée, parce que ses enseignements ne reposaient pas sur l'ensemble des faits dont je disposais.

[348] De plus, ces enseignements sont importants et peuvent s'appliquer à d'autres situations qui créent en ce moment des controverses dans notre société. À titre d'exemple, je crois que la preuve dans la présente affaire et les conclusions des Cours quant à la disposition sur la retraite obligatoire sont pertinentes dans le contexte du débat sur le report de l'âge de la retraite en vue de contrebalancer les déficits des régimes de pension. À ce jour, on a surtout mis l'accent sur la préoccupation d'avoir assez d'argent pour payer les pensions de la masse de baby-boomers qui s'appêtent à prendre leur retraite. Il ressort des éléments de preuve dans la présente affaire qu'il faudra accorder de l'importance à l'impact de ces initiatives sur les personnes qui font partie de la population active et sur celles qui veulent en faire partie. Par cela, je veux dire qu'il ressort du témoignage de M. Salamat que tous les travailleurs, y compris les plus jeunes, pourront être contraints de financer la prolongation des carrières des pilotes les plus âgés, dont l'objectif est de payer leur pension.

[349] Comme il sera discuté ci-dessous, je conclus que la jurisprudence *McKinney* de la Cour suprême du Canada va dans le sens de ces initiatives de financement des pensions, en qualifiant de discriminatoires en soi toutes les dispositions sur la retraite obligatoire et, par conséquent, en les considérant comme indignes d'être maintenues. La présente affaire offre l'occasion de revenir sur cette qualification. Sans un tel réexamen, les juges continueront dans leur importante lancée quant à la prolongation des carrières des travailleurs dans les champs où les bons emplois se font rares. Compte tenu du témoignage de M. Salamat, je crois qu'il est possible de prétendre que, si l'on se fie aux indicateurs d'équité que sont la vulnérabilité et les besoins, la contrainte que subiront les travailleurs les plus jeunes en raison de l'élimination des règles relatives à la retraite sera plus

importante que les gains obtenus par les travailleurs les plus âgés grâce à la prolongation de leur carrière.

[350] De toute évidence, la jeune génération active dans un domaine dans lequel les bons emplois se font rares, est exposée à de plus importants écueils économiques que la plus vieille génération à l'âge de la retraite. De plus, l'insécurité financière de la jeune génération peut avoir de profonds impacts sur les institutions fondamentales de notre société, comme par exemple se marier et fonder une famille plus tard dans la vie. Je réalise que ces observations sont peut-être trop controversées pour les admettre d'office. Mais il s'agit d'un domaine qui a grandement été, par le passé, façonné par la connaissance d'office; j'estime que certains éléments dont la Cour a pris connaissance d'office par le passé sont controversés et effectivement inapplicables à la société canadienne du 21<sup>e</sup> siècle. L'un des possibles effets bénéfiques de la présente décision pourrait bien être d'obtenir certains éléments de preuve tangibles sur les inégalités générationnelles dans le contexte de la nouvelle décision du Tribunal.

[351] Par conséquent, en plus de mes directives, je me propose d'examiner certaines des questions au sujet desquelles j'estime que le Tribunal devra se pencher lorsqu'il tranchera la question de savoir si la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective peut valablement être qualifiée de pratique discriminatoire au sens de la LCDP.

- (2) La portée de « chances d'emploi ou d'avancement » au sens de l'article 10 de la LCDP

[352] Une thèse que j'ai examinée, mais que j'ai rejetée, portait que l'article 10 de la LCDP pouvait être interprété de manière à conclure qu'une disposition sur la retraite obligatoire dans une convention collective ne donne lieu à aucune annihilation de « chance d'emploi ou d'avancement ».

[353] Dans mon examen de cette question, je rejette l'application de l'article 7 en ce qui a trait à l'établissement de la discrimination *prima facie*. On y fait uniquement mention de l'« employé », ce qui, selon moi, signifie que la disposition ne vise que les 4employeurs. Pour faciliter l'analyse de cette question, l'article 10 est reproduit ci-dessous :

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

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

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

[Non souligné dans l'original.]

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

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

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

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

[Emphasis added]

[354] On peut soutenir, compte tenu du libellé de cette disposition, que la conclusion de l'entente entre l'APAC et Air Canada n'avait pas pour objet d'annihiler les chances d'emploi ou

d'avancement des membres du syndicat. Cette entente avait plutôt pour objet d'accorder aux membres du syndicat le droit de jouir de chances d'emploi ou d'avancement généreuses au cours de leur carrière, notamment d'un revenu substantiel dans les dernières années de leur carrière, en plus de la possibilité de bénéficier d'une excellente pension et d'autres avantages sociaux lors de leur retraite.

[355] Il semble raisonnable de soutenir que la Cour, pour interpréter les chances d'emploi ou d'avancement découlant de la convention collective, ne doit pas adopter une perspective temporelle à la fin de la carrière des pilotes. Ainsi, l'on qualifierait la situation d'annihilation prospective. Une perspective temporelle plus réaliste quant à l'examen des chances d'emploi ou d'avancement des pilotes serait une perspective qui commence au moment où ils ont été embauchés par Air Canada. À ce moment-là, les chances d'emploi ou d'avancement étaient considérées comme un droit tout au long de la carrière, dont l'aboutissement était à la fois défini et avantageux.

[356] Ce raisonnement pose problème, en ce sens qu'il nécessite d'établir que la convention collective, y compris la disposition sur la retraite obligatoire, constitue une entente ayant un effet d'amélioration. Les chances d'emploi et d'avancement comprennent l'emploi. Par conséquent, l'annihilation de ces chances se produit lorsque les pilotes atteignent 60 ans, en raison d'une règle sur l'âge prévue dans la convention collective. Je ne crois pas que l'on puisse exclure de la portée du mot « chances » une situation où l'emploi d'une personne prend fin en raison d'une règle concernant l'âge.

[357] Par conséquent, la validité de cet argument dépend entièrement de la qualification de la convention collective comme ensemble de règles comportant des améliorations qui visent à distribuer les avantages de manière équitable entre les travailleurs pendant une certaine période, dont la fin est déterminée. Ce n'est que sur ce fondement que le concept d'annihilation peut être contesté et converti en droit, qui fait en sorte que la perspective temporelle de la Cour doit passer de la fin de l'entente au début de celle-ci.

[358] S'il s'agit d'une entente visant à apporter des améliorations, cela s'explique par l'absence de discrimination réelle. En gros, selon cet argument, une règle n'est pas discriminatoire si l'écart de traitement dont les plaignants font l'objet est valide; en l'espèce, il est question d'un traitement identique et équitable qui bénéficie à tous les pilotes, y compris en ce qui a trait à leur retraite à un âge prédéterminé. Si cela est le résultat juridique ainsi que le fondement justifiant de modifier la perspective temporelle pour considérer la « chance d'emploi ou d'avancement » comme étant un droit plutôt qu'une annihilation, je crois qu'il serait préférable de ne pas avoir peur des mots. Par cela, je veux dire qu'il est préférable d'expliquer la règle sous-jacente généralement applicable à savoir pourquoi l'entente n'est pas discriminatoire selon les principes juridiques, plutôt que d'affirmer, en se fondant sur le libellé de la loi, qu'il ne s'agit pas d'une annihilation des chances d'emploi ou d'avancement selon les faits en l'espèce.

- (3) L'établissement de la discrimination *prima facie* : approche formaliste ou discrimination réelle?

[359] La discussion qui précède concerne l'essence même de la question de la discrimination : la discrimination doit-elle réellement avoir eu lieu, ou peut-elle être établie à l'aide d'une approche



formaliste? Le Tribunal semble avoir retenu une telle approche; ses brefs motifs quant à la discrimination sont exposés ainsi aux paragraphes 2 et 3 de sa décision :

[2] Pour que leurs plaintes soient accueillies, les plaignants doivent établir une preuve *prima facie* de discrimination puis, cela étant, il incombe aux intimées d'établir un moyen de défense sur la prépondérance de la preuve.

[3] Selon les modalités de la convention collective conclue entre Air Canada et l'APAC et les conditions du régime de retraite, les pilotes d'Air Canada sont tenus de prendre leur retraite le premier jour du mois suivant leur 60<sup>e</sup> anniversaire. L'annexe A modifiée, soit les antécédents d'emploi des plaignants (4 janvier 2010) fournis par Air Canada, mentionne le nom, la date de naissance, la date du 60<sup>e</sup> anniversaire et la date de la retraite de chaque plaignant. Il ressort que tous les plaignants étaient retraités à la date prescrite. Leur emploi a pris fin uniquement en raison de leur âge. Ce fait n'est pas contesté par les intimées. En conséquence, les plaignants ont établi une preuve *prima facie* de discrimination.

