

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229

David Walter McKinney, Jr. *Appelant*

c.

**Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

Horacio Roque-Nunez *Appelant*

c.

**Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

Syed Ziauddin *Appelant*

c.

**Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

John A. Buttrick *Appelant*

c.

**Bureau des gouverneurs de l'Université York
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

Bernard Blishen *Appelant*

c.

**Bureau des gouverneurs de l'Université York
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

Tillo E. Kuhn *Appelant*

c.

**Bureau des gouverneurs de l'Université York
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

**Hollis Rinehart, en son propre nom et
en celui de tous les autres membres de
l'Association des professeurs de l'Université York**

Appelants

c.

**Bureau des gouverneurs de l'Université York
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

Ritvars Bregzis *Appelant*

c.

**Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et entre

Norman Zacour *Appelant*

c.

**Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto
et le procureur général de l'Ontario**

Intimés

et

**Le procureur général du Canada,
le procureur général de la Nouvelle-Écosse et
le procureur général de la Saskatchewan**
Intervenants

répertorié: mckinney c. université de guelph

N° du greffe: 20747.

1989: 16, 17 mai; 1990: 6 décembre.

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

en appel de la cour d'appel de l'ontario

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Applicabilité de la Charte -- Gouvernement -- L'université fait-elle partie du "gouvernement" avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? -- Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une "loi"? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Droits à l'égalité -- Égalité devant la loi -- Discrimination fondée sur l'âge -- Retraite obligatoire à 65 ans -- La politique de retraite obligatoire est-elle une "loi"? -- Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

* Juge en chef à la date de l'audition.

Droit constitutionnel -- Libertés publiques -- Discrimination fondée sur l'âge -- Protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi ne s'étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans -- La disposition viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? -- Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 -- Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).

Les appelants, huit professeurs et un bibliothécaire des universités intimées, ont présenté des demandes de jugement déclaratoire portant que les politiques des universités sur la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans violent l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, en ne traitant pas les personnes qui ont atteint l'âge de 65 ans de la même manière que les autres, viole également l'art. 15. Ils ont aussi demandé une injonction interlocutoire et permanente et réclamé leur réintégration et des dommages-intérêts. Les politiques de retraite obligatoire ont été établies, selon l'université, par diverses combinaisons de résolutions du conseil, de règlements, de régimes de pensions et de conventions collectives.

Plusieurs appelants ont porté plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, mais la Commission a refusé d'examiner leurs plaintes parce que sa compétence en matière d'emploi est restreinte aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Elle a avisé les appelants qu'elle réexaminerait sa position lorsque la décision relative à la constitutionnalité de l'al. 9a) serait rendue.

La Haute Cour a rejeté la demande des appelants et la Cour d'appel à la majorité a confirmé cette décision. La Cour est appelée à répondre aux cinq questions constitutionnelles suivantes: (1) l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*? (2) Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte*? (3) La

Charte s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées? (4) Si elle s'applique, leurs dispositions respectives sur la retraite obligatoire portent-elles atteinte au par. 15(1)? (5) S'il y a violation du par. 15(1), leurs dispositions respectives sur la retraite obligatoire peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier?

Les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan sont intervenus.

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Gonthier: Le texte du par. 32(1) de la *Charte* indique que la *Charte* se restreint à l'action gouvernementale. Elle est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier. L'exclusion des activités privées de la protection de la *Charte* est un choix délibéré. Soumettre au contrôle judiciaire toutes les actions de nature privée et publique pourrait paralyser le fonctionnement de la société et pourrait imposer un fardeau impossible aux tribunaux. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Bien qu'elle puisse porter atteinte aux droits des particuliers, l'activité privée peut soit être réglementée par le gouvernement soit être assujettie à des commissions des droits de la personne et autres organismes créés pour la protection de ces droits. En limitant l'application de la *Charte* au Parlement et aux législatures ainsi qu'aux branches exécutive et administrative du gouvernement dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, notre Cour s'est appuyée non seulement sur le sens général du terme gouvernement, mais également sur la manière dont on a utilisé les mots dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le fait qu'une entité soit créée par une loi et se voie conférer les attributs juridiques d'une personne physique ne suffit pas à assujettir ses actions à la *Charte*. La *Charte* n'avait pas pour but de s'appliquer aux activités des entités non gouvernementales créées par le gouvernement pour aider légalement les particuliers à poursuivre les activités de leur choix.

Les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public et certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l'art. 32. Ce qui justifie l'exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics.

Le fait qu'une université fournisse un service public ne signifie pas qu'elle fait partie du gouvernement. Le critère de l'objet public est simplement inadéquat. Il regorge de difficultés et d'incertitudes et n'est pas exigé par l'art. 32. Bien que la *Charte* ne soit pas limitée aux entités qui remplissent des fonctions de nature essentiellement gouvernementale, il ne faudrait pas se contenter de démontrer qu'elles se sont adonnées à des activités ou à la fourniture de services qui relèvent de la compétence législative des gouvernements fédéral ou provinciaux.

Les universités sont légalement autonomes. Elles ne sont pas des organes du gouvernement même si leur champ d'action est restreint soit par des règlements soit parce qu'elles dépendent des fonds du gouvernement. Chacune a son corps dirigeant, dirige ses propres affaires, répartit ses fonds et poursuit ses propres objectifs dans les limites de sa loi constitutive. Chacune est maîtresse chez elle quant à l'embauche des professeurs. Le gouvernement n'a aucun pouvoir de les régir. Leur autonomie en droit est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société. Toute tentative du gouvernement d'influencer les décisions des universités, particulièrement celles qui concernent la nomination, la permanence et le renvoi de membres

du personnel enseignant, ferait l'objet d'une opposition acharnée de la part des universités puisque cela pourrait conduire à des violations de la liberté universitaire.

Les universités intimées ne font pas partie de l'appareil gouvernemental, de sorte que leurs actions ne relèvent pas de la *Charte*. Elles ne mettaient pas en œuvre une politique gouvernementale en prévoyant la retraite obligatoire. Cependant, si les universités faisaient partie de l'appareil du "gouvernement" au sens du par. 32(1) de la *Charte*, leurs politiques en matière de retraite obligatoire enfreindraient l'art. 15 de la *Charte*.

Pour que l'art. 15 de la *Charte* s'applique, l'inégalité dont on se plaint doit découler de la "loi". Si les universités faisaient partie de l'appareil gouvernemental, leurs politiques en matière de retraite obligatoire équivalaient à une loi aux fins de l'art. 15 de la *Charte*. En fait, dans la plupart des cas, les universités ont adopté ces politiques d'une manière formelle. Le fait que les employés les aient acceptées ne devrait pas modifier leur qualification de loi, même si cela était un facteur à considérer pour décider si, dans les circonstances, la violation constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'acceptation d'une obligation contractuelle pourrait bien, dans certaines circonstances, constituer une renonciation à un droit reconnu par la *Charte*, surtout dans un cas comme la retraite obligatoire qui n'impose pas seulement des obligations, mais qui procure aussi des avantages aux employés. Dans l'ensemble toutefois, une telle entente devrait normalement être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier, particulièrement dans le cas d'une convention collective, qui peut ou non gagner vraiment la faveur des employés victimes de la discrimination.

Dans l'hypothèse où ces politiques constituent une loi, elles sont discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*, étant donné l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, puisque la distinction est fondée sur la caractéristique personnelle de l'âge énumérée dans cette disposition. La *Charte* confère une protection non seulement contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Le critère de la situation analogue n'a pas survécu à l'arrêt *Andrews*.

La distinction en l'espèce faite dans les politiques des universités, quoique fondée sur un motif énuméré au détriment de personnes de 65 ans et plus, constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* quant au droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

La combinaison des objectifs des dispositions contestées satisfait au "critère des objectifs". L'excellence en matière d'études supérieures est un objectif admirable et devrait être favorisée. La protection de la liberté universitaire est également un objectif dont l'importance est urgente et réelle.

La retraite obligatoire a un lien rationnel avec les objectifs recherchés. Elle est intimement liée au système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire et assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées. Cela garantit l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire` réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu.

Pour évaluer s'il y a eu atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution, il faut évaluer non seulement la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus, mais également la répartition de ressources limitées -- dans ce cas l'accès à des installations de recherche ou autres. Les universités étaient raisonnablement fondées à conclure que la retraite obligatoire portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu de ses objectifs urgents et réels. Au préjudice que subissent les personnes visées, il faut opposer le bénéfice que tire la société des politiques universitaires. La liberté universitaire et l'excellence sont essentielles à la vitalité de notre démocratie. Le renouvellement du corps professoral est nécessaire et garantit l'injection de nouvelles personnes et de nouvelles idées, une meilleure combinaison de professeurs plus jeunes et plus âgés qui est une caractéristique souhaitable d'un corps enseignant, ainsi qu'un meilleur accès aux installations de recherche exceptionnelles des universités, qui sont indispensables pour faire reculer les frontières du savoir. Si la retraite obligatoire a des effets préjudiciables sur le groupe visé, elle comporte aussi de nombreux aspects compensatoires comme l'enrichissement du milieu de travail accompagné d'une grande liberté universitaire avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement. Ils font partie du "marché" que comporte l'acceptation d'un poste permanent, un marché que recherchent les associations de professeurs et d'autres groupes.

Les effets des politiques des universités en matière de retraite obligatoire ne sont pas sévères au point de l'emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement. Les mêmes facteurs doivent être soupesés dans l'examen des effets préjudiciables.

À la suite d'une longue histoire, la retraite obligatoire à 65 ans est devenue la norme et fait maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays. Cela a des répercussions profondes sur l'organisation des régimes de retraite, sur l'équité et la permanence dans le milieu du travail et sur les chances d'emploi pour les autres. Telle était la situation

lorsque l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* a été adopté et lorsque la *Charte* est entrée en vigueur. Ces facteurs sont à considérer dans un examen fondé sur la *Charte*.

L'analyse de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, selon l'article premier ne peut pas être restreinte au contexte universitaire comme l'a fait la juridiction inférieure. En l'espèce, les appelants ont été privés de la protection du Code non pas parce qu'ils étaient des professeurs d'université, mais parce qu'ils avaient 65 ans ou plus. Restreindre l'examen de son application au contexte universitaire serait incompatible avec le premier élément du critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*.

L'objectif de l'al. 9a) et de l'art. 4 du *Code des droits de la personne, 1981* est d'étendre la protection contre la discrimination aux personnes d'une catégorie d'âge particulière à l'origine aux personnes de 45 à 65 ans. Les personnes âgées de plus de 65 ans bénéficiaient de nombreux autres programmes sociaux. En adoptant cette disposition, le législateur a soupesé, d'une part, la préoccupation tenant à l'absence de protection après l'âge de 65 ans et, d'autre part, la crainte qu'un changement puisse obliger à reporter la date de la retraite et à retarder ses avantages pour les travailleurs plus âgés, le marché du travail et les régimes de retraite. À supposer que le critère de proportionnalité puisse être respecté, ces raisons justifient la suppression du droit constitutionnel à la même protection de la loi. Le législateur a aussi considéré l'effet sur les jeunes travailleurs, mais la preuve sur ce point est conjecturale et on ne devrait pas lui accorder trop de poids.