[360] La décision du Tribunal s'inscrit dans la pratique habituelle d'exiger une conclusion initiale quant à l'existence d'une discrimination *prima facie*, après quoi les arguments invoqués pour justifier cette discrimination peuvent être examinés. Il s'agit là d'une méthodologie formaliste visant à définir la discrimination. Par cela, j'entends que la méthode repose sur la notion que tout écart par rapport à un traitement identique de personnes pour des motifs énumérés ou analogues viole l'équité et doit par conséquent être justifié.

[361] La Cour suprême du Canada a rejeté à maintes reprises l'approche formaliste pour définir la discrimination aux fins de l'application de l'article 15(1) de la Charte. En fait, de nombreux arrêts, comme *Law*, *Kapp* et *Withler*, ont plutôt mis l'accent sur le fait qu'il est nécessaire d'établir que la différence de traitement donne lieu à discrimination réelle pour qu'elle soit considérée comme étant discriminatoire au sens du paragraphe 15(1).

[362] À titre d'exemple, je renvoie à la plus récente reformulation du critère du paragraphe 15(1) effectuée par le juge Lebel au paragraphe 154 de l'arrêt *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5, 2013 ACS n° 5 (QL) [*Québec c A*], laquelle nécessite l'existence d'une discrimination réelle. J'ai choisi de citer ce passage, parce qu'il contient une mise en garde à l'égard du recours abusif à la connaissance d'office, un autre aspect dont je discuterai ci-dessous.

154. Pour répondre à la troisième question et ainsi déterminer si la différence de traitement est réellement discriminatoire et fait intervenir l'objet du par.15(1), il faut entreprendre un examen contextuel approfondi de la situation visée par l'allégation du demandeur. Cet examen doit se faire du point de vue de la personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte du contexte pertinent. Bien qu'il incombe au demandeur de faire la preuve par prépondérance des probabilités que la disposition attaquée est réellement discriminatoire, la Cour peut prendre connaissance d'office de certains faits ou éléments, tout en se gardant d'admettre, de cette façon, l'existence de phénomènes sociaux qui peuvent être absents en réalité.

[Non souligné dans l'original.]

[363] Il y a débat quant à la mesure dans laquelle une analyse formelle de la discrimination au sens de la Charte doit jouer en matière de droits de la personne. À cet égard, il est nécessaire de tenir compte de l'arrêt rendu récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Moore c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 RCS 360 [*Moore*]. Il s'agissait d'un pourvoi interjeté à l'égard de l'arrêt rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2010 BCCA 478), dans lequel un débat avait eu lieu quant à l'application des principes de discrimination réelle établis par la Charte pour établir la discrimination *prima facie* au sens de l'article 8 du *Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210, de la Colombie-Britannique.

[364] Le litige dans *Moore* était de délimiter le groupe de personnes ayant possiblement droit à un traitement équitable en lien avec l'objet de la plainte (éducation spécialisée) et portait sur la question de savoir si, pour parvenir à une réelle équité, le point de référence devait être les autres enfants ayant besoin d'éducation spécialisée ou la population générale qui suit des cours.

[365] La juge Rowles, dont l'opinion dissidente fut entérinée par la Cour suprême du Canada, exposait ainsi, aux paragraphes 111 et 112 de ses motifs, le rôle de l'analyse fondée sur la Charte pour déterminer l'existence de discrimination au sens d'un code des droits de la personne :

[TRADUCTION]

VI. Analyse du groupe de comparaison

[111] Un nombre considérable des arguments mis de l'avant dans le cadre du présent appel concernent la question de savoir s'il est nécessaire de procéder à une analyse formelle du groupe de comparaison, étant donné que la réclamation en l'espèce fut déposée au titre du Code (et non au titre de la Charte), et qu'il s'agit d'une demande « d'accommodement » (plutôt qu'une d'une demande visant à obtenir un traitement identique). Je suis d'avis que cela n'est pas très important.

[112] L'analyse détaillée du groupe de comparaison découle de la jurisprudence relative à l'article 15 de la Charte. Tout a commencé avec l'arrêt *Andrews*, dans lequel le juge McIntyre déclarait que l'égalité « est un concept comparatif » (à la page 164); cette analyse fut formulée de manière officielle pour la première dans l'arrêt *Law*, et elle fut par la suite élaborée dans des arrêts comme *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, 2000 CSC 28 (CanLII), 200 CSC 28, [2000] 1 R.C.S. 703 [*Granovsky*] et *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2004 CSC 65 (CanLII), 2004 CSC 65, [2004] 3 R.C.S. 357 [*Hodge*]. Il s'ensuit que, traditionnellement, une analyse formelle quant au groupe de comparaison n'était pas effectuée quant aux demandes fondées sur les lois en matière de droits de la personne, et il n'y avait aucune mention des groupes de comparaison. Cependant, dans l'arrêt *Gibbs*, qui a été rendu avant l'arrêt *Law*, le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité, s'est livré à une forme d'analyse du groupe de comparaison en ce qui a trait à la discrimination au sens du *Human Rights Code* de la Saskatchewan, S.S. 1979, c. S-24.1. De

même, la juge Huddart, dans l'arrêt *Teachers*, a conclu que « par analogie, selon l'analyse élaborée pour examiner les violations alléguées de l'article 15 de la Charte, les considérations relatives au groupe de comparaison approprié sont implicites dans l'établissement de la discrimination *prima facie* [au titre du Code] [...] » (au paragraphe 17).

[Non souligné dans l'original.]

[366] Au paragraphe 89 de ses motifs, la juge Rowles a mentionné que le service qui définissait le mieux le groupe de comparaison était l'éducation publique en général, car c'est la définition qui [TRADUCTION] « correspondait le mieux avec l'objectif du Code, avec l'égalité réelle et en général avec la jurisprudence sur l'égalité ».

[367] La décision de la juge Rowles de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique concernant le groupe de comparaison approprié a été confirmée à l'unanimité dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada dont les motifs ont été rédigés par la juge Abella. Cependant, aucun commentaire n'était joint aux motifs de la juge Abella au sujet de la question de l'application de la discrimination réelle, que celle-ci a résumée ainsi au paragraphe 30 des motifs de l'arrêt :

[30] Considérer l'« éducation spécialisée » comme le service en cause risque également d'aboutir à des justifications du genre « séparé mais équivalent », principe qui a été rejeté majestueusement dans l'arrêt *Brown c. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Si Jeffrey était comparé uniquement à d'autres élèves ayant des besoins spéciaux, cela signifierait que le district pourrait supprimer tous les programmes destinés à ces élèves mais rester néanmoins à l'abri d'une plainte de discrimination. Il ne s'agit pas de déterminer qui d'autre se heurte ou non à des obstacles similaires. Ce genre de formalisme est l'un des risques du recours aux groupes de comparaison qui ont été évoqués dans *Withler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396.

[368] A mon sens, l'arrêt de la Cour suprême du Canada ne rejette pas l'application des principes de la Charte ou l'exigence selon laquelle l'égalité réelle doit constituer un élément de discrimination *prima facie* le cas échéant; comme la juge Rowles de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a signalé, l'utilisation des élèves du programme général comme groupe de comparaison est ce qui correspond le mieux à [TRADUCTION] « l'égalité réelle ».

[369] Cette conclusion n'est toutefois pas très utile. La question la plus difficile est de savoir si les principes de la Charte concernant l'égalité réelle doivent être utilisés pour établir si un cas de discrimination *prima facie* découle d'une règle censée viser, à titre d'objet d'amélioration, le partage en parts égales des avantages entre les travailleurs. À mon avis, la réponse qu'il convient de donner à cette question dépend des raisons fournies pour expliquer pourquoi il serait inapproprié de ne pas avoir recours aux principes de la Charte concernant la discrimination réelle pour établir le fondement de la discrimination *prima facie* dans le contexte particulier de l'espèce.

[370] Pour trouver une réponse allant de le sens de la thèse portant que la discrimination *prima facie* au sens de la LCDP doit avoir le caractère de discrimination réelle, j'examinerai un article rédigé par la professeure Donna Greschner, « Does *Law* Advance the Cause of Equality? », (2001) 27 *Queen's LJ* 299. Cet article a été cité et approuvé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kapp* à l'appui du raisonnement que celle-ci a adopté pour que l'analyse en matière de discrimination soit plutôt axée sur la perpétuation des stéréotypes et des préjugés. Je juge cet article utile en ce que l'auteure y explique pourquoi, et donc quand, l'égalité réelle, plutôt que l'égalité formelle, doit être requise dans une analyse fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte :

[TRADUCTION]

4 Dans l'arrêt *Law* et dans d'autres arrêts récents, la Cour a déclaré que l'article 15 vise la promotion de l'égalité réelle. [...]

5 Tout d'abord, en quoi consiste l'égalité réelle? Ces mots sont employés par opposition, habituellement de façon positive, à l'égalité formelle. Ainsi, à tout le moins, l'égalité réelle doit avoir un sens différent de l'égalité formelle et être meilleure que cette dernière. Donc, que signifie l'égalité formelle?

[...]

16 Cependant, la démarche à deux volets est de nature formaliste. Elle repose sur la notion que tout écart par rapport au traitement identique réservé aux personnes, sur le fondement d'un motif énuméré ou analogue, porte atteinte aux droits à l'égalité et doit donc être justifié. La démarche à deux volets ne renferme qu'une seule question fondamentale à laquelle il est habituellement assez facile de répondre : est-ce que la loi contestée crée une distinction (ou ne permet pas d'établir une distinction) fondée sur un motif énuméré ou analogue? Dans presque tous les cas, compte non tenu des objections formulées en matière de contextualisation, un simple examen du libellé de la loi permet de répondre à cette question. [...]

[...]

18 À mon avis, qualifier toute distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue de violation des droits à l'égalité (le premier volet de la démarche à deux volets) est incompatible avec l'égalité réelle elle-même. [...]

19 La démarche formaliste adoptée à l'égard de l'article 15 a aussi pour effet de dévaloriser les débats au sujet des droits. Elle qualifie tout écart par rapport au traitement identique, même pour les meilleures raisons qui soient, de violation des droits constitutionnels. [...]

[Non souligné dans l'original.]

[371] La professeure Greschner fournit une explication à deux volets quant à la raison pour laquelle une analyse de la discrimination réelle doit être effectuée. Tout d'abord, il est illogique qu'un écart valable soit considéré comme discrimination *prima facie*. Comme je l'ai déjà souligné,

les lois ont pour but de prévenir les comportements préjudiciables. Elles ne doivent pas s'appliquer aux comportements valables découlant d'une règle ayant un objet d'amélioration. Une règle sur la retraite ayant un objet d'amélioration correspondrait à la description d'écart valable.

[372] Ensuite, la discrimination est une appellation hautement répréhensible, et donc efficace, utilisée pour décourager un type de comportement rejeté par notre société. Il ne faut pas la dévaloriser en y recourant trop souvent lorsque, selon le bon sens, il n'a pas eu discrimination. Si on crie au loup trop souvent, le mot perd en valeur et en légitimité en tant que moyen de dissuasion efficace en matière de discrimination.

[373] À mon avis, en l'espèce, le fait de dire aux pilotes les plus jeunes que les pilotes les plus âgés sont victimes de discrimination en raison de la règle sur la retraite est un exemple de dévalorisation des débats au sujet des droits. On se moque de l'affirmation selon laquelle une règle qui visait faire en sorte que tous les pilotes soient traités également, et dont l'élimination conférerait des avantages fortuits aux plaignants au détriment de tous leurs collègues, ait été fondée sur des stéréotypes ou des préjugés *prima facie* contre les pilotes les plus âgés. Il est également difficile d'accepter que la règle ait pu perpétuer un désavantage à l'égard des pilotes ayant le plus d'ancienneté qui sont à l'aise financièrement et qui font partie de la génération du baby-boom, parce qu'ils étaient des victimes appartenant à un groupe de personnes privées de leurs droits de représentation et démunies qui souffrent de discrimination fondée sur l'âge au 21<sup>e</sup> siècle.

[374] Si, d'une part, il existe une explication de la raison pour laquelle les facteurs de discrimination réelle doivent être pris en considération pour qu'il puisse être conclu à l'existence

d'un acte discriminatoire *prima facie* au sens de la LCDP, d'autre part, je ne connais aucun motif de principe ni explication indiquant pourquoi les juges ne devraient pas utiliser une définition de la discrimination réelle et ainsi éviter qu'un écart tout à fait valable soit considéré comme un acte discriminatoire.

[375] En outre, en toute logique, je ne vois pas comment on peut dire que l'alinéa 15(1)c) de la LCDP est une disposition discriminatoire au regard de la Charte du fait qu'elle autorise une règle attaquée (une disposition sur la retraite), alors que la règle sur la retraite est aussi jugée discriminatoire au sens de la Loi, à moins que les mêmes principes jouent dans les deux cas. Je présume que la discrimination au regard de la Charte n'existe pas « dans l'abstrait », c'est-à-dire lorsqu'aucun acte discriminatoire ne peut être établi compte tenu des faits de l'affaire à l'égard desquels une déclaration est faite au sujet de la discrimination au sens de la Charte. Logiquement, cela veut dire que la disposition sur la retraite doit être jugée discriminatoire, en fonction des mêmes principes, au sens de la Loi et de la Charte. Je crois qu'il s'agit d'un autre point soulevé dans l'arrêt *Meiorin* qui a été en partie justifié en fonction du principe qu'il ne doit pas y avoir une trop grande différence entre l'analyse fondée sur les droits de la personne et l'analyse fondée sur la Charte. Voir l'arrêt *Meiorin*, aux paragraphes 47 à 49.

[376] Il y a une troisième raison pour laquelle une règle ayant un objet d'amélioration ne doit pas être qualifiée de discriminatoire *prima facie*. Cela ne se produit pas dans ce cas, mais cela arrive dans des affaires plus délicates mettant en jeu des droits fondamentaux incompatibles. Comme cela fut signalé à l'occasion de l'affaire *McKinney*, puisque les droits relatifs à l'âge en milieu de travail prêtent quelque peu à la nuance, ils ne relèvent pas de la catégorie des droits qui appellent une



protection plus ferme. D'autres droits relatifs, par exemple, à la race, la religion ou le sexe, lorsqu'ont régné par le passé des stéréotypes et des préjugés discriminatoires, appellent une plus grande vigilance lorsqu'est invoqué un motif justifiable.

[377] S'il y a incompatibilité lorsque ces droits se heurtent, par exemple, si une règle fondée sur le sexe est en conflit avec un droit religieux, je pense que l'on peut valablement soutenir que l'on ne peut se prononcer sur des questions de ce genre selon les principes fondés sur la notion de contrainte excessive. Le plaignant doit plutôt rapporter la preuve de discrimination réelle, qui est le préalable à toute question de contrainte excessive.

[378] Cette conclusion est fondée sur deux prémisses. Premièrement, de l'existence de discrimination sur le plan formaliste, l'on ne peut forcément inférer qu'il y a, concrètement, discrimination. En effet, la discrimination réelle met en jeu des règles opérant des distinctions nuisibles, et cette recherche ne fait pas nécessairement jouer le critère formaliste. Lors d'une procédure où sont en cause les droits de la personne, si l'on évite la question de l'exigence de discrimination réelle et si l'on passe directement à celle du motif justifiable, on se prive, totalement ou largement, de la possibilité d'éventuellement conclure que la règle n'est pas discriminatoire, *a fortiori* si, en ce qui concerne les contraintes excessives, l'on devait s'en tenir aux facteurs coûts, santé et sécurité, aux termes du paragraphe 15(2) de la LCDH. Si l'on devait retenir la lecture littérale de cette disposition, les moyens tirés du respect des valeurs consacrées par des droits en conflit, par exemple ceux qui se rapportent au sexe, seraient exclus de tout examen.

[379] Deuxièmement, lorsque l'on fait passer l'accent de la question de discrimination aux contraintes excessives, il s'agit normalement d'une question d'accommodement. Cette question met la règle ayant pour objet une amélioration en position délicate vu les principes favorables aux accommodements en ce qui a trait aux contraintes excessives, lesquels sont conçus pour que l'on puisse trouver un compromis équilibré, ce qui doit en principe être encouragé. Cependant, il me semble que les accommodements à répétition finissent par saper le droit fondamental par le processus de compromis. Il ne doit y en avoir aucun au départ en l'absence de discrimination réelle.

[380] Dans une société démocratique, certaines valeurs doivent primer sur d'autres. Il ne sert donc à rien d'éviter les choix difficiles lorsqu'elles se heurtent si les conséquences nuisent aux principes sur lesquels notre société se fonde. On ne peut échapper à ces décisions lorsque la discrimination *prima facie* doit être réelle.

[381] Dans ce contexte, je ne vois pas comment la discrimination ou un « acte discriminatoire » au sens de la LCDP peut être discriminatoire si le critère appliqué est purement formaliste et ne constitue pas une discrimination réelle, de sorte qu'il est possible d'appliquer les principes appropriés de la Charte aux fins de l'analyse de la Cour.

[382] Pour ce motif, il serait erroné de considérer que la LCDP permet au plaignant d'établir qu'un acte discriminatoire a été commis par rapport à une règle portant sur la retraite obligatoire lorsque, au regard du fardeau que la loi lui impose qui lui incombe, le plaignant n'a pas établi l'existence d'une discrimination réelle.