La Loi a un lien rationnel avec ses objectifs comme cela ressort des considérations visant à déterminer si elle porte "le moins possible atteinte" au droit à l'égalité. L'examen du caractère approprié de la conduite prudente du législateur exige que l'on reconnaisse qu'elle était motivée par le souci que la transition des valeurs s'effectue de façon ordonnée. La

résolution des Nations Unies visant à décourager la discrimination fondée sur l'âge justifie sa recommandation en la limitant par la condition que cela soit fait "partout et dans tous les cas où la situation générale le permet."

La retraite obligatoire porte "le moins possible" atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Les origines historiques de la retraite obligatoire à 65 ans et son évolution comme élément important de l'organisation du milieu du travail sont très pertinentes dans cette évaluation. De plus, les répercussions de l'abolition de la retraite obligatoire se feraient sentir dans tous les aspects du rôle du personnel auquel elle est intimement liée: l'embauche, la formation, les renvois, la surveillance et l'évaluation, et la rémunération. Le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes et il était en droit de faire un choix et d'agir avec prudence en apportant des modifications. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, la question que doit examiner la Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

Les préoccupations au sujet de la retraite obligatoire ne portent pas sur de simples questions de commodité administrative relativement à un petit pourcentage de la population. Elles portent plutôt sur les répercussions qu'aurait la suppression d'une règle qui est généralement avantageuse pour les travailleurs sur les objectifs impérieux que vise le législateur. La retraite obligatoire n'est pas une politique du gouvernement au sujet de laquelle la *Charte* peut être invoquée directement. Il s'agit d'une entente négociée dans le secteur privé et elle ne peut relever de la *Charte* que de façon indirecte parce que le législateur a tenté de protéger, et non pas de contester, une valeur reconnue par la *Charte*. La disposition en question n'a aucun objet discriminatoire.

La loi reflète simplement une politique facultative qui permet à ceux qui travaillent dans divers domaines du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une politique gouvernementale ni d'une condition imposée aux employés. Elle avait l'appui des universités et des organisations syndicales.

Pour les mêmes considérations analysées relativement à la question de l'atteinte minimale, il y a proportionnalité entre les effets de l'al. 9a) du Code sur le droit garanti et les objectifs de la disposition. Le législateur a voulu accorder une protection à un groupe qu'il estimait être celui qui en avait le plus besoin et il a exclu les autres en raison de considérations logiques et sérieuses dont il était raisonnablement fondé à croire qu'elles porteraient sérieusement atteinte aux droits des autres. Un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit pouvoir adopter des mesures progressives pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de les traiter dans leur ensemble.

La ligne de démarcation est raisonnable et convenablement définie en fonction de l'âge, même si l'âge est un motif de discrimination prohibé. Ce point précis n'a pas été soumis à la Cour. En autorisant les programmes de promotion sociale en vertu du par. 15(2), la *Charte* reconnaît elle-même que des mesures légitimes prises pour traiter des problèmes d'inégalité peuvent elles-mêmes créer des inégalités. L'article premier de la *Charte* devrait donc permettre d'apporter des solutions partielles à la discrimination lorsqu'il existe des motifs raisonnables de limiter une mesure.

Le fait que la *Charte* remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de régler et de promouvoir la cause des droits de la personne dans le secteur privé incite à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du choix du législateur. De façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit.

Le juge Sopinka: Le juge Sopinka souscrit aux raisons qu'invoque le juge La Forest pour conclure que l'université n'est pas une entité gouvernementale aux fins de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les fonctions principales d'une université ne sont pas gouvernementales et ne sont donc pas directement assujetties à la *Charte*. Cela s'applique *a fortiori* aux rapports qu'entretient l'université avec son personnel qui, dans le cas des présents pourvois, reposent sur une base consensuelle.

La réponse à la question de savoir si les politiques et les pratiques des universités en matière de retraite obligatoire sont une loi ne peut reposer sur l'hypothèse que les universités sont des organismes gouvernementaux. En tentant de classer la conduite d'une entité dans une affaire donnée, il est important de savoir d'abord qu'il s'agit d'un organisme gouvernemental et deuxièmement qu'elle agit en cette qualité à l'égard de la conduite que l'on cherche à assujettir à un examen fondé sur la *Charte*. Le rôle de la *Charte* est de protéger l'individu contre le pouvoir coercitif de l'État. Il doit y avoir un élément de coercition pour que les dispositions adoptées par une institution puissent être qualifiées de loi. Pour décider en l'espèce si les

politiques et pratiques relatives à la retraite obligatoire sont une loi, il faudrait présumer que des facteurs hautement pertinents sont présents. Une telle décision reposerait sur des considérations entièrement artificielles et ne ferait que déformer la loi. La conclusion que la retraite obligatoire est justifiée en vertu de l'article premier est plus conforme aux principes démocratiques que la *Charte* est destinée à maintenir. Une décision contraire imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit.

Le juge Cory: Les critères proposés par le juge Wilson pour déterminer si les entités dont il est évident en soi qu'elles ne font pas partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement font néanmoins partie du gouvernement auquel s'applique la *Charte*, sont adoptés. Les conclusions du juge Wilson que les universités font partie du "gouvernement" pour les fins de l'art. 32 de la *Charte* et que leurs politiques de mise à la retraite obligatoire sont sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 et qu'elles contreviennent à l'art. 15 parce qu'elles établissent une discrimination fondée sur l'âge, sont également adoptées. Ces politiques survivent cependant à un examen fondé sur l'article premier de la *Charte*. Même si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, il constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier.

Le juge Wilson (dissidente): En vertu de l'art. 32, la *Charte* s'applique à la législation au sens large et aux actions de la branche exécutive ou administrative du gouvernement. Elle ne s'applique pas aux litiges entre particuliers en l'absence de tout lien avec le gouvernement. La distinction entre l'action gouvernementale et l'action privée peut être difficile à établir dans certaines circonstances, mais le texte de la *Charte* doit aussi être respecté. La *Charte* n'a pas

été conçue comme un moyen subsidiaire aux lois sur les droits de la personne pour ce qui est de résoudre des cas de discrimination privée.

La notion selon laquelle le gouvernement ne fait que restreindre la liberté des gens n'est pas valide au Canada. Le gouvernement a également joué un rôle salubre. La liberté ne correspond pas à l'absence d'intervention gouvernementale; au contraire, elle requiert souvent l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

Il ne faut pas s'appuyer sur une notion d'intervention minimale de l'État pour justifier une interprétation restrictive de mots "gouvernement" et "action gouvernementale". De nos jours, les gouvernements doivent remplir plusieurs rôles vis-à-vis de ses citoyens, certains de ces rôles ne pouvant être remplis le mieux possible par l'appareil gouvernemental lui-même. Il ne faut pas laisser la forme l'emporter sur le fond: il ne faut pas laisser contourner les dispositions de la *Charte* en autorisant la création d'une entité distincte chargée de remplir ce rôle. Nous devons examiner la nature des rapports entre cette entité et le gouvernement pour déterminer si ses actes sont vraiment ceux d'un gouvernement.

Il faut se poser les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, pour déterminer si elles sont assujetties à la *Charte*: (1) La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question? (2) L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État? (3) L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

Chacune des questions identifie des aspects du gouvernement dans son contexte contemporain. Une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions constituerait un indice sérieux, mais rien de plus, qu'il s'agit d'une entité qui fait partie du gouvernement. Les parties peuvent expliquer pourquoi l'organisme en question ne fait pas partie du gouvernement ou, dans le cas d'une réponse négative, pourquoi quelque autre aspect que les questions formulées précédemment ne visent pas fait en sorte qu'elle fasse partie du gouvernement.

En raison des divers liens qui existent entre la province et les universités, l'État exerce un contrôle important sur les universités au Canada. Il exerce ce contrôle: (1) par une participation considérable au financement, (2) par la nature législative de leur organisation, (3) par l'assujettissement de certains processus de décision à l'examen judiciaire et (4) par des politiques et programmes exigeant l'approbation du gouvernement.

Le gouvernement n'a pas été mêlé directement à la politique de mise à la retraite obligatoire établie par les universités. Cependant, il n'est pas essentiel d'établir un lien précis entre l'action contestée et le gouvernement. Les politiques et pratiques internes des universités devraient se conformer aux préceptes de la Constitution. Le principe de la liberté académique, qui a une portée restreinte et qui protège seulement contre la censure des idées, n'est pas incompatible avec le contrôle administratif exercé par l'État dans d'autres domaines.

À tous les niveaux, l'éducation a été traditionnellement une fonction du gouvernement au Canada comme l'indiquent les lois adoptées à ce sujet avant et après la Confédération. Les universités exercent une fonction publique importante que le gouvernement veut voir exercer et dont il estime avoir la responsabilité de veiller à ce qu'elle soit exercée. Les universités font donc partie du "gouvernement" pour les fins de l'art. 32 de la *Charte* et leurs politiques de retraite obligatoire sont donc sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 15 est déclaratoire des droits de tous à l'égalité dans le système judiciaire. Si la garantie d'égalité n'est pas respectée par ceux à qui la *Charte* s'applique, les tribunaux doivent remédier à cette inégalité.

Le terme "loi" à l'art. 15 devrait recevoir une interprétation libérale qui englobe à la fois l'activité législative et les politiques et pratiques même si elles sont adoptées à la suite d'un consensus. La garantie d'égalité s'applique sans égard à la forme particulière de discrimination. La discrimination, qu'elle soit consciente ou non, se manifeste souvent par des pratiques plutôt informelles. L'article 15 n'exige donc pas de chercher une "loi" discriminatoire au sens strict, mais simplement de chercher une discrimination qui doit être corrigée par la loi.

Il n'est pas absolument nécessaire que notre Cour parvienne en l'espèce à une conclusion définitive sur cet aspect de l'art. 15. En vertu de l'interprétation plus libérale du terme "loi", les politiques à l'origine de la retraite obligatoire constituent une "loi" au sens de l'art. 15. Même en vertu de l'interprétation la plus restrictive du terme "loi", la discrimination découle des lois habilitantes des universités et, en conséquence, l'atteinte au droit à l'égalité s'est produite de l'une des façons interdites.

Toutes les façons auxquelles les universités ont eu recours pour imposer la retraite obligatoire constituent des "règles exécutoires" au sens large. Cela ne change rien que certaines règles découlent d'un processus de négociation collective. C'était en fait la loi du milieu du travail. La retraite obligatoire établit une distinction réelle et voulue entre différentes personnes ou groupes de personnes et cette distinction constitue de la discrimination.

La garantie d'égalité vise à promouvoir la dignité humaine. Cette garantie porte essentiellement sur ces modes de discrimination que sont les stéréotypes et les préjugés et elle vise à protéger contre ces fléaux. Le caractère central de la notion de "préjugé" explique pourquoi le critère de la situation analogue n'a pas sa place dans la jurisprudence sur l'égalité.

Les motifs énumérés à l'art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la société a enfin reconnus comme tels. Leur caractéristique commune est le désavantage et la vulnérabilité sur les plans politique, social et juridique.

Le simple fait que la distinction soit fondée sur l'âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irréfutable de préjugé. Il nous amène plutôt à nous poser certaines questions. Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de la dignité humaine est-il en cause? Les professeurs sont-ils tenus de prendre leur retraite à 65 ans pour le motif non fondé qu'il y a diminution de la compétence et des capacités intellectuelles avec l'âge? La réponse à ces questions est oui et, en conséquence, l'art. 15 est violé.