[383] Cela ne veut pas dire que le Tribunal a eu tort de conclure que les plaignants avaient rapporté la preuve *prima facie* de discrimination et qu'il incombait alors à Air Canada et à l'APAC de prouver que leur conduite n'était pas discriminatoire. Établir, à première vue, l'existence de discrimination de façon formaliste a pour effet de faire passer la charge de la preuve aux intimées, qui, à moins de pouvoir démontrer au moyen d'éléments de preuve l'objet d'amélioration de la règle, se retrouvent avec une conclusion de discrimination *prima facie*. C'est ce qui s'est produit en l'espèce alors que personne n'a contesté la conclusion de discrimination *prima facie*.

[384] Cependant, je tiens à préciser qu'il semblerait que les intimées auraient pu s'acquitter du fardeau de la preuve en établissant, selon la « prépondérance des probabilités », que les plaignants n'étaient pas victimes de discrimination réelle en raison du fait qu'ils étaient tenus de prendre leur retraite à l'âge de 60 ans. Ce n'est qu'une fois que la question aurait été tranchée à leur encontre que les intimées auraient eu le fardeau d'établir une justification au moyen des principes relatifs aux contraintes, lequel fardeau elles auraient dû assumer tout au long de la procédure.

(4) La retraite obligatoire, un élément essentiel d'un vaste régime d'avantages ayant un objet d'amélioration

a) *L'utilisation de facteurs différents pour décider s'il y a discrimination*

[385] La Cour suprême du Canada a souligné que, lorsqu'une mesure a un effet d'amélioration qui touche divers groupes, il faut tenir compte des répercussions sur les autres pour décider si la différence de traitement perpétue un préjudice ou un stéréotype.

[386] Dans l'arrêt *Withler*, la Cour suprême du Canada a relevé qu'il fallait tenir compte de différents facteurs en fonction des circonstances de la discrimination alléguée. Ces facteurs

comprenaient des éléments, comme la question de savoir si la mesure controversée s'inscrit dans un vaste régime d'avantages, l'effet d'amélioration qu'avait la mesure sur les autres et la multiplicité des intérêts qu'elle tentait de concilier, qui, selon la Cour suprême du Canada, devraient jouer un rôle dans l'analyse du caractère discriminatoire. Le point est soulevé pour la première fois au paragraphe 38 des motifs de la Cour et étoffé au paragraphe 67, de la manière suivante :

[38] Sans vouloir limiter les facteurs susceptibles d'être utiles dans l'appréciation d'une allégation de discrimination, disons que, dans les cas où l'effet discriminatoire découlerait de la perpétuation d'un désavantage ou d'un préjugé, entreront en ligne de compte les éléments tendant à prouver qu'un demandeur a été historiquement désavantagé ou fait l'objet de préjugés, ainsi que la nature de l'intérêt touché. Dans les cas où il est allégué qu'une mesure est fondée sur une vision stéréotypée du groupe, la question consiste à déterminer si cette vision correspond à la situation ou aux caractéristiques véritables des demandeurs. Lorsque la mesure contestée s'inscrit dans un vaste régime de prestations, comme c'est le cas en l'espèce, son effet d'amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu'elle tente de concilier joueront également dans l'analyse du caractère discriminatoire.

[...]

[67] Lorsqu'il est question d'un régime de prestations de retraite, comme dans le cas qui nous occupe, l'examen des facteurs contextuels à la deuxième étape de l'analyse requise par le par. 15(1) porte en général sur l'objet de la disposition présentée comme discriminatoire, et se fait à la lumière du régime législatif complet. À qui le législateur voulait-il accorder un avantage et pourquoi? Pour trancher la question de savoir si la distinction perpétue un préjugé ou applique un stéréotype à un certain groupe, le tribunal tient compte du fait que de tels programmes sont conçus dans l'intérêt de divers groupes et doivent forcément établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. Le tribunal s'interrogera sur l'opportunité générale de telles limites, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime. Point n'est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs. Le tribunal pourra également prendre en considération l'affectation des ressources et les objectifs particuliers d'intérêt public visés par le législateur.

[Non souligné dans l'original.]

b) *L'objet d'amélioration de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective*

[387] Dans l'affaire *Vilven*, le Tribunal, dans sa première décision (2007 TCDP 36), a discuté la nature et l'objet des politiques sur la retraite obligatoire dans les conventions collectives d'Air Canada à divers endroits, du paragraphe 99 au paragraphe 110. Voici les passages pertinents de la décision :

[99] Les politiques de retraite obligatoire sont souvent mis en place quand les employés détiennent un pouvoir de négociation important, le plus souvent par la représentation syndicale. En fait, la très grande majorité des politiques de retraite obligatoire se trouvent dans les milieux de travail syndiqués. Les économistes du travail Jonathan Kesselman et Lorne Carmichael, qui ont témoigné au nom de la Commission et d'Air Canada respectivement, ont convenu que les emplois dans des milieux de travaux syndiqués sont considérés comme étant de [TRADUCTION] « bons emplois », c'est-à-dire des emplois bien rémunérés, avec un haut degré de sécurité, où l'ancienneté joue un rôle important et doté d'un bon régime de retraite.

[100] En l'espèce, l'APAC et Air Canada se sont entendues sur la retraite à 60 ans en échange d'un système de rémunération généreux, lequel comprend un régime de pension qui place les pilotes d'Air Canada dans un groupe privilégié de pensionnaires. M. Harlan Clarke, directeur des relations de travail, opérations aériennes, chez Air Canada, a souligné une caractéristique importante de la politique de retraite obligatoire, soit le fait que les employés, dont les pilotes d'Air Canada, ne sont pas placés dans la situation embarrassante d'être obligés de prendre leur retraite parce qu'il a été conclu qu'ils sont incapables de satisfaire aux exigences de leur poste ou parce que leur santé se dégrade. Au contraire, la retraite à 60 ans pour les pilotes est la conclusion entièrement comprise et attendue d'une carrière prestigieuse et valorisante pécuniairement.

[101] Les plaignants ont affirmé dans leur témoignage qu'ils étaient parfaitement au courant, quand ils ont commencé leur emploi chez Air Canada, qu'ils seraient tenus de prendre leur retraite à 60 ans. Ils

ont affirmé que devenir un pilote chez Air Canada était l'objectif de tout pilote : le salaire était excellent, le travail était intéressant et le poste était associé d'un prestige considérable. Cependant, ils savaient également que cette situation ne pourrait durer indéfiniment et que tous les pilotes d'Air Canada sont tenus de prendre leur retraite à 60 ans.

[...]

[106] Selon le professeur Carmichael, les plaignants, au cours de leur carrière chez Air Canada, ont récolté les bénéfices de la règle imposant la retraite obligatoire que leur syndicat avait négociée en leur nom. En conséquence du départ des pilotes âgés de 60 ans d'Air Canada, les plaignants ont été en mesure de faire avancer leur carrière plus rapidement.

[107] En outre, le statut des pilotes, leur revenu, leur port d'attache, le choix des horaires et les prestations du régime de pension qu'ils ont reçues, entre autres choses, ont été négociés en fonction de la disposition sur la retraite obligatoire. Puisqu'ils ont récolté les bénéfices de la retraite obligatoire, il ne faudrait pas estimer qu'il est injuste que les plaignants en portent finalement le fardeau.

[108] Il se peut que les plaignants ne soient pas heureux d'avoir à mettre fin à leur carrière enrichissante de pilotes chez Air Canada, mais la situation ne peut être examinée isolément. Elle doit être examinée dans le contexte d'un système qui a été conçu pour répartir les responsabilités et les avantages d'être pilote chez Air Canada entre les pilotes qui en sont rendus à différentes étapes de leur carrière. Tous les pilotes chez Air Canada comprennent qu'ils partageront ces bénéfices et ces fardeaux également aux étapes appropriées de leur carrière.

[109] Le déni du droit de contester la dernière étape de ce système - la retraite à 60 ans - en conséquence de l'application de l'alinéa 15(1)c) ne communique pas le message que les plaignants ne sont pas des membres estimés de la société, pas plus que cela ne les marginalise. Cela ne fait que montrer qu'il n'est pas injuste que les plaignants assument leur dernière responsabilité à titre de pilotes d'Air Canada. Ce message ne peut être raisonnablement interprété comme étant une atteinte à leur dignité.

[110] Pour ces motifs, le Tribunal a conclu que le droit à l'égalité des plaignants prévu à l'article 15 de la Charte n'a pas été violé par l'alinéa 15(1)c) de la LCDP. [...]

[Non souligné dans l'original.]

[388] Les conclusions du Tribunal, qui n'ont pas été attaquées, font clairement ressortir les avantages globaux obtenus par les membres de l'APAC aux termes de la convention collective. Ces avantages comprenaient une généreuse pension et d'autres avantages à la retraite.