Les universités détiennent leur pouvoir en matière de relations de travail avec les professeurs et les employés en vertu de leurs lois habilitantes qui, en elles-mêmes, ne violent pas la *Charte*. La mesure prise conformément à ces dispositions a entraîné la violation. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer précisément si les politiques concrètes qui imposent la retraite à 65 ans constituent une "règle de droit" au sens de l'article premier. Si les mesures qui prévoient la retraite obligatoire ne sont pas raisonnables et si leur justification ne peut se démontrer, elles ne relèvent pas du pouvoir des universités et doivent être annulées.

Les politiques de retraite obligatoire ne peuvent satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Ce critère est satisfait lorsque les autres moyens de traiter l'objectif avoué du gouvernement ne sont pas clairement meilleurs que le moyen adopté par le gouvernement. Il y a de meilleurs moyens en l'espèce.

En période de restrictions budgétaires, la concurrence à l'égard des ressources limitées constituera presque toujours un facteur de la répartition des bénéfices par le gouvernement. En outre, la reconnaissance des droits et libertés constitutionnels de certains dans ces circonstances comportera presque inévitablement un prix que d'autres auront à payer. Dire de ce prix qu'il justifie une négation des droits constitutionnels des appelants reviendrait à vicier complètement l'objectif de la consécration des droits et libertés dans la Constitution. Toutefois, les circonstances peuvent faire en sorte que d'autres facteurs militent contre l'ingérence des tribunaux lorsque le législateur a tenté de répartir équitablement les ressources. Même si les seules contraintes financières étaient suffisantes pour justifier une interprétation plus souple du critère de l'atteinte minimale, les faits de l'espèce ne justifient pas l'application de cette norme d'examen.

La norme qui est présumée s'appliquer est celle de l'arrêt *Oakes* et ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la rigueur du critère de l'arrêt *Oakes* devrait être assouplie. Les universités intimées n'ont pas réussi à démontrer que l'application d'un critère plus souple en vertu de l'article premier était approprié. Même si ce critère était approprié, on n'a pas satisfait à cette norme. Il existe des moyens clairement meilleurs comme en fait foi le succès des méthodes de rechange.

Les jeunes professeurs ne font pas partie du genre de groupe vulnérable envisagé dans les arrêts qui ont appliqué un critère plus souple de l'atteinte minimale. Leur exclusion découle

seulement de la politique de restriction budgétaire du gouvernement, mais non du fait qu'ils sont jeunes ou de la nature de leur rapport avec les universités.

Compte tenu de la nature des motifs pour lesquels la discrimination est interdite à l'art. 15 et du fait que les droits à l'égalité sont au cœur même de la *Charte*, il y a lieu de douter que les citoyens devraient être autorisés à renoncer à ces droits par contrat. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère à la Cour un large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste, y compris le genre de redressement demandé par les appelants. Les principes ordinaires du droit des contrats ne doivent pas nécessairement dicter quelles sont les réparations convenables et justes au sens du par. 24(1). Les tribunaux devraient s'efforcer de préserver les accords tout en les débarrassant de leurs éléments inconstitutionnels.

La réintégration est une façon convenable et juste de réparer le tort fait aux appelants vu la rareté des postes d'enseignement et de la difficulté d'aller ailleurs. Il est convenable d'accorder des dommages-intérêts compensatoires puisque la perte de revenus et d'avantages résulte de la violation des droits qu'ont les appelants en vertu de l'art. 15. L'indemnisation des pertes qui découlent directement de la violation de droits constitutionnels devrait normalement être accordée sous réserve de raisons sérieuses contraires. Le manque d'argent et la bonne foi ne peuvent servir de justification valable pour refuser d'accorder des dommages-intérêts compensatoires.

Il n'y a pas lieu d'accorder d'injonction interlocutoire ou permanente. Les appelants sont rétablis dans leur situation en raison du jugement déclaratoire, de l'ordonnance de réintégration et de l'attribution de dommages-intérêts compensatoires.

L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* enfreint l'art. 15 de la *Charte* parce qu'il prive les employés âgés de plus de 65 de toute protection contre la discrimination en matière d'emploi. Lorsque le gouvernement décide d'accorder une protection, il doit le faire d'une manière non discriminatoire et, en l'espèce, la province a omis de le faire. Dans le domaine de la législation en matière de droits de la personne, l'examen en vertu de la *Charte* devrait être plus sévère, et non moins sévère, que pour les autres genres de législations. En ne protégeant pas ces travailleurs, le Code a 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.

L'alinéa 9a) en entier doit être invalidé. L'alinéa ne fait pas que permettre la retraite obligatoire, qui est l'objectif avoué du législateur, il a aussi pour effet de permettre toutes formes de discrimination fondées sur l'âge envers les personnes âgées de plus de 65 ans. Le volet du lien rationnel énoncé dans l'arrêt *Oakes* n'est donc pas satisfait. En choisissant la bonne solution de la contestation constitutionnelle, la Cour doit tenir compte de l'étendue de l'incompatibilité de la disposition avec la *Charte*.

De toute façon, l'al. 9a) ne survivrait pas au deuxième volet du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Si la majorité des personnes touchées par une loi subissent un préjudice démesurément grave par suite de la violation de leurs droits, la loi contestée ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes visées par celle-ci. Même s'il est acceptable que des citoyens écartent par entente leurs droits fondamentaux en échange d'un gain

économique, il reste que la majorité des travailleurs de la province n'ont pas accès à de tels arrangements.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les universités ne possèdent peut-être pas tous les éléments de nature gouvernementale nécessaires pour être considérées comme des organismes publics, mais elles ne sont pas non plus de nature entièrement privée. Leurs décisions internes sont sujettes au contrôle judiciaire et leur création, leur financement et leur fonctionnement sont régis par des lois. Certaines fonctions publiques exécutées par les universités peuvent justifier un contrôle fondé sur la *Charte*.

Le fait que les universités sont financées de façon substantielle sur les fonds publics ne peut être facilement écarté mais l'ampleur du financement ne prouve pas que le gouvernement exerce un contrôle sur les contrats de travail en l'espèce qui les assujettirait à un examen fondé sur la *Charte*. Le régime de retraite obligatoire n'a pas été adopté en raison d'un mandat du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. En outre, ce sont des contrats privés d'emploi de l'université que l'on prétend être en conflit avec la *Charte* et non les fonctions publiques qui lui ont été déléguées.

Le test général proposé par le juge Wilson quant à l'étendue du gouvernement et de l'action gouvernementale aux fins du par. 32(1) de la *Charte* devrait être retenu. Les universités ne peuvent cependant être qualifiées de gouvernement en vertu de ce test, essentiellement pour les motifs exposés par le juge La Forest. L'analyse historique conduit à la même conclusion que la méthode fonctionnelle: les universités canadiennes ont toujours féroce ment défendu leur indépendance. Le mot "gouvernement", suivant le sens qu'on lui attribue généralement n'a jamais englobé les universités telles qu'elles étaient et telles qu'elles sont actuellement constituées. Il n'est donc pas nécessaire de répondre aux questions 4 et 5.

L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* constitue une discrimination déraisonnable et injuste fondée sur l'âge envers les personnes de plus de 65 ans en violation du par. 15(1) de la *Charte*. Il constitue un obstacle arbitraire et artificiel qui empêche des personnes âgées de plus de 65 ans de porter plainte contre une discrimination en matière d'emploi.

La violation du par. 15(1) ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Il n'existe aucune preuve convaincante que la retraite obligatoire et le système de permanence sont étroitement liés. La valeur de la permanence est menacée par l'incompétence et non par le vieillissement. La présomption d'une incapacité d'enseigner à 65 ans n'est pas bien fondée. L'écart entre les capacités physiques et intellectuelles parmi les différents groupes d'âge peut être amplement compensée par une plus grande expérience, une plus grande sagesse et des compétences plus étendues acquises au cours des années. La politique de retraite obligatoire ne répond donc pas à un objectif réel et urgent.

Même en supposant qu'un objectif légitime existe, les moyens utilisés sont trop envahissants. Les personnes de plus de 65 ans sont exclues de la protection du Code seulement en raison de leur âge et, indépendamment des circonstances, sont privées du recours à des lois protectrices et réparatrices en matière de droits de la personne. Depuis l'époque où l'âge de la retraite a été fixé à 65 ans, les progrès de la science médicale et l'amélioration des conditions de vie ont considérablement augmenté l'espérance de vie et amélioré la qualité de vie. Une petite "élite" peut se permettre de prendre sa retraite, mais ce sont les pauvres qui souffrent le plus cruellement des effets néfastes de la retraite obligatoire. Les femmes sont particulièrement touchées car elles sont moins susceptibles de bénéficier de pensions de retraite suffisantes. Il n'y a pas de justification raisonnable à un régime fixant à 65 ans l'âge de la retraite obligatoire.

L'alinéa 9a) du Code peut en être retranché et devrait donc être entièrement invalidé pour cause d'inconstitutionnalité.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt examiné: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; **distinction d'avec l'arrêt:** *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii); **arrêts mentionnés:** *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974); *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; *Greenya v. George Washington University*, 512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975); *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982); *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c.*

Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Lamb v. Scripps College*, 627 F.2d 1015 (1980); *Palmer v. Ticcione*, 576 F.2d 459 (1978); *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573; *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967); *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1988] 2 W.W.R. 718; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165; *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Behram Khurshid v. State of Bombay*, A.I.R. (42) 1955 Supreme Court 123; *Bashesar Nath v. Commissioner of Income-tax*, A.I.R. (46) 1959 Supreme Court 149; *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Bute v. Illinois*, 333 U.S. 640 (1948); *Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1 (1966); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Haddad v. U.S.*, 349 F.2d 511 (1965); *Zap v. United States*, 328 U.S. 624 (1946); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

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

Harelkin c. Université de Regina, [1979] 2 R.C.S. 561; *Harrison v. Univ. of B.C.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Headly c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Alberta (Human Rights Commission) c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

Lois et règlements cités

Act concerning Schools and Schoolmasters, S.N.S. 1766, ch. 7.

Act for the encouragement of education, S.P.E.I. 1852, ch. 13.

Act respecting Public Schools, S.O. 1877, ch. 204.

Act respecting the Education Department, S.O. 1877, ch. 203.

Act respecting The School of Practical Science, S.O. 1877, ch. 212.

Act respecting the University of Toronto, S.O. 1877, ch. 210.

Act respecting University College, S.O. 1877, ch. 209.

Act to amend and consolidate the Law relating to the Council of Public Instruction, the Normal Schools, Collegiate Institutes and High Schools, S.O. 1874, ch. 27.

Act to amend and consolidate the Public School Law, S.O. 1874, ch. 28.