[389] Ainsi, compte tenu des facteurs exposés ci-dessus dans l'arrêt *Withler*, il est évident que la disposition sur la retraite obligatoire d'Air Canada fait partie d'un vaste régime d'avantages conçu pour répondre aux intérêts communs véritables de tous les membres du syndicat. On peut donc considérer que la convention collective et le régime de retraite prévu dans celle-ci ont un effet d'amélioration sur les membres et tentent de concilier divers intérêts, dont les différents besoins des travailleurs plus jeunes et plus âgés.

[390] Il est donc nécessaire d'établir des limites en fonction de certains facteurs comme l'âge. La question que la Cour doit trancher est de savoir si les limites établies sont en général appropriées, compte tenu de la situation des personnes touchées et des objets du régime.

[391] Il est implicite que l'un des objets du régime de retraite était de permettre aux pilotes de faire avancer leur carrière plus rapidement. Ils pouvaient donc accumuler salaire et avantages plus facilement tout en pouvant prendre leur retraite plus tôt et ainsi éviter d'avoir à travailler plus longtemps pour obtenir les mêmes résultats financiers, comme le démontrent les données de M. Salamat.

[392] Par conséquent, en repoussant l'âge de la retraite, on semble contrecarrer l'objet même de la convention collective. Par exemple, les pilotes les plus jeunes devront travailler trois années de plus, dans les faits bénévolement, pour avoir la même rémunération totale qu'ils auraient autrement à l'âge de 60 ans en raison de la disposition sur la retraite obligatoire.

[393] Dans ce contexte, je crois qu'on peut invoquer un argument convaincant, à savoir que la distinction qui irait à l'encontre des intérêts des plaignants ne doit pas être considérée comme perpétuant un stéréotype ou un préjugé. Bien au contraire, il semblerait que l'objet de la disposition sur la retraite obligatoire à l'âge de 60 ans était d'accorder un avantage aux plaignants en leur permettant de prendre leur retraite tôt tout en ayant bénéficié de conditions de travail, d'un salaire et d'avantages généreux, ces derniers revêtant la forme de prestations de retraite après leur retraite.

[394] En outre, le syndicat n'avait certainement pas l'intention de rendre les conditions de travail si passionnantes, intéressantes ou excitantes que les pilotes regretteraient de ne plus avoir le salaire plus élevé qu'ils avaient touché et les avantages dont ils avaient bénéficié au cours de leur carrière, si cela est le fondement de leur perte d'estime de soi, comme il ressort des éléments de preuve dans l'affaire *Vilven*.

c) *La conclusion d'absence d'iniquité tirée par le Tribunal dans l'affaire Vilven*

[395] Bien qu'aucun effet défavorable n'ait été démontré, dans l'affaire *Vilven*, le Tribunal a conclu qu'il ne serait pas injuste que les plaignants soient tenus de respecter la disposition sur la retraite obligatoire. Cela semblait renvoyer au fait que les plaignants avaient pu faire avancer leur carrière plus rapidement parce que les pilotes qui avaient été embauchés avant eux avaient pris leur



retraite à l'âge de 60 ans conformément à la convention collective. Cependant, le Tribunal n'a pas poursuivi son raisonnement et n'a rien dit au sujet des avantages fortuits dont bénéficieraient les plaignants en étant les premiers à ne pas respecter la convention collective, étant donné que ce point a seulement été soulevé dans le cadre du témoignage de M. Salamat.

[396] Comme nous avons pu le voir plus haut, le Tribunal a utilisé le mot « injuste » pour qualifier la solution selon laquelle une partie tire avantage du respect d'une entente par d'autres personnes et, une fois les conditions de l'entente remplies, change ou ignore les conditions de l'entente selon ce qui lui convient. En règle générale, notre souci de l'équité ne nous permet pas d'accepter qu'une personne puisse convenir d'une chose en vue d'en tirer des avantages, puis mette fin à ce qui a été convenu une fois les avantages obtenus pour servir son propre intérêt. C'est ce sentiment de non-acceptation du caractère sacré de l'entente dont les plaignants ont tiré avantage qui a mené le Tribunal à conclure dans l'affaire *Vilven* qu'il n'était pas injuste de respecter l'entente et que cela ne portait pas atteinte à la dignité des plaignants, étant donné que leur départ était prévisible.

[397] Cependant, comme aucun élément de preuve ne permettait de conclure qu'il y aurait un effet défavorable sur les pilotes constituant le groupe de comparaison dans l'affaire *Vilven*, il a été dit que la disposition sur la retraite obligatoire perpétuait un désavantage qui constituait un acte discriminatoire. La Cour a donc conclu, dans la décision *Vilven*, que c'était l'entente qui était injuste en ce qui concerne la façon dont elle traitait les travailleurs les plus âgés, et non la contestation par les plaignants d'une entente dont ils avaient fini de tirer avantage.

[398] Un aspect qui ne semble pas avoir été mentionné dans les débats est que la convention collective avait été conçue expressément pour favoriser les travailleurs les plus âgés dans un régime d'ancienneté strict. Si je comprends bien le régime, on a favorisé les pilotes les plus âgés en leur donnant des avantages économiques très généreux et de meilleures conditions de travail lorsque la fin de leur carrière approchait. Pour avoir un tel régime, on a donné aux pilotes, alors qu'ils étaient plus jeunes, de moins bonnes conditions de travail et des avantages moins généreux tout en exigeant qu'ils consacrent davantage d'efforts pour les obtenir. Autrement dit, les conditions de travail et les avantages généreux dont les pilotes les plus âgés disposaient dépendaient des efforts qu'ils avaient déployés et des conditions de travail plus difficiles qu'ils avaient eues alors qu'ils étaient de plus jeunes travailleurs.

[399] Tout avantage supplémentaire qui découlerait du fait de rester en poste après la date de retraite convenue ne serait pas « gagné ». Cela serait semblable au fait, pour les pilotes, de verser à un REER des cotisations X pour obtenir un résultat Y après 35 ans, puis, lorsque viendrait le temps de retirer des fonds du REER après 35 ans, de demander un montant supplémentaire en plus des fonds provenant du REER.

[400] On ne peut pas non plus faire valoir qu'il faut faire une exception à la règle sur l'âge de la retraite pour les pilotes qui ont commencé à travailler pour Air Canada plus tard dans leur carrière et qui peuvent donc avoir des besoins plus grands, parce que leur revenu de pension ne sera pas équivalent à celui des pilotes dont la carrière chez Air Canada aura été plus longue. L'argument invoqué par ces pilotes est qu'ils n'ont pas travaillé assez longtemps pour avoir les mêmes avantages généreux que les autres pilotes. Ils ne veulent pas obtenir plus que ce qu'ils ont gagné.

[401] Cependant, les conséquences sont les mêmes, peu importe la raison pour laquelle l'âge de la retraite puisse être repoussé : les recrues qui assurent la succession doivent rester en service plus longtemps et financer la carrière prolongée des employés qui restent en service après l'âge de 60 ans. Les nouveaux venus ne peuvent pas s'attendre à ce que la règle du traitement égal soit modifiée en fonction de leur situation, alors qu'ils étaient au courant de la règle et qu'ils l'avaient acceptée à leur arrivée chez Air Canada et que la violation de cette règle aurait un effet défavorable sur les autres employés.

[402] Par conséquent, il est en quelque sorte difficile de comprendre comment un régime qui favorise déjà les travailleurs les plus âgés sera qualifié de discriminatoire parce qu'il prend fin à l'âge de 60 ans. La cessation d'emploi à cet âge faisait partie intégrante de l'application de la convention collective, selon laquelle les avantages que les pilotes les plus âgés recevaient dépendaient des efforts qu'ils avaient consacrés alors qu'ils étaient plus jeunes.

*d) Le réexamen de l'équité en fonction de l'effet défavorable*

[403] Quoi qu'il en soit, le témoignage de M. Salamat soulève de nouveau la question de l'équité, mais la formule de façon différente. On parle de l'injustice du résultat pour les autres pilotes plutôt que du fait que ce n'est « pas injuste » pour les plaignants. Il est maintenant clair que l'avantage obtenu par les plaignants n'est pas sans effet ni sans répercussions négatives sur les autres. Les gains uniques que les plaignants obtiendraient en travaillant plus longtemps seraient financés par les autres pilotes, les pilotes les plus jeunes étant les plus défavorisés du point de vue économique et à d'autres points de vue.

[404] Non seulement la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective fait partie d'un régime complet d'avantages visant à traiter de façon égale tous les membres, elle ne peut être modifiée en cours de route qu'avec le consentement de tous les membres. Tout changement à la convention donne lieu à un traitement injuste et inégal, non seulement en permettant aux travailleurs les plus âgés d'obtenir davantage que les autres, mais aussi en faisant payer les autres pour ce qu'ils obtiennent.