- Act to consolidate and amend the several laws relating to education*, S.P.E.I. 1861, ch. 36.
- Act to enable the Corporation of the Royal Institution for the Advancement of Learning, to dispose of certain portions of Land, for the better support of the University of McGill College*, S.L.C. 1844-45, ch. 78.
- Act to Improve the Common and Grammar Schools of the Province of Ontario*, S.O. 1871, c. 33.
- Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province [Common Schools Act]*, S. Prov. C. 1841, ch. 18.
- Acte du revenu de l'intérieur*, 1875, S.C. 1874, ch. 8.
- Acte pour approprier les revenus provenant des Biens des Jésuites pour l'année mil-huit-cent quarante-six*, S.B.-C. 1846, ch. 59.
- Acte pour faciliter l'Établissement et la Dotation d'Écoles Élémentaires dans les Paroisses de cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 1.
- Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'avancement de l'Éducation Supérieure, et pourvoir à l'établissement et au soutien d'Écoles Normales dans le Bas Canada, et pour d'autres fins*, S.B.-C. 1856, ch. 54.
- Acte pour incorporer le Collège de Chambly*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 4.
- Acte pour l'Établissement d'Écoles Gratuites, et l'Avancement des Sciences dans cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 2.
- Acte pour mieux établir et maintenir les Écoles Publiques dans le Haut-Canada, et révoquer l'acte des écoles actuel*, S. Prov. C. 1849, ch. 83.
- Acte pour pourvoir à l'établissement d'Écoles Normales, Actes et ordonnances révisés du Bas-Canada*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 3.
- Age Discrimination Act*, S.O. 1966, c. 3.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1-4, 7-20, 24, 32, 33.
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, ch. 6.
- Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5(9)c) [mod. 1977-78, ch. 27, art. 21].
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234.1(1), 235(1), 236(1).
- Code des droits de la personne*, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 4(1), 9a), 10a), 19(2), 23.
- Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32.
- Consolidated Public School Act, 1876*, S.B.C., 1876, ch. 142.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 RTNU 221.

Creameries and Dairies Regulation Act, S.B.C. 1920, ch. 23.

De l'instruction publique, S.R.Q. 1888, Titre V, art. 1860 à 2288.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948).

Fair Accommodation Practices Act, 1954, S.O. 1954, ch. 28.

High Schools Act, S.O. 1877, ch. 205.

Human Rights Code Amendment Act, S.O. 1972, ch. 119.

Industrial Schools Act, S.O. 1877, ch. 213.

Laurentian University of Sudbury Act, 1960, S.O. 1960, ch. 151 [abr. & rempl. 1961-62, ch. 154, art. 1 à 7].

Loi constitutionnelle de 1867, art. 93.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi d'arrangement entre cultivateurs et créanciers, 1934, S.C. 1934, ch. 53.

Loi de 1983 sur l'attribution de grades universitaires, 1983, L.O. 1983, ch. 36.

Loi de 1987 sur l'équité salariale, L.O. 1987, ch. 34.

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148.

Loi des aliments et drogues, 1920, S.C. 1920, ch. 27.

Loi des pensions de vieillesse, 1927, S.C. 1926-27, ch. 35.

Loi sur l'égalité des salaires, L.M. 1985-86, ch. 21.

Loi sur l'immersion de déchets en mer, L.R.C. (1985), ch. O-2.

Loi sur l'organisation du marché des produits naturels, 1934, S.C. 1934, ch. 57.

Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935, S.C. 1935, ch. 59.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11.

Loi sur la limitation des heures de travail, S.C. 1935, ch. 63.

Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique, L.R.C. (1985), ch. C-32.

Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques, L.R.C. (1985), ch. A-12.

Loi sur la procédure de révision judiciaire, L.R.O. 1980, ch. 224.

Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 249.

Loi sur la sécurité des véhicules automobiles, L.R.C. (1985), ch. M-10.

Loi sur le ministère des Collèges et Universités, L.R.O. 1980, ch. 272.

Loi sur le placement et les assurances sociales, S.C. 1935, ch. 38.

Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels, S.C. 1935, ch. 14.

Loi sur les contaminants de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. E-12.

Loi sur les dispositifs émettant des radiations, L.R.C. (1985), ch. R-1.

Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, ch. 453.

Loi sur les pouvoirs des universités en matière d'expropriation, L.R.O. 1980, ch. 516.

Loi sur les produits dangereux, L.R.C. (1985), ch. H-3.

Loi sur les salaires minima, S.C. 1935, ch. 44.

Manitoba School Act, R.S.M. 1880, ch. 62.

Milk, Cheese and Butter Act, S.O. 1908, ch. 55.

Of Public Instruction, R.S.N.S. 1873, ch. 32.

Ontario Human Rights Code, 1961-62, S.O. 1961-62, ch. 93.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 RTNU 171.

Pay Equity Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-2.

Public Schools' Act, 1877, S.P.E.I. 1877, ch. 1.

Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, ch. 35.

School Ordinance, C.O.N.W.T. 1898, ch. 75.

Schools Act, C.S.N.B. 1877, ch. 65.

Social Security Act, 49 Stat. 620.

Société d'industrie laitière, L.Q. 1921, ch 37.

29 U.S.C. {SS}{SS} 621-634 (1976).

University of Guelph Act, 1964, S.O. 1964, ch. 120.

University of Toronto Act, 1971, S.O. 1971, ch. 56, art. 2(3), 2(14)b), c).

York University Act, 1965, S.O. 1965, ch. 143.

Doctrine citée

Abbott, Harry. *A Treatise on the Railway Law of Canada*. Montreal: C. Theoret, 1896.

Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Abella, Rosalie S. "Limitations on the Right to Equality Before the Law," in Armand de Mestral, et al., eds., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*. [*La Limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé.*] Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1986.

Atcheson, M. Elizabeth and Lynne Sullivan, "Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds. *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.

Baggaley, Carman D. *The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1981.

Bazelon, David L. "Civil Liberties -- Protecting Old Values in the New Century" (1976), 51 *N.Y.U. L. Rev.* 505.

Beatty, David. "Constitutional Conceits: The Coercive Authority of Courts" (1987), 37 *U.T.L.J.* 183.

Berle, Adolf A., Jr. "Constitutional Limitations on Corporate Activity -- Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power" (1952), 100 *U. Pa. L. Rev.* 933.

Black, William and Lynn Smith. "Note" (1989), 68 *R. du B. can.* 591.

Canada. Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement. *Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1962.

Canada. Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité. *Recommandations de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité*. (Commission Lambert). Ottawa: vérificateur général du Canada, 1980.

Canada. Parlement. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Première session de la trente-deuxième législature. Ottawa: 1980-81.

- Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*. Third Session, Ninth Parliament. Ottawa: King's Printer, 1903.
- Canada. Parlement. Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous*. Ottawa: 1985.
- Canada. Sénat. Comité spécial du Sénat sur les politiques relatives à l'âge de la retraite. *Retraite sans douleur*, 1979.
- Canadian Labour Congress, Resolution No. 377, 1980.
- Chemerinsky, Erwin. "Rethinking State Action" (1985), 80 *Nw. U.L. Rev.* 503.
- Commission on the Government of the University of Toronto. Report of The Commission on the Government of the University of Toronto. *Toward Community in University Government*. Toronto: University of Toronto Press, 1970.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (1953).
- Corry, J. A. *L'expansion des services administratifs depuis la Confédération*. Étude préparée pour la Commission royale des relations entre le dominion et les provinces. Ottawa. 1939.
- de Montigny, Yves. "Section 32 and Equality Rights", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Dorman, Robert. *A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937*. Ottawa: 1938.
- Eberts, Mary. "Sex-based Discrimination and the Charter", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Etherington, Brian. Comment. "*Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 66 *R. du B. can.* 818.
- Finkelstein, Neil. "Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience," [1985-86] *Advocates' Q.* 188.
- Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
- Gibson, Dale. "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Toronto: Carswells, 1986.
- Gibson, Dale. "What did Dolphin Deliver?" dans Gérard-A. Beaudoin, éd., *Vos clients et la Charte -- Liberté et égalité*. Association du Barreau canadien. Montréal: 1987.

- Gibson, Dale et Scott. "La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.
- Gold, Marc. "Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia*" (1988-89), 34 *McGill L.J.* 1063.
- Graebner, W. *A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980.
- Gunderson, Morley. *Eliminating Mandatory Retirement: Economic and Human Rights*. Gunderson and Pesando eds. Toronto: Faculty of Management Studies, University of Toronto, 1980.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Hogg, Peter W. "*The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action*" (1986-87), 51 *Sask. Law Rev.* 273.
- Howse, Robert. "*Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law*" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 248.
- Kertzer, Susan Dana. "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement" (1981), 33 *Me. L. Rev.* 157
- Mackintosh, W. A. *The Economic Background of Dominion-Provincial Relations*. Toronto: McClelland and Stewart Limited, 1964.
- Manwaring, J. A. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413.
- Maritain, Jacques. *Man and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.
- McConnell, W. H. "Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett `New Deals'" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 221.
- McConnell, W. H. "The Judicial Review of Prime Minister Bennett's `New Deal'" (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 39.
- McDougal, Myres S. and Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. "The Protection of the Aged from Discrimination" in *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.
- McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Nations Unies. Assemblée générale. Rés. 3137 A.G., Doc. N.U. A19030 (1973).
- Nations Unies. Secrétaire général. *Question des personnes âgées et des vieillards*. Doc. N.U. A9126 (1973).

- Nerken, Ira. "A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the *Civil Rights Cases* and State Action Theory" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 297.
- Ontario. Legislature of Ontario Debates. Official Report (Hansard). First Session, Thirty-second Parliament. May 15, May 25 and December 1, 1981. Nos. 21, 27, 114. Toronto: Legislature of the Province of Ontario, 1981.
- Otis, Ghislain. "The Charter, Private Action and the Supreme Court" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 71.
- Priest, Margot, W. T. Stanbury and Fred Thompson. "On the Definition of Economic Regulation", in W. T. Stanbury, ed., *Government Regulation: Scope, Growth, Process*. Montreal: The Institute for Research on Public Policy, 1980.
- Risk, R. C. B. "Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 31.
- Robson, William A. *The Governors and the Governed*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1964.
- Slattery, Brian. "A Theory of the Charter" (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 701.
- Slattery, Brian. "Charter of Rights and Freedoms -- Does it Bind Private Persons" (1985), 63 *R. du B. can.* 157.
- Slattery, Brian. "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?" (1987), 32 *McGill L.J.* 905.
- Swinton, Katherine. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans Walter S. Tarnopolsky et Gérard-A. Beaudoin, éd., *Charte canadienne des droits et libertés -- Commentaire*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1982.
- Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289.
- Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law*. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.
- Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *R. du B. can.* 242.
- Tassé, Roger. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989.
- "The Age Discrimination in Employment Act of 1967" (1976), 90 *Harv. L. Rev.* 380.
- Tribe, Laurence H. "Refocusing the "State Action" Inquiry: Separating State Acts From State Actors", in *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Underhill, Frank H. "The Scholar: Man Thinking," in G. Whalley, ed., *A Place of Liberty*. Toronto: 1964.

United States. Congress. U.S. Congress Report by the Select Committee on Aging. *Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness*, 1977.

Wellington, Harry H. "The Constitution, the Labor Union and "Government Action"" (1961), 70 *Yale L.J.* 345.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193, 37 C.R.R. 44, qui a rejeté un appel d'une décision du juge Gray (1986), 57 O.R. (2d) 1, 32 D.L.R. (4th) 65, 14 C.C.E.L. 1, qui refusait d'entendre des plaintes pour défaut de compétence. Pourvoi rejeté. Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Jeffrey Sack, c.r., James K. McDonald, Steven M. Barrett et Ethan Poskanzer, pour les appelants.

Christopher G. Riggs et Michael A. Hines, pour l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph.

Mary Eberts et Michael A. Penny, pour l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne.

George W. Adams et Richard J. Charney, pour l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université York.

John C. Murray et S. John Page, pour l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto.