[405] Les résultats désavantageraient injustement les membres actuels et à venir du syndicat en exigeant qu'ils payent pour les avantages que les plaignants obtiendraient, que ce soit en retardant leur entrée en fonctions ou la progression de leur carrière jusqu'à leur retraite. Les membres les plus jeunes et les membres à venir du syndicat seraient les plus touchés.

(5) La perpétuation de stéréotypes, de préjugés ou de désavantages au sujet des travailleurs âgés

a) *Les stéréotypes discriminatoires concernant les travailleurs âgés*

[406] Un autre élément dont il faut tenir compte en ce qui concerne la question des dispositions sur la retraite obligatoire est qu'il faut vraiment rechercher s'il y a discrimination fondée sur l'âge au Canada, de sorte qu'il est approprié de concéder aux travailleurs âgés tout désavantage fondé sur l'âge.

[407] Au paragraphe 272 de ses motifs dans la décision *Vilven*, la juge Mactavish a conclu qu'il ressortait clairement d'observations formulées dans des arrêts de la Cour suprême du Canada qu'en

tant que groupe, les travailleurs plus âgés sont victimes d'un désavantage, d'une vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés préexistants. Compte tenu de la jurisprudence, j'abonde dans le même sens.

[408] Plus particulièrement, au paragraphe 271 des ses motifs, la juge Mactavish a renvoyé à des observations dans des arrêts antérieurs selon lesquelles des stéréotypes discriminatoires sont appliqués aux personnes d'âge avancé « que l'on presume dépourvues de certaines aptitudes qu'elles possèdent en réalité » (*Gosselin*, au paragraphe 32), ou selon lesquelles ces dernières sont « improductive[s], inefficace[s] et incompétente[s] » et « ne sont plus des membres utiles de la population active », de sorte que l'« on peut donc librement et arbitrairement se passer de leurs services » (*McKinney*, au paragraphe 347).

[409] Bien que la Cour ait déjà subi un revers dans sa remise en question de la doctrine de la jurisprudence *McKinney* dans les affaires susmentionnées, en toute déférence, je recommanderais néanmoins que les conclusions formulées à l'égard de tels stéréotypes au sujet des personnes plus âgées, qui sont en grande partie fondés sur la connaissance d'office, soient réexaminées. Il s'agit de types de conclusions qui seraient controversés dans la société actuelle, et on doit pouvoir disposer d'éléments de preuve étayant dûment toute conclusion sur le sujet.

[410] À mon avis, vu l'expérience quotidienne des membres de la génération la plus âgée (la génération du baby-boom), on peut penser que, quels qu'aient été les stéréotypes par le passé, les travailleurs plus âgés et le reste de la société ont vu l'ensemble des attitudes changer de façon

favorable, ce qui contredit fortement toute allégation selon laquelle les membres de cette génération peuvent encore être considérés comme étant victimes de discrimination fondée sur l'âge au travail.

[411] La génération des Canadiens les plus âgés bénéficie d'avantages dont ne jouissaient pas les générations précédentes. Ces avantages sont la richesse des membres de la génération du baby-boom, le rôle qu'ils jouent dans la prise de décisions, leur santé et leur état physique, ainsi que leur plus grand niveau d'activité dans la société. Surtout, la génération la plus âgée fait preuve d'assurance, d'autonomie et d'estime de soi, que l'on attribue au fait qu'il s'agit de la génération la plus importante et la plus égocentrique que l'on n'ait jamais vue. Une génération dont la vie a été marquée par une croissance économique et sociale dépassant celle que les générations précédentes ont pu connaître.

[412] En effet, le dynamisme, l'activisme et la longévité qui caractérisent maintenant la génération la plus âgée représentent probablement le meilleur argument de celle-ci à l'appui de la prolongation de la carrière de ses membres. Cela est toutefois un argument complètement différent que celui de dire que les membres de la génération la plus prospère et la plus puissante de l'histoire de l'humanité sont victimes de stéréotypes ou de préjugés négatifs ou qu'ils sont considérés comme des travailleurs improductifs, incompetents ou vulnérables.

[413] Plus précisément, je répète que rien ne permet de penser que les pilotes les plus âgés d'Air Canada sont victimes de quelques stéréotypes ou préjugés négatifs touchant l'attitude qui découlent du passé. L'ensemble de leur situation est régi par la convention collective, et cela n'a

rien à voir avec des attitudes qui ont pour effet de diminuer leur capacité ou leur aptitude à piloter des aéronefs.

[414] Sur ce point, dans la décision *Vilven n° 1 Tribunal* (2007 TCDP 36), le TCDP a conclu que rien ne donnait à penser que les plaignants avaient subi des désavantages ou des stéréotypes négatifs liés à l'âge, et cette conclusion de fait n'a pas été contestée. Les motifs du Tribunal sur la question sont énoncés ci-dessous :

*La distinction créée par l'alinéa 15(1)c contribue-t-elle à créer ou à renforcer un stéréotype ou un désavantage préexistant dont serait victime les plaignants?*

[92] Un des facteurs les plus concluants pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera l'existence d'un désavantage préexistant ou d'une vulnérabilité à un stéréotype (*Law*, au paragraphe 63). Il est clair que les pilotes de ligne, en tant que pilotes, ne sont pas victimes d'un stéréotype négatif ou d'un désavantage préexistant, mais l'analyse en l'espèce devrait porter principalement sur la question de savoir si les plaignants, à titre de membres du groupe formé des travailleurs âgés obligés de mettre fin à leur emploi, sont victimes d'un désavantage préexistant ou d'un stéréotype négatif.

[93] La jurisprudence a noté le désavantage que subissent les travailleurs âgés. Par exemple, dans l'arrêt *McKinney*, le juge La Forest a déclaré que, à moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes (à la page 299). En outre, bien que les régimes de sécurité sociale et les régimes de retraite privés puissent apporter un certain redressement financier, bon nombre de personnes plus âgées ont besoin d'une source de revenu additionnel, ce qui est de plus en plus fréquent étant donné que les gens vivent plus longtemps (à la page 300).

[94] Dans les motifs dissidents qu'elle a exposés dans l'arrêt *McKinney*, le juge Wilson a noté qu'il existe un stéréotype

selon lequel les personnes plus âgées sont improductives, inefficaces et incompétentes (à la page 413)

[95] Rien ne laissait croire que les plaignants ont subi ce type de désavantage ou de stéréotype négatif lié à l'âge. Au contraire, la preuve montrait que, en tant que pilotes d'expérience, les plaignants connaissaient très bien les dernières technologies et possédaient les habiletés pour piloter certains des appareils les plus sophistiqués d'un important transporteur aérien international.

[96] Très peu après leur retraite d'Air Canada, tous deux ont été en mesure de travailler comme pilotes chez d'autres transporteurs aériens qui n'avaient pas de politiques de retraite obligatoire. M. Kelly a affirmé dans son témoignage que, lorsqu'il a retourné son laissez-passer de sécurité à Air Canada après son dernier vol, il a rencontré un ancien collègue qui lui a offert un emploi chez Skyservice Airlines. Il s'est empressé d'accepter l'offre.

[97] L'emploi qu'il a accepté chez Skyservice signifiait que M. Kelly a pu ajouter son salaire de pilote chez Skyservice au revenu de 124 000 \$ qu'il touchait à titre de pension d'Air Canada. À 72 000 \$ par année, le revenu de retraite de M. Vilven était moins élevé que celui de M. Kelly, car M. Vilven a commencé à travailler chez Air Canada plus tard. Cependant, M. Vilven a été en mesure d'ajouter à son revenu de pension le salaire qu'il recevait à titre de pilote chez Flair Airlines.

[Non souligné dans l'original.]

*b) L'incidence de la retraite sur les pilotes*

[415] J'ai aussi de la difficulté à accepter la gravité des répercussions qu'a eu la retraite sur les pilotes les plus âgés en ce qui concerne la préservation de leur dignité et de leur estime de soi.

[416] La retraite est une chose que tous les travailleurs vivront un jour. Par conséquent, l'effet défavorable de celle-ci ne peut pas être évité; au mieux, il peut être retardé. Les pilotes plaignants ne se sont jamais attendus à travailler après 60 ans; ils le savaient depuis le jour où ils ont commencé à travailler pour Air Canada. Ils ne pouvaient pas non plus avoir de regrets parce qu'ils n'avaient pas



atteint leurs objectifs, étant donné que, grâce au régime d'ancienneté, ils avaient atteint les plus hauts échelons de l'organisation. Ils ont généralement une bonne situation financière et de nombreuses possibilités s'offrent à eux pour leur permettre de relever certains des défis qui accompagnent un changement de situation. Surtout, s'ils veulent continuer à piloter des avions commerciaux, il ressort des éléments de preuve qu'il est facile pour eux de se trouver du travail.