Janet E. Minor et Robert E. Charney, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Duff Friesen, c.r., et Virginia McRae Lajeunesse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Alison W. Scott, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Robert G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

//*Le juge La Forest*//

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST -- Ce pourvoi vise à déterminer si le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à la retraite obligatoire dans les universités. Il soulève un certain nombre de questions générales, savoir:

- a) L'article 15 de la *Charte* s'applique-t-il aux universités?
- b) En supposant qu'il s'y applique, les politiques des universités concernant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans violent-elles le par. 15(1) de la *Charte*?
- c) La restriction de l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi, que l'on trouve à l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, aux personnes de 18 à 65 ans, viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

- d) Si cette violation existe, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Le pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451**, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 dont les motifs sont rendus simultanément. Le premier de ces pourvois porte également sur la retraite des membres du personnel d'une université, alors que le deuxième porte sur la retraite d'un membre associé d'un hôpital universitaire et le troisième sur la retraite d'un employé d'un collège communautaire. Les instances soulèvent plusieurs questions identiques dont la plupart seront examinées dans le présent pourvoi.

Historique

Les faits

Les appelants, huit professeurs et un bibliothécaire au service des universités intimées, ont présenté des demandes de jugement déclaratoire portant que les politiques des universités, qui exigent que les appelants prennent leur retraite à l'âge de 65 ans, violent l'art. 15 de la *Charte* et que l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, en ne traitant pas les personnes qui ont atteint l'âge de 65 ans de la même manière que les autres, viole également l'art. 15. Les appelants demandent également par voie de conséquence une certaine réparation. La compétence des appelants n'a jamais été vraiment contestée; ce sont tous des professionnels

** Voir Erratum, [1991] 1 R.C.S. iv

de l'enseignement très compétents. Ils doivent prendre leur retraite pour la seule raison qu'ils ont atteint l'âge de la retraite obligatoire qui est de 65 ans.

Les universités intimées ont établi des politiques de mise à la retraite obligatoire de façons quelque peu différentes. L'Université de Toronto a procédé par résolution formelle du Conseil et le régime de retraite de l'université fixe à 65 ans l'âge de la retraite et les cotisations sont fixées en fonction de ce facteur; en outre, la convention collective entre l'université et l'association des professeurs stipule comme principe de base que l'âge de la retraite est de 65 ans et que ce principe ne sera pas modifié au cours de la durée de la convention collective. À l'Université York, tant le régime de l'université que la convention collective conclue avec l'association des professeurs fixent à 65 ans l'âge de la retraite. À l'Université de Guelph, la retraite obligatoire est fondée sur la politique et la pratique ainsi que sur un régime de pension qui prévoit que l'âge de la retraite est de 65 ans. À l'Université Laurentienne, la politique en matière de retraite est établie par les règlements généraux, la convention collective entre l'université et l'association des professeurs ainsi que le régime de retraite des employés.

Il est certain que, même si les répercussions varient d'un individu à l'autre, la retraite obligatoire porte sérieusement atteinte à la vie active des appelants parce qu'il y a perte des conditions de travail et de la sécurité d'emploi, perte économique, perte d'un milieu de travail et des installations nécessaires au travail, diminution des chances d'obtenir des subventions et, de façon générale, diminution de la participation aux activités qui se déroulent tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du milieu universitaire.

Plusieurs des appelants ont porté plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, mais la Commission a refusé d'examiner leurs plaintes parce que sa compétence

en matière d'emploi est restreinte aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Les dispositions applicables du *Code des droits de la personne, 1981* se lisent ainsi:

[TRADUCTION] **4.** (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur [. . .] l'âge . . .

9. . . .

a) "âge" Dix-huit ans ou plus, sauf au paragraphe 4(1), où le terme "âge" s'entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans.

23. (1) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 4, à un traitement égal en matière d'emploi le fait:

. . .

b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge [. . .] si l'âge [. . .] du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi; . . .

À la suite d'autres échanges avec la Commission, celle-ci a avisé les appelants que lorsque la décision relative à la constitutionnalité de l'al. 9a) serait rendue, la Commission réexaminerait sa position, soulignant qu'elle avait recommandé l'abolition de la retraite obligatoire.

L'historique des procédures judiciaires

Le juge Gray de la Haute Cour de l'Ontario a rejeté la demande des appelants (1986), 57 O.R. (2d) 1. Il a conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas aux politiques des universités en matière de retraite obligatoire. Aucune disposition législative n'ordonnait ni ne permettait la mise à la retraite obligatoire. Bien que les universités répondent à des objectifs publics, elles sont essentiellement des institutions privées. Le fait qu'elles soient constituées en personne

morale et considérablement subventionnées par le gouvernement ne suffit pas à les faire relever de la rubrique "gouvernement" à laquelle l'al. 32(1)*b*) limite l'application de la *Charte*. Elles sont essentiellement des organismes autonomes qui gèrent leurs propres affaires. Comme il le dit, aux pp. 21 et 22, [TRADUCTION] "la "fonction gouvernementale", le "contrôle gouvernemental", "l'action de l'État" ou le "lien" qui relie les universités en tant qu'organismes essentiellement privés à la province ne suffit pas pour invoquer l'al. 32(1)*b*) de la *Charte*". Dans le présent contexte, il a considéré la mise à la retraite obligatoire comme le [TRADUCTION] "produit d'un contrat négocié de bonne foi pour le seul bénéfice économique et autre des parties" (p. 17).

Le juge Gray a toutefois conclu qu'en privant les personnes de soixante-cinq ans et plus du droit de se plaindre que leurs droits à l'égalité de traitement en matière d'emploi avaient été violés, l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* portait atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, dans le contexte des rapports contractuels, il estimait que l'al. 9a) constituait une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*. Il a souligné, à la p. 32, que les [TRADUCTION] "[r]amifications concernant l'intégrité des régimes de retraite et les perspectives d'avenir des jeunes travailleurs étaient les préoccupations prédominantes" du législateur lorsqu'il a restreint la protection contre toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. À son avis, ces objectifs et préoccupations étaient [TRADUCTION] "suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution".

Suite à un appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 63 O.R. (2d) 1, les juges formant la majorité (le juge en chef Howland et les juges Houlden, Thorson et Finlayson) ont conclu que rien dans la loi habilitante des universités intimées n'entraînait en conflit avec la *Charte*. Ils ont souligné, à la p. 16, qu'il n'y a [TRADUCTION] "aucune

restriction légale imposée à la durée de l'emploi des professeurs ou du personnel de l'université". À leur avis, la *Charte* ne s'applique pas directement aux universités ni à leurs contrats de travail avec les appelants.

En ce qui concerne l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, les juges formant la majorité ont partagé la conclusion du juge Gray que la disposition était discriminatoire envers les membres du personnel de plus de 65 ans et les privait de l'égalité de traitement à laquelle ils ont droit en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. Les juges formant la majorité ont également convenu, à la p. 41, que le juge Gray avait eu raison de statuer que l'al. 9a) du Code était incompatible avec la *Charte* [TRADUCTION] "sans obliger les appelants à prouver que la discrimination créée était "déraisonnable"".

Le juge Gray avait cependant appliqué aux lois comportant une discrimination fondée sur l'âge une norme d'examen moins sévère que dans le cas d'autres types de discrimination. Les juges formant la majorité n'ont pas accepté cette méthode. À leur avis, le fait qu'il soit plus difficile de justifier une loi discriminatoire dans certains cas ne signifie pas que des normes de preuve différentes s'appliquent aux différentes catégories de cas. L'obligation de n'imposer aux droits reconnus à l'art. 15 que des limites qui respectent l'article premier [TRADUCTION] "exige un examen minutieux des faits de chaque cas" (p. 47).

De l'avis des juges formant la majorité, la Cour d'appel était seulement en mesure d'examiner l'effet de la *Charte* sur les dispositions de l'al. 9a) applicables à la retraite obligatoire du personnel enseignant et des bibliothécaires des universités. Les juges n'ont donc examiné que la preuve qui se rapportait aux universités et ont conclu que, dans le contexte universitaire, les objectifs de permettre aux parties de négocier une date de retraite obligatoire conforme au système de permanence, de conserver les régimes de retraite existants et de

faciliter le renouvellement du corps professoral étaient urgents et réels et justifiaient donc la suppression d'un droit garanti par la Constitution.

Les juges formant la majorité ont également exprimé l'avis qu'il existe clairement un lien rationnel entre les mesures adoptées à l'al. 9a) et les objectifs de cette disposition dans le contexte universitaire. Ils ont conclu également que les dispositions de l'alinéa contesté portaient "le moins possible" atteinte au droit à la protection contre toute discrimination fondée sur l'âge dans la mesure où elles s'appliquent aux politiques de mise à la retraite obligatoire des universités. Ils n'étaient pas non plus convaincus que les mesures imposées par les politiques étaient disproportionnées aux objectifs de l'al. 9a).

Le juge Blair, dissident, ne souscrivait pas au point de vue que la retraite obligatoire des professeurs et du personnel permanents des universités se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte*. À son avis, le rôle de la cour était d'examiner le Code pour déterminer s'il était conforme à la *Charte*. La cour ne pouvait pas [TRADUCTION] "interpréter la Loi comme si elle contenait des réserves ou des exceptions qui pourraient, en vertu de l'article premier, justifier une violation de la Charte" (à la p. 67). Elle ne pouvait restreindre son examen de la disposition au seul contexte universitaire. Agir ainsi reviendrait à modifier le Code, ce que seul le législateur a le droit de faire. En outre (à la p. 74), l'al. 9a), [TRADUCTION] "étant invalide à première vue, n'est pas une disposition qui peut être sauvegardée au moyen d'une "exception constitutionnelle" à son application lorsque les faits appropriés existent". À son avis, à la p. 76, l'al. 9a) [TRADUCTION] "relève clairement de la catégorie des dispositions législatives qui sont incompatibles avec la Charte" et ne peut s'appliquer aux appelants.

Bien que le juge Blair ait reconnu que l'al. 9a) satisfaisait aux deux premières conditions du critère établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, il a conclu, à la p. 77, qu'il ne

satisfaisait pas à la troisième condition selon laquelle la mesure adoptée [TRADUCTION] "devrait porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question". Au lieu de simplement restreindre le droit reconnu au par. 15(1), la disposition l'élimine puisque le Code ne fournit aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi aux personnes de plus de 65 ans.

Le juge Blair a souligné en outre que même s'il se limitait à déclarer que les appelants ne sont pas assujettis à la retraite obligatoire, sa décision aurait des [TRADUCTION] "ramifications plus étendues" parce qu'elle est fondée sur deux conclusions applicables à tous les employés de l'Ontario. Ces conclusions sont que la disposition contestée est incompatible avec la *Charte* et que le Code ne contient aucune norme permettant de justifier la négation en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?
3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?
4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?
5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la

Charte en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan sont intervenus.

Comme l'indiquent les questions constitutionnelles, les questions peuvent être divisées en deux grandes catégories. La première concerne l'effet possible de la *Charte* sur les politiques des universités en matière de retraite obligatoire, la seconde concerne son effet possible sur l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*. Par souci de commodité, je vais d'abord traiter des politiques des universités en me demandant premièrement si la *Charte* s'applique à ces politiques.

L'application de la *Charte*

L'application de la *Charte* est énoncée au par. 32(1), qui se lit ainsi:

32. (1) La présente charte s'applique:

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Ces mots indiquent clairement que l'application de la *Charte* se restreint à l'action gouvernementale. Notre Cour a souligné à maintes reprises que la *Charte* est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S 145, à la p. 156, le juge Dickson (tel était alors son titre) fait

remarquer: "Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir". Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 490, le juge Wilson a souligné que l'art. 7 de la *Charte* "a pour objet central l'ingérence directe du gouvernement dans la vie, la liberté et la sécurité personnelle des citoyens" (je souligne). Voir également les arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 347, le juge en chef Dickson; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, particulièrement aux pp. 593 à 598; et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

L'exclusion des activités privées de l'application de la *Charte* n'est le fruit du hasard. C'est un choix délibéré qu'il faut respecter. Nous ne savons pas vraiment pourquoi ce point de vue a été retenu, mais plusieurs raisons semblent s'imposer. Historiquement, les déclarations des droits, dont celle des États-Unis constitue l'exemple constitutionnel par excellence, visaient le gouvernement. C'est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Il est vrai que les atteintes aux droits des particuliers peuvent provenir d'autres sources. Cela est particulièrement vrai dans un monde où la vie économique est largement dominée par le secteur privé dont les institutions puissantes ne sont pas directement touchées par les forces démocratiques. Mais le gouvernement peut soit les réglementer soit créer des organismes distincts afin de protéger les droits de la personne et promouvoir la dignité humaine.

Soumettre au contrôle judiciaire toutes les actions de nature privée et publique pourrait paralyser le fonctionnement de la société et, comme le disent les avocats des universités, [TRADUCTION] "restreindre la liberté d'action des particuliers". Dans l'arrêt *Re Bhindi and British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47, le juge en chef Nemetz, au nom de

la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a dit clairement que cette conception pourrait porter sérieusement atteinte à la liberté contractuelle. Cela signifierait qu'il faudrait reconsidérer en entier plusieurs domaines où le droit est bien établi. Par exemple, comme on l'a déjà affirmé, "[D]ans les affaires où il est question d'arrestations, de détentions, de fouilles, de perquisitions et ainsi de suite, appliquer la Charte aux actions purement privées reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile" (voir McLellan et Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, à la p. 367, reproduit dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, à la p. 597). Et cela ne s'arrête certainement pas là.

Soumettre les activités privées au contrôle judiciaire pourrait imposer un fardeau impossible aux tribunaux. Tant le gouvernement que les tribunaux ont reconnu la nécessité de restreindre le contrôle judiciaire au moyen, par exemple, de clauses privatives et du principe de la retenue envers les tribunaux spécialisés, des techniques qu'on ne pourrait utiliser dans un contexte relevant de la *Charte*. En outre, comme je l'ai déjà souligné, le gouvernement peut, dans plusieurs cas, prévoir des moyens plus souples pour traiter les droits des particuliers. Ainsi, les commissions des droits de la personne disposent de techniques plus souples pour examiner les pratiques discriminatoires sans restreindre indûment l'exercice d'autres droits démocratiques qui sont extrêmement difficiles à contrebalancer; voir McLellan et Elman, *ibid.*, et Tarnopolsky (maintenant juge), "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *R. du B. can.* 242, à la p. 256.

Dans ce domaine, l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, de notre Cour est évidemment l'arrêt de principe qui énonce de nombreuses autres considérations du même ordre. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a expliqué clairement que l'art. 32 limitait l'application de la *Charte* au Parlement et aux législatures ainsi qu'aux branches exécutive et administrative du

gouvernement. Comme il le dit, à la p. 598: "... l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général -- c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État -- mais plutôt une branche de gouvernement" (je souligne.) En ce qui concerne la législature d'une province, il a affirmé que c'est seulement au moyen d'une loi que celle-ci pourrait porter atteinte à la *Charte*. Les actions des branches exécutive et administrative du gouvernement se fonderaient généralement sur une loi, mais il y avait également des situations (qui ne nous intéressent pas en l'espèce) où elles pourraient se fonder sur des règles de common law ou sur la prérogative.

Le juge McIntyre a donc pris soin de restreindre l'application de la *Charte* au Parlement et aux législatures ainsi qu'aux branches exécutive et administrative du gouvernement. Il est également significatif qu'en voulant étayer son opinion sur le sens du terme "gouvernement", il se soit appuyé non seulement sur son sens général, mais également sur la manière dont on a utilisé les mots dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est ainsi qu'il affirme, à la p. 598:

Le terme "gouvernement", qui suit les termes "Parlement" et "législature", doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot "gouvernement" utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. C'est en ce sens que l'expression "gouvernement du Canada" est ordinairement utilisée dans d'autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 12, 16 et 132 désignent tous le Parlement et le gouvernement du Canada comme des entités distinctes. L'expression "gouvernement du Canada", en particulier lorsqu'elle suit le mot "Parlement", désigne presque toujours le pouvoir exécutif.

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour n'avait pas à déterminer dans quelle mesure la *Charte* s'appliquait aux actions des organismes subordonnés créés et subventionnés par le Parlement ou les législatures, mais elle n'a pas écarté la possibilité que ces organismes soient régis par la *Charte*. Le juge McIntyre affirme donc, à la p. 602:

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures.

Le juge McIntyre n'était pas tenu de définir plus précisément le champ d'action du gouvernement ni de déterminer ce qui pouvait constituer une action gouvernementale.

Les appelants ont d'abord soutenu que [TRADUCTION] "les universités font partie de la législature ou du gouvernement de la province au sens de l'art. 32 de la **Charte**, dans la mesure où elles sont des créatures de la loi qui exercent des pouvoirs conformément à la loi et exécutent une fonction publique conformément à un pouvoir légal". Comme la Cour d'appel l'a reconnu, il est clair qu'une loi qui prévoirait la retraite obligatoire dans les universités violerait l'art. 15 de la *Charte* et il est également vrai que le gouvernement ne pourrait pas agir ainsi dans l'exercice d'un pouvoir légal, et ce, comme le juge McIntyre l'a souligné, parce que les branches législative, exécutive et administrative du gouvernement sont les acteurs auxquels s'applique la *Charte* en vertu du par. 32(1).

L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, est un exemple récent d'une situation où la Cour a décidé que l'action accomplie conformément à un pouvoir légal relevait de la portée de la *Charte*. Cette affaire portait sur une ordonnance d'un arbitre désigné par le ministre du Travail qui, prétendait-on, avait violé le droit de l'employé à la liberté d'expression prévu par la *Charte*. Le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, est évidemment une loi qui régit les relations de travail de compétence fédérale. Parmi les mécanismes de règlement des différends en matière de travail, le Ministre pouvait désigner un arbitre qui disposait, en vertu de l'al. 61.5(9)c), d'un certain nombre de pouvoirs discrétionnaires pour régler les différends. L'arbitre faisait donc partie des rouages

administratifs gouvernementaux qui permettent de réaliser l'objet précis de la loi. Il serait étrange que la législature et le gouvernement puissent se soustraire à la responsabilité qui leur incombe en vertu de la *Charte* en désignant une personne chargée de réaliser les objets de la Loi. On a donc interprété l'al. 61.5(9)c) "comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier" de façon conforme à la *Charte*. Le lien étroit entre la Loi et le régime législatif et l'administration gouvernementale ressort immédiatement.

Mais le simple fait qu'une entité soit créée par une loi et se voie conférer les attributs juridiques d'une personne physique ne suffit aucunement à assujettir ses actions à la *Charte*. Il se peut que cette entité soit établie pour faciliter l'exécution de tâches que les auteurs de la demande de constitution en personne morale veulent entreprendre et contrôler, et non pour faciliter l'exécution de tâches confiées au gouvernement. Ce serait porter sérieusement atteinte à l'objet clair de l'art. 32, qui est de restreindre l'application de la *Charte* aux actions législatives et gouvernementales, que d'en étendre l'application aux sociétés privées et ce serait faire fi des motifs déjà mentionnés qui justifient de restreindre ainsi l'application de ces restrictions de la *Charte*. Dans l'arrêt *Re Bhindi and British Columbia Projectionists*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé d'appliquer la *Charte* à une convention collective bien que ces conventions soient prévues par une loi (elles étaient inexécutoires en common law) et que le statut juridique du syndicat lui-même tire sa source de la loi. L'employeur était lui aussi une créature de la loi. La cour à la majorité dit ceci, à la p. 54:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Gibbs a eu raison de refuser d'étendre l'application de la Charte à un contrat privé comme celui-ci. Il s'agit d'un contrat commercial rare qui, à première vue, ne porte pas atteinte à une liberté énoncée à l'art. 2 ou à une garantie juridique reconnue à l'art. 7. Assujettir de tels contrats commerciaux de nature privée à un examen fondé sur la Charte pourrait avoir des effets dévastateurs sur la vie commerciale du pays.

Les appelants se sont fortement appuyés sur une affirmation faite par Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 671, que notre Cour a citée dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, à la p. 1078, selon laquelle le Parlement et les législatures ne peuvent permettre à des tiers d'accomplir des actions contraires à la *Charte*. Il en est certes ainsi dans une situation comme celle de l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, où une loi permet à une personne d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans la réalisation d'un objectif gouvernemental. Mais la *Charte* n'avait pas pour but de s'appliquer aux activités des entités non gouvernementales créées par le gouvernement pour aider légalement les particuliers à poursuivre les activités de leur choix sans engager la responsabilité du gouvernement. Le professeur Hogg lui-même l'explique clairement dans la note 140, à la p. 677:

[TRADUCTION] Peut-être y a-t-il un argument faible en faveur de l'application de la *Charte* aux actions de toutes les sociétés canadiennes, tant publiques que privées, et ce, même si elles exercent seulement des activités commerciales. L'argument partirait de la prémisse que l'existence et les pouvoirs d'une société moderne dépendent de la loi qui l'a constituée en personne morale. Dans ce sens, on pourrait prétendre que toutes les sociétés modernes agissent en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elles devraient donc être liées par la *Charte*. Mais l'opinion préférable est qu'une société, lorsqu'elle est créée et se voit conférer des pouvoirs (manifestement en vertu d'un texte législatif), exerce donc par la suite les mêmes pouvoirs en matière de propriété et de contrat que tout particulier.

La situation qui vient d'être décrite est tout à fait différente de celle où une personne est tenue de faire quelque chose, et elle est également différente de celle où une personne a le pouvoir de faire quelque chose à l'intérieur de l'appareil gouvernemental. Il est vrai que, dans le premier passage mentionné -- un passage cité et approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson* -- le professeur Hogg inclut les universités parmi un certain nombre d'institutions gouvernementales exerçant un pouvoir légal et liées par la *Charte*. Il convient cependant de souligner que le passage a été cité, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, à l'appui de la proposition que la *Charte* vise un exercice discrétionnaire du

pouvoir conféré par une loi dans la mise en {oe}uvre du régime législatif. L'arrêt ne porte pas sur la question plus large de savoir quelles entités peuvent faire partie de l'appareil gouvernemental et ne peut être interprété comme acceptant l'inclusion par le professeur Hogg des universités parmi les entités comme le gouverneur en conseil et les tribunaux administratifs (qui représentent tout ce dont il était question dans cette affaire) qui font évidemment partie du gouvernement, une question qui est évidemment cruciale en l'espèce.

Les appelants ont tenté d'établir une distinction entre les sociétés commerciales et les sociétés qui servent un intérêt public (ou à tout le moins de restreindre leur argumentation à ces dernières). Dans ce contexte, les appelants ont cité un certain nombre d'arrêts portant que les organismes créés par la loi qui exercent des pouvoirs décisionnels peuvent être assujettis au contrôle judiciaire pour veiller à ce qu'ils exécutent leurs obligations, et ce, équitablement; voir l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, et particulièrement les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef).