[417] C'est ce qui ressort du témoignage des plaignants dans l'affaire *Vilven* au sujet de la perte d'estime de soi causée par le fait d'avoir à quitter un bon emploi. Le mieux qu'ils ont pu avancer était que le prestige, la stimulation qui accompagnait le travail de pilote chez Air Canada et les amitiés qu'ils avaient nouées leur manquaient. Ces désavantages sont surtout le reflet des excellentes conditions de travail des postes qu'ils détenaient chez Air Canada. Cela comprendrait, par exemple, le fait, pour les pilotes qui sont en fin de carrière, de pouvoir gagner un salaire annuel maximal nettement supérieur à 200 000 \$ et d'avoir un horaire comprimé de huit jours, et ce, grâce à la convention collective.

c) *Le rejet, dans l'arrêt McKinney, de l'argument selon lequel les dispositions sur la retraite obligatoire permettent aux plus jeunes de travailler*

[418] Dans l'arrêt *McKinney*, la Cour suprême du Canada a admis que l'amélioration des perspectives d'avenir des jeunes travailleurs était l'un des objets prédominants des dispositions sur la retraite obligatoire dans les lois. Elle a aussi admis que, généralement, les travailleurs âgés étaient mieux placés que les plus jeunes pour se protéger contre les vicissitudes du chômage. La Cour suprême du Canada n'a néanmoins accordé aucun poids aux points de vue du législateur ou à la situation dans laquelle se trouvent les jeunes travailleurs. Elle a conclu que « la preuve sur ce point est conjecturale ». Le fondement factuel est différent en l'espèce, étant donné que le préjudice

financier que causerait, non seulement pour la plus jeune génération, mais aussi pour les plus jeunes travailleurs, le fait de prolonger la carrière des pilotes les plus âgés ressort clairement du témoignage de M. Salamat.

[419] La Cour suprême du Canada a accordé davantage d'importance à la protection contre la retraite obligatoire des travailleurs âgés lorsqu'elle a rejeté catégoriquement le concept selon lequel il faut permettre aux plus jeunes de travailler. Les conclusions de la Cour suprême du Canada sont essentiellement énoncées au paragraphe 97 de l'arrêt *McKinney* :

97 En ce qui concerne l'objectif de réduire le chômage chez les jeunes, il me semble qu'il ne faut pas lui accorder trop d'importance. Si les valeurs et les principes essentiels à une société libre et démocratique comprennent, selon l'arrêt *Oakes*, le « respect de la dignité inhérente de l'être humain » et la « promotion de la justice et de l'égalité sociales », alors l'objectif de forcer les travailleurs plus âgés à prendre leur retraite pour permettre aux plus jeunes de travailler est discriminatoire en soi puisqu'il suppose que la prolongation de l'emploi de certains individus est moins importante pour ceux-ci et de moins grande valeur pour la société en général que l'emploi d'autres individus pour la seule raison de l'âge.

[Non souligné dans l'original.]

[420] À mon avis, vu son ton péremptoire, ce passage a sonné le glas du maintien de toute disposition législative sur la retraite obligatoire au Canada, ce qui peut être discutable au Canada au 21<sup>e</sup> siècle. Il est aussi cité dans des affaires où les droits des travailleurs âgés par rapport à ceux des jeunes travailleurs sont en jeu, comme c'est le cas en l'espèce. En toute déférence, je formulerais deux observations au sujet du raisonnement de la Cour suprême du Canada.

[421] Tout d'abord, la Cour suprême du Canada semble dire que le fait d'obliger les travailleurs âgés à prendre leur retraite pour permettre aux plus jeunes de travailler est, en soi, formaliste et

discriminatoire. Cela ne peut pas être une formulation complète du raisonnement suivi, parce que la Cour suprême du Canada a déclaré à maintes reprises qu'il faut faire une analyse contextuelle de tous les aspects du problème. Il me semble préférable de limiter la portée de cet aspect de la décision au manque d'éléments de preuve en ce qui concerne le préjudice.

[422] Ensuite, à ma connaissance, personne n'a soutenu qu'on doit considérer que le droit de travailler d'une génération a moins d'importance ou de valeur aux yeux de la société. Le renvoi par la Cour suprême du Canada à la « promotion de la justice et de l'égalité sociales » met le doigt sur cette question fondamentale.

[423] Essentiellement, en ce qui concerne la justice et l'égalité sociales, le problème est que les bons emplois sont une ressource rare. D'après les inquiétudes qui se font de plus en plus ressentir au sujet du chômage des jeunes, il semble aussi évident que les bons emplois sont maintenant plus rares que par le passé. De plus, vu la progression inéluctable de la mondialisation, de concert avec la croissance exponentielle des nouvelles technologies, on peut penser que les bons emplois deviendront de plus en plus rares.

[424] Comme c'est le cas pour toute ressource rare, la vraie question qui se pose est de savoir quelle est la meilleure façon de la répartir; dans ce cas-ci, entre les générations. Cela soulève la question de l'autre réalité que, dans bien des cas, pour les jeunes travailleurs, la possibilité pour eux d'avoir un bon emploi et un meilleur salaire sera fonction des occasions d'emploi qui se créent lorsque des personnes prennent leur retraite. Il est toutefois tout aussi important de souligner qu'il semble que, dans un domaine où les bons emplois se font rares, la prolongation de la carrière a aussi

des répercussions négatives sur ceux qui ont déjà un emploi, les travailleurs les plus touchés étant les plus jeunes.

[425] En l'espèce, les emplois rares à répartir dont il est question sont les postes supérieurs chez Air Canada. Ces postes devenaient vacants conformément au régime fondé sur le fait que les promotions et l'attribution d'avantages importants ont lieu plus tard en fin de carrière, ainsi que sur le caractère sacré d'une convention collective qui fait la promotion du traitement égal de ses membres. Cependant, de façon accessoire, le manque de bons emplois touche aussi les pilotes qui souhaitent obtenir un emploi chez Air Canada, ainsi que ceux qui sont à la recherche d'un premier emploi en tant que pilote de l'aviation commerciale qui pourrait tôt ou tard se présenter lorsqu'un pilote d'Air Canada cesse pour de bon d'effectuer des vols commerciaux. Cela est plus susceptible de se produire lorsque les pilotes quittent Air Canada.

[426] Au final, il s'agit essentiellement de fixer un âge de la retraite équitable dans un monde où les emplois se font rares et où un désavantage économique résulte des retards dans le cheminement de carrière, dans le contexte d'une convention collective qui cherche à traiter tous les employés également en fonction des arrivées et des départs tout au long du cycle de vie de la convention.

[427] M. Salamat a démontré que toute modification effectuée en faveur des pilotes les plus âgés, sans que des changements soient apportés à l'ancienneté, au salaire et au régime d'avantages, se ferait au détriment des pilotes les plus jeunes et contreviendrait au principe du traitement équitable qui est enchâssé dans la convention collective. Sur le plan économique, l'effet contraire est évidemment obtenu lorsque l'on oblige les pilotes à prendre leur retraite plus tôt, disons avant l'âge

de 65 ans. Cela doit toutefois être considéré dans le contexte de la convention collective et de toutes les circonstances touchant les besoins, la vulnérabilité, les attentes et les choix qui correspondent à la réalité des postes des pilotes.

[428] Compte tenu de toutes les circonstances qui sont pertinentes pour l'interprétation d'une loi qui fait la promotion du traitement juste et équitable des personnes, je ne vois pas la présente affaire comme un cas où une règle discriminatoire *prima facie* doit être justifiée par l'existence d'une contrainte. À mon avis, il vaudrait mieux interpréter la LCDP de façon à ce qu'aucune discrimination ne découle du maintien, dans une convention collective, d'une disposition sur la retraite à l'âge de 60 ans pour les pilotes d'Air Canada négociée avec l'employeur dont l'objet d'amélioration est de garantir un régime convenu permettant d'accorder des avantages à toutes les pilotes d'Air Canada et de distribuer le fruit de la convention de façon juste et équitable entre tous les membres du syndicat sans exception.

- (6) Les conclusions concernant le réexamen de la question de savoir si la règle de la retraite à l'âge de 60 ans est discriminatoire

[429] J'ai conclu que le témoignage de M. Salamat démontrant que l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective a un effet défavorable m'oblige à étoffer ma directive au Tribunal afin que l'APAC et Air Canada puissent faire valoir que la règle de la retraite à l'âge de 60 ans n'est pas discriminatoire.

[430] Pour ce motif, il faut comprendre que la preuve sur l'effet défavorable est pertinente tant pour la question de la discrimination que pour celle de la contrainte. Néanmoins, bien qu'elle soit fondée sur des éléments de preuve semblables, l'analyse de chaque question doit être effectuée

séparément, et la question de la discrimination doit être analysée en premier. En outre, l'analyse de la question de la contrainte devrait comprendre, s'il est statué qu'une contrainte excessive découlerait de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire, un examen de la question de savoir si les caractéristiques de la discrimination fondée sur l'âge font en sorte que l'importance de la promotion du fait d'être libre de cette discrimination ne pourrait pas justifier une norme moins stricte. Cela suppose l'examen d'une grande partie de l'analyse de la question de la discrimination dont il est question plus haut.

[431] Le Tribunal peut tenir compte des observations que j'ai déjà formulées sur le sujet. Il doit toutefois comprendre que sa décision doit être fondée sur la preuve dont il est saisi. À cet égard, le Tribunal dispose d'un pouvoir discrétionnaire absolu pour trancher l'affaire en fonction des éléments de preuve dont il est saisi, d'autant plus que le critère consacré par l'arrêt *Meiorin* n'a pas encore été appliqué aux droits de représentation d'un syndicat, comme c'est le cas en l'espèce.

## **V. DÉCISIONS RELATIVES AUX DEMANDES DES PLAIGNANTS, D'AIR CANADA ET DE L'APAC**

[432] Premièrement, la demande des plaignants est accueillie et la décision rendue par le Tribunal au sujet de l'âge normal de la retraite est annulée et renvoyée pour nouvel examen par le même membre instructeur. Dans son nouvel examen, le Tribunal devra appliquer de façon disjonctive les facteurs du critère énoncé dans la décision *Vilven*, comme je l'ai dit plus haut. Il devra aussi déterminer les similitudes des caractéristiques des postes des pilotes constituant le groupe de comparaison et des pilotes d'Air Canada en fonction de ce que les pilotes font réellement, c.-à-d., répondre à la question de savoir si les caractéristiques des postes des pilotes aux commandes de gros

et de petits aéronefs sont semblables en ce qui concerne les compétences, les connaissances et les responsabilités qui sont requises pour chacun d'entre eux.

[433] Deuxièmement, je rejette la demande d'Air Canada en annulation de la décision du Tribunal selon laquelle elle n'avait pas établi que la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective est une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la LCDP.

[434] Troisièmement, la décision du Tribunal selon laquelle l'APAC n'avait pas établi que la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective est une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la Loi est annulée et renvoyée au même membre instructeur avec les directives suivantes :

- a. L'APAC et Air Canada peuvent faire valoir que la règle de la retraite à l'âge de 60 ans figurant dans la convention collective n'est pas discriminatoire et présenter des éléments de preuve à ce sujet.
- b. L'alinéa 15(1)a) de la LCDP relatif au moyen de défense tiré des EPJ s'applique aux organisations syndicales.
- c. Les éléments de contrainte dont il est question au paragraphe 15(2) de la LCDP ne se limitent pas aux contraintes en matière de sécurité, de santé et de coûts.
- d. Le Tribunal doit appliquer le critère hybride à quatre volets établi dans l'arrêt *Meiorin*, tel qu'il est décrit au paragraphe 220 ci-dessus.
- e. Pour décider si les pilotes constituant le groupe de comparaison subissent une contrainte du fait de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective, le Tribunal doit dûment tenir compte des sujets de

préoccupations que la Cour a décrits ci-dessus, notamment le fait de permettre la production d'éléments de preuve admissibles concernant l'effet des pensions pour déterminer tout effet défavorable causé par l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective.

- f. S'il est établi qu'une contrainte excessive serait subie par les pilotes constituant le groupe de comparaison, le Tribunal ne peut rejeter la plainte contre l'APAC que s'il est convaincu que le maintien de la discrimination fondée sur l'âge dans toutes les circonstances est d'une telle importance qu'une norme moins élevée ne saurait être justifiée.
- g. Comme l'APAC et Air Canada ont la responsabilité conjointe d'avoir adopté la disposition sur la retraite à l'âge de 60 ans, le rejet de la plainte contre l'APAC entraîne le rejet de la plainte contre Air Canada.
- h. Sur consentement, les demandes dans les dossiers T-971-12 et T-979-12 sont rejetées sans frais.

## **VI. LES DÉPENS**

[435] Aucuns dépens ne sont adjugés en ce qui concerne les demandes.



## JUGEMENT

### **LA COUR DÉCIDE :**

1. La demande dans le dossier T-1428-11 est accueillie, et la décision rendue par le Tribunal au sujet de l'âge normal de la retraite est annulée et renvoyée pour nouvel examen par le même membre instructeur. Dans son nouvel examen, le Tribunal devra appliquer de façon disjonctive les facteurs du critère énoncé dans la décision *Vilven*, comme je l'ai dit plus haut. Il devra aussi déterminer les similitudes des caractéristiques des postes des pilotes constituant le groupe de comparaison et des pilotes d'Air Canada en fonction de ce que les pilotes font réellement, c.-à-d., répondre à la question de savoir si les caractéristiques des postes des pilotes aux commandes de gros et de petits aéronefs sont semblables en ce qui concerne les compétences, les connaissances et les responsabilités qui sont requises pour chacun d'entre eux.
2. La demande dans le dossier T-1453-11 est rejetée.
3. La demande dans le dossier T-1463-11 est accueillie, et la décision du TCDP selon laquelle l'APAC n'avait pas établi que la disposition sur la retraite obligatoire figurant dans la convention collective est une EPJ au sens de l'alinéa 15(1)a) et du paragraphe 15(2) de la Loi est annulée et renvoyée au même membre instructeur avec les directives suivantes :
  - a. L'APAC et Air Canada peuvent faire valoir que la règle de la retraite à l'âge de 60 ans figurant dans la convention collective n'est pas discriminatoire et présenter des éléments de preuve à ce sujet.

- b. L'alinéa 15(1)a) de la LCDP relatif au moyen de défense tiré des EPJ s'applique aux organisations syndicales.
- c. Les éléments de contrainte dont il est question au paragraphe 15(2) de la LCDP ne se limitent pas aux contraintes en matière de sécurité, de santé et de coûts.
- d. Le Tribunal doit appliquer le critère hybride à quatre volets établi dans l'arrêt *Meiorin*, tel qu'il est décrit au paragraphe 220 ci-dessus.
- e. Pour décider si les pilotes constituant le groupe de comparaison subissent une contrainte du fait de l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective, le Tribunal doit dûment tenir compte des sujets de préoccupations que la Cour a décrits ci-dessus, notamment le fait de permettre la production d'éléments de preuve admissibles concernant l'effet des pensions pour déterminer tout effet défavorable causé par l'élimination de la disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective.
- f. S'il est établi qu'une contrainte excessive sera subie par les pilotes constituant le groupe de comparaison, le Tribunal ne peut rejeter la plainte contre l'APAC que s'il est convaincu que le maintien de la discrimination fondée sur l'âge dans toutes les circonstances est d'une telle importance qu'une norme moins élevée ne saurait être justifiée.
- g. Comme l'APAC et Air Canada ont la responsabilité conjointe d'avoir adopté la disposition sur la retraite à l'âge de 60 ans, le rejet de la plainte contre l'APAC entraîne le rejet de la plainte contre Air Canada.

4. Sur consentement, les demandes dans les dossiers T-971-12 et T-979-12 sont rejetées sans frais.

« Peter Annis »

---

Juge

Traduction certifiée conforme,

François Brunet, réviseur

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIERS :** T-1428-11  
**INTITULÉS :** ROBERT ADAMSON et autres c AIR CANADA et autres

T-1453-11  
AIR CANADA c ROBERT ADAMSON et autres

T-1463-11  
L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR CANADA c  
ROBERT ADAMSON et autres

T-971-12  
AIR CANADA c ROBERT ADAMSON et autres

T-979-12  
L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR CANADA c  
ROBERT ADAMSON et autres

**LIEU DE L'AUDIENCE :** OTTAWA (ONTARIO)

**DATE DE L'AUDIENCE :** LES 27, 28 ET 29 MAI 2013

**MOTIFS DU JUGEMENT ET  
JUGEMENT :** LE JUGE

ANNIS

**DATE DES MOTIFS :** 27 JANVIER 2014

**COMPARUTIONS :**

Maryse Tremblay  
Fred W. Headon  
Jennifer Black

AIR CANADA

Bruce Laughton

L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR  
CANADA

David Baker  
Raymond Hall

ROBERT ADAMSON ET AUTRES

Daniel Poulin

LA COMMISSION CANADIENNE DES DROITS  
DE LA PERSONNE

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Heenan Blakie SENCRL, SRL  
Montréal (Québec)

POUR AIR CANADA

Laughton & Company  
Vancouver (Colombie-Britannique)

POUR L'ASSOCIATION DES PILOTES D'AIR  
CANADA

David Baker  
Baker Law  
Toronto (Ontario)

POUR ROBERT ADAMSON et autres

Raymond D. Hall  
Avocat  
Winnipeg (Manitoba)

Commission canadienne des droits de  
la personne  
Ottawa (Ontario)

POUR LA COMMISSION CANADIENNE DES  
DROITS DE LA PERSONNE