On n'a pas contesté que les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public. Comme telles, certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire, mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Les brefs de prérogative avaient essentiellement pour but d'assurer que l'instance décisionnelle administrative avait agi conformément à la loi et à la procédure. Ils ne traitaient pas de droits fondamentaux comme ceux consacrés dans la *Charte* et leur portée s'étend au-delà de ce qu'on pourrait normalement qualifier de gouvernement. Bref, ce qui justifie l'exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics. Comme le juge Beetz l'a souligné dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 594, ce n'est que "dans un sens" qu'une université peut être considérée

comme un organisme public. Il ressort clairement de cet arrêt que le contrôle judiciaire peut être exercé dans certaines circonstances même si une université peut être un organisme autonome. L'extrait suivant des motifs du juge Beetz, aux pp. 594 et 595, est révélateur:

La Loi constitue une université et ne modifie pas la nature traditionnelle de cette institution, soit un groupement de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable. Même si une université constituée par une loi et bénéficiaire de fonds publics peut, dans un sens, être considérée comme un service public chargé de dispenser l'enseignement supérieur à un grand nombre de citoyens, comme [on] l'a jugé dans l'arrêt *Polten* [(1975), 59 D.L.R. (3d) 197], sa responsabilité immédiate et expresse s'étend d'abord à ses membres actuels et, en pratique, ses organes directeurs fonctionnent à titre de tribunaux internes lorsqu'ils agissent en leur capacité quasi-judiciaire. La Loi sanctionne l'autonomie interne de l'université en prévoyant le règlement des conflits à l'intérieur même de l'université.

La *Charte* mise à part, il n'est pas question du pouvoir des universités de négocier des contrats et des conventions collectives avec leurs employés et d'y inclure des dispositions en matière de retraite obligatoire. Ces actions ne sont pas accomplies sous la contrainte de la loi de sorte qu'une contestation fondée sur la *Charte* ne peut réussir sur ce moyen. Rien n'indique qu'en concluant ces ententes, les universités répondaient de quelque façon que ce soit à la volonté du gouvernement. Elles agissaient purement de leur propre initiative. Or, à moins de pouvoir établir que les universités font partie du gouvernement, leurs actions en l'espèce ne peuvent relever de la *Charte*. On ne peut simplement rétorquer qu'elles sont constituées en personne morale et fournissent un important service public. Plusieurs institutions de notre société exercent des fonctions qui sont incontestablement de nature publique importante, tout en ne faisant certainement pas partie du gouvernement. Ces institutions comprennent les chemins de fer et les transporteurs aériens ainsi que les orchestres symphoniques et les écoles d'apprentissage. Et il peut en être ainsi même si elles sont assujetties à une réglementation gouvernementale étendue et même si elles bénéficient de l'aide du trésor public, comme l'indique l'affirmation du juge Beetz dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*; voir

également l'arrêt *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974), le juge Rehnquist au nom de la cour, aux pp. 350 et 351. Je renverrais, à cet égard, à l'affirmation du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 598, selon laquelle le par. 32(1) ne désigne pas "le gouvernement au sens général -- c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État." Le critère de l'objet public est simplement inadéquat. Il regorge de difficultés et d'incertitudes. Ce n'est tout simplement pas le critère qu'impose l'art. 32. Comme le professeur Wellington l'affirme dans "The Constitution, the Labour Union and "Governmental Action"" (1961), 70 *Yale L.J.* 345, à la p. 374, au sujet de la Constitution des États-Unis:

[TRADUCTION] La conclusion facile, partagée par un trop grand nombre "d'esprits novateurs", selon laquelle "chaque fois qu'une organisation ou un groupe exécute une fonction de nature publique suffisamment importante, on peut dire qu'il exécute une fonction gouvernementale et que ses actions devraient être ainsi examinées en fonction des dispositions générales de la Constitution" est erronée. Comme la plupart des conclusions faciles tirées au sujet des problèmes gouvernementaux les plus épineux, elle ne tient pas compte de la dimension institutionnelle. Peut-être y-a-t-il dans la société des groupes privés auxquels la Constitution devrait s'appliquer. Mais une chose est certaine: cette conclusion devrait tenir à quelque chose de plus que la conscience que le groupe dispose d'un grand pouvoir ou exerce une fonction d'une nature publique importante.

À l'appui de leur prétention que le terme gouvernement ne vise pas seulement les branches administrative et exécutive du gouvernement du Canada et des provinces mais comprend les organismes créés par la loi qui servent l'intérêt public, les appelants ont invoqué l'arrêt *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.), où le juge Linden a exprimé l'avis que les municipalités font partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. En supposant que l'opinion du juge Linden, au sujet de laquelle je n'exprime aucun avis, soit juste, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que si la *Charte* vise les municipalités, c'est parce que les municipalités exercent une fonction purement gouvernementale. Elles adoptent des règles qui ont force de loi auprès du public en général

et prévoient des peines pour ceux qui y contreviennent; voir également la décision *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (C. div. Ont.), le juge Callaghan, à la p. 528. On ne peut pas évidemment en dire autant des universités. Je m'empresse d'ajouter que je conviens avec le juge Wilson que l'application de la *Charte* n'est pas limitée aux entités qui remplissent des fonctions de nature essentiellement gouvernementale. Quant aux autres entités auxquelles la *Charte* peut s'appliquer en raison des fonctions qu'elles exercent, je croirais qu'il ne faudrait pas se contenter de démontrer qu'elles se sont adonnées à des activités ou à la fourniture de services qui relèvent de la compétence législative des gouvernements fédéral ou provinciaux. Il me semble que ma collègue le juge Wilson adopte le point de vue contraire. En toute déférence, je suis en désaccord avec elle dans la mesure où elle le fait.

Les appelants soutiennent également que les universités font partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*, eu égard à la nature de leurs rapports avec le gouvernement provincial. Selon eux, il faut tenir compte du contexte en entier, dont le fait qu'elles soient créées par des lois qui déterminent leurs pouvoirs, leurs objets et leur organisation interne, que leur évolution historique se soit inscrite dans un système d'éducation public post-secondaire, que leur survie dépende de fonds publics et que des organismes gouvernementaux coordonnent et réglementent en grande partie leurs activités au moyen de subventions de fonctionnement et d'immobilisations, de fonds particuliers, d'un contrôle des frais de scolarité et de l'approbation de nouveaux programmes.

Il est certain que les rapports entre le gouvernement et les universités canadiennes ont toujours été très différents de ceux qui existent en Europe où des groupes d'érudits se sont d'abord formés pour poursuivre des études. Depuis les origines de notre pays, plusieurs provinces ont entrepris de créer des universités, parmi lesquelles on retrouve évidemment l'Université de Toronto qui a été créée par la législature ontarienne en 1859. La loi qui la régit

actuellement est l'*University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, ch. 56. D'autres universités ont été créées à partir d'établissements d'enseignement spécialisé contrôlés directement par la province, comme l'Université de Guelph, qui a été créée sous sa forme actuelle en 1964 par l'*University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, ch. 120. D'autres universités ont été fondées par des groupes privés à des fins religieuses et linguistiques comme le Sacred Heart College de Sudbury qui est devenu l'Université Laurentienne avec l'adoption de la *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, abr. & rempl. 1961-62, ch. 154, art. 1 à 7. D'autres universités, comme l'Université York, étaient à l'origine affiliées à des universités plus anciennes mais sont devenues ultérieurement des universités distinctes; *York University Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 143. Ces lois déterminent les pouvoirs, les fonctions, les privilèges et l'organisation interne des universités. Bien que ces éléments varient d'une université à l'autre, généralement, ils ne diffèrent pas beaucoup. En outre, la *Loi sur les pouvoirs des universités en matière d'expropriation*, L.R.O. 1980, ch. 516, leur accorde des pouvoirs d'expropriation, bien qu'il n'en soit pas question en l'espèce. La *Loi de 1983 sur l'attribution de grades universitaires*, L.O. 1983, ch. 36, limite les entités qui peuvent exploiter une université et accorder des diplômes universitaires.

Il est certain que la réorganisation des universités de l'Ontario au cours des années cinquante et soixante (un processus qui s'est également déroulé dans d'autres provinces) résulte des politiques provinciales visant à promouvoir les études supérieures. La Législature ne s'est pas restreinte non plus à rationaliser le système existant. Elle subventionne considérablement les universités de façon permanente. D'après la preuve, à elles seules, les subventions de fonctionnement varient entre un minimum de 68,8 pour 100 des fonds de fonctionnement dans le cas de York et un maximum de 78,9 pour 100 dans le cas de Guelph. Le Conseil des affaires universitaires de l'Ontario présente annuellement des recommandations globales de financement au gouvernement, mais celui-ci a la responsabilité de fixer les montants. Il établit

aussi effectivement les frais de scolarité selon une formule qui restreint le pouvoir discrétionnaire des universités. La province verse également la plupart des fonds pour les dépenses en immobilisations et fournit des fonds spéciaux distincts pour donner suite à des politiques précises. Elle exerce un contrôle important sur les nouveaux programmes en exigeant qu'ils soient spécifiquement approuvés pour pouvoir bénéficier des fonds publics.

Il ressort de ce qui précède que le sort des universités est en grande partie entre les mains du gouvernement et que leurs pouvoirs sont assujettis à des restrictions importantes soit par des règlements soit parce qu'elles dépendent des fonds du gouvernement. Cependant, il ne s'ensuit absolument pas que les universités sont des organes de gouvernement. Il y a plusieurs autres entités qui sont financées par le gouvernement en vue de réaliser les objectifs des politiques que le gouvernement cherche à promouvoir. En réalité, chaque université a son corps dirigeant. Seul un petit nombre de ses membres (et dans le cas de York il n'y en a aucun) sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil et leur fonction n'est pas d'agir selon les directives du gouvernement mais dans l'intérêt de l'université (voir, par exemple, le par. 2(3) de l'*University of Toronto Act, 1971*). Les autres membres sont choisis parmi les dirigeants du corps professoral, les étudiants, le personnel administratif et les anciens.

Légalement, le gouvernement n'a donc aucun pouvoir de régir les universités même s'il voulait le faire. Bien que les universités, comme d'autres organismes privés, soient assujetties à la réglementation gouvernementale et dépendent en grande partie de fonds publics, elles dirigent leurs propres affaires et répartissent ces sommes ainsi que celles qui proviennent des frais de scolarité, de fondations et d'autres sources. Ce que le juge Beetz a dit au sujet de l'Université de Regina dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, précité, dans l'extrait aux pp. 594 et 595, reproduit antérieurement, s'applique tout autant en l'espèce. Je répète simplement sa conclusion générale: "La Loi constitue une université et ne modifie pas la

nature traditionnelle de cette institution, soit un groupement de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable". Bref, je suis tout à fait d'accord avec la conclusion suivante de la Cour d'appel (1987), 63 O.R. (2d) 1, aux pp. 24 et 25:

[TRADUCTION] En réalité, les universités sont autonomes, elles ont des bureaux de gouverneurs ou un conseil des gouverneurs, dont la majorité des membres sont élus ou nommés indépendamment du gouvernement. Elles poursuivent leurs propres objectifs dans les limites de leur loi constitutive. Quant à l'embauche des professeurs, elles sont maîtres chez elles.

L'autonomie en droit des universités est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société. Toute tentative du gouvernement d'influencer les décisions des universités, particulièrement celles qui concernent la nomination, la permanence et le renvoi de membres du personnel enseignant, ferait l'objet d'une opposition acharnée de la part des universités puisque cela pourrait conduire à des violations de la liberté académique. En un mot, ce ne sont pas des décisions du gouvernement. Bien que la législature puisse délimiter en grande partie le milieu dans lequel les universités fonctionnent, la réalité est qu'elles fonctionnent comme des organismes autonomes dans ce milieu. Il peut y avoir des situations relatives à des activités spécifiques où l'on peut dire à juste titre que la décision est celle du gouvernement ou que la participation gouvernementale à la décision est suffisante pour en faire un acte du gouvernement, mais rien n'indique en l'espèce que le gouvernement a participé à la décision et, comme je l'ai souligné, la loi n'impose pas la retraite obligatoire aux universités.

Je devrais peut-être souligner que la même démarche a été suivie aux États-Unis. Par exemple, dans la décision *Greenya v. George Washington University*, 512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975), la cour a refusé de conclure que l'université était une entité gouvernementale, bien qu'elle ait été constituée par l'État et qu'elle ait bénéficié d'une exemption fiscale et reçu du fédéral des fonds destinés aux immobilisations et des subventions pour certains de ses

programmes. On a retenu le même point de vue à l'égard d'autres entités qui rendent des services publics fortement réglementés par le gouvernement (voir l'arrêt *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, précité -- un service public dans cette affaire) ou fortement subventionnés (voir l'arrêt *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982) -- dans ce cas, une école d'infirmières dont presque tous les fonds provenaient du gouvernement).

Il est vrai qu'il existe des cas où les tribunaux américains ont conclu que la participation financière importante du gouvernement suffisait à déclencher l'application des garanties constitutionnelles, mais il s'agissait dans bien des cas de discrimination raciale, principale cible du Quatorzième amendement (voir l'arrêt *Greenya v. George Washington University*, précité, à la p. 560). Comme le professeur Tarnopolsky (maintenant juge) l'a souligné dans un passage cité par la Cour d'appel (aux pp. 21 et 22), ces ingérences des tribunaux, destinées à résoudre un problème particulier aux États-Unis, ne devraient pas s'appliquer ici; voir "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms", précité, à la p. 256. Il n'y a pas de raison non plus d'examiner la jurisprudence et la doctrine américaines relatives aux universités d'État; comme je l'ai expliqué, les universités canadiennes sont des entités privées.

Je conclus donc que les universités intimées ne font pas partie de l'appareil gouvernemental de sorte que leurs actions, en tant que telles, ne relèvent pas de la *Charte*. Elles ne mettaient pas non plus en œuvre une politique gouvernementale en prévoyant la retraite obligatoire de son personnel enseignant et de ses employés.

En toute déférence pour l'opinion de mon collègue le juge Wilson, je ne fonde pas cette conclusion sur la croyance que "le rôle du gouvernement devrait être défini restrictivement" (à la p. 000) et que "[l]'ordre social et économique devrait relever du secteur privé" (à la p. 000). Je conclus non pas qu'on ne saurait en aucun cas conclure que les universités font partie

du gouvernement aux fins de la *Charte*, mais plutôt que les universités intimées ne font pas partie du gouvernement compte tenu de leurs modes d'organisation et de gestion actuels. Je souligne, en passant, qu'il me semble que si on était vraiment tenu d'appliquer la théorie du "constitutionnalisme" décrite par ma collègue (à la p. 000), "gouvernement" aux fins du par. 32(1) serait interprété aussi largement que possible et non dans "son sens le plus restreint".

Ce qui précède suffit pour trancher les questions concernant les politiques de mise à la retraite obligatoire des universités. Toutefois, je compte examiner également la question de savoir si, en supposant que les universités font partie de l'appareil gouvernemental, ces politiques violent l'art. 15 de la *Charte*. Cette question n'a pas seulement fait l'objet d'un débat en bonne et due forme. Elle est d'une très grande utilité pour examiner les autres questions de ce pourvoi, car elle nous éclaire sur les répercussions de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail en général, qui fait l'objet en grande partie des autres questions de ce pourvoi. Elle est également pertinente pour examiner un certain nombre de questions dans les pourvois connexes. Le milieu universitaire n'est évidemment pas un parfait microcosme de l'ensemble de la société. Je reconnais que chaque secteur du milieu du travail possède une dynamique différente qui dépend de sa configuration particulière selon qu'il s'agit d'un milieu de gestion, d'un milieu professionnel, technique, spécialisé ou non; selon qu'il possède ou non un régime d'ancienneté ou de permanence; et selon les exigences physiques et intellectuelles requises par le travail. Mais les éléments communs ou connexes sont nombreux.

Les politiques des universités violent-elles l'art. 15?

Je vais maintenant déterminer, en supposant que les universités font partie de l'appareil du "gouvernement" au sens du par. 32(1) de la *Charte*, si les politiques des universités en matière de retraite obligatoire violent l'art. 15 de la *Charte*.

"Loi"

Pour que l'art. 15 de la *Charte* s'applique, l'inégalité dont on se plaint doit découler de la "loi". À cet égard, le texte législatif ou réglementaire constitue la forme de loi la plus claire. Il est cependant évident que le gouvernement pourrait facilement contourner la *Charte* si le terme loi devait être restreint à ces façons formelles de légiférer. Il semble ressortir clairement des propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery* que, selon lui, le gouvernement violerait l'art. 15 s'il exerçait d'une manière discriminatoire prohibée par cet article un pouvoir ou une discrétion conférés par un texte législatif. Quoi qu'il en soit, notre Cour s'est fondée sur ce raisonnement dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité; voir également les observations du juge Linden dans l'arrêt *Re McCutcheon and City of Toronto*, précité, à la p. 202. En supposant que les universités font partie de l'appareil gouvernemental, j'aurais cru que leurs politiques en matière de retraite obligatoire équivaldraient à une loi aux fins de l'art. 15 de la *Charte*. En effet, dans la plupart des cas, les universités ont adopté ces politiques d'une manière formelle. Cela étant, le fait que les employés les aient acceptées ne devrait pas modifier leur qualification de loi, même si cela serait un facteur à considérer pour décider si, dans les circonstances, la violation constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, dans le cas de certaines universités, il peut arriver qu'il ne soit pas aussi évident que l'on considère leur politique comme une simple entente conclue en vue de répondre à ce que les employés souhaitent vraiment. Encore là, cependant, je ne suis pas disposé à accepter

que le pouvoir du gouvernement de contracter doit comprendre celui de contracter en violation d'un droit garanti par la *Charte*. Il serait facile pour les législatures et les gouvernements de contourner les restrictions de la *Charte* en procédant simplement à des affectations de crédits pour promouvoir certaines initiatives. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, précité, à la p. 459, le juge Dickson, attire l'attention sur la possibilité "que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relève[nt] de l'art. 52". Je n'ai aucun doute que cela est vrai dans le cas de l'art. 15 de la *Charte*. On n'a qu'à examiner le par. 15(2) qui prévoit que le par. 15(1) "n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés . . ." (je souligne). Il ne serait pas nécessaire de mentionner des programmes et des activités si le par. 15(1) était limité à l'activité législative. Cela est confirmé par l'expérience américaine. Aux États-Unis, aucun tribunal ne semble avoir déjà dit que la protection égale de la loi ou l'application régulière du droit est restreinte à l'activité législative. La jurisprudence paraît plutôt accorder une protection contre l'action discriminatoire de l'État, résultant d'une loi ou d'une conduite; voir les arrêts *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

L'acceptation d'une obligation contractuelle pourrait peut-être, dans certaines circonstances, constituer une renonciation à un droit reconnu par la *Charte*, surtout dans un cas comme la retraite obligatoire qui n'impose pas seulement des obligations, mais qui procure aussi des avantages aux employés. Cependant, dans l'ensemble, je pense qu'une telle entente devrait normalement être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une convention collective, qui peut ou non gagner vraiment la faveur des employés victimes de la discrimination. En l'espèce, j'estime donc que les

dispositions sur la retraite obligatoire constituent une loi même si elles sont tout autant désirées par les syndicats que par les universités.

Discrimination

En supposant que les politiques des universités constituent une loi, il semble difficile de prétendre, compte tenu de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qu'elles ne sont pas discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte* puisque la distinction est fondée sur la caractéristique personnelle de l'âge énumérée dans cette disposition. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, notre Cour a appliqué le critère suivant pour déterminer s'il y a discrimination au sens du par. 15(1), aux pp. 174 et 175:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Il est certain que les politiques, les ententes et les règlements imposent des obligations aux employés. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, on a décrit l'emploi de la façon suivante:

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

La retraite obligatoire supprime tous ces avantages, et ce, en raison d'une caractéristique personnelle attribuée à un seul individu en raison de son association avec un groupe.

Deux arguments ont été avancés pour affirmer que même, compte tenu de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, les dispositions sur la retraite obligatoire dont il est question en l'espèce ne violent pas l'art. 15. Premièrement, on a fait valoir que l'expression "indépendamment de toute discrimination" à l'art. 15 exige non seulement une simple constatation de distinction défavorable, mais encore la preuve d'une absurdité, de suppositions et de préjugés stéréotypés, car autrement, des distinctions juridiques universellement acceptées et manifestement souhaitables seraient considérées comme des violations de l'art. 15 et exigeraient une justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. On a prétendu, sans grande conviction, qu'une politique de retraite obligatoire n'est pas fondée sur des différences personnelles non pertinentes ou des suppositions stéréotypées, mais résulte plutôt de considérations [TRADUCTION] "administratives, institutionnelles et socio-économiques". Rien de tout cela n'est pertinent, car il ressort clairement de l'extrait précité de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* que non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ce dont il est question en l'espèce.

Le deuxième argument est que le critère de la situation analogue est toujours le critère applicable pourvu qu'il ne soit pas appliqué machinalement. Tout simplement, je ne crois pas que le critère de la situation analogue puisse être appliqué autrement que d'une façon machinale et je ne crois pas qu'il ait survécu à l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*.

Je conclus donc sans hésitation que les politiques des universités violent l'art. 15 de la *Charte*, en supposant évidemment qu'elles constituent une "loi" et que la *Charte* s'applique aux universités. Elles établissent une distinction fondée sur un motif énuméré au détriment des personnes de 65 ans et plus. Il faut donc examiner si cette distinction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* quant au droit garanti par l'art. 15.

L'article premier de la Charte

Considérations générales

La méthode qu'il faut suivre pour déterminer si une loi impose une limite raisonnable à un droit reconnu par la *Charte* a été énoncée à maintes reprises, à commencer par l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, et il suffit simplement que je la résume ici. L'obligation de justifier la limite imposée à un droit reconnu par la *Charte* incombe aux parties qui veulent la maintenir. Le point de départ de l'analyse consiste à évaluer les objectifs de la loi pour déterminer s'ils sont suffisamment importants pour justifier la limitation du droit garanti par la Constitution. La loi contestée est ensuite assujettie à un critère de proportionnalité où l'objectif de cette loi est soupesé en fonction de la nature du droit, de l'étendue de sa violation et de la mesure dans laquelle la limite apportée favorise d'autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique.

Comme la Cour l'a récemment affirmé dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, il faut, en effectuant cette évaluation, éviter de recourir à une méthode mécaniste. En effet, comme on l'a dit dans cet arrêt, "[b]ien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une

société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir". D'ailleurs, au début de la formulation de ce critère d'évaluation, le juge en chef Dickson a souligné que "[t]ant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides"; voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769. Traitant précisément de l'art. 15 dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, à la p. 198, j'ai alors entrepris d'énoncer les considérations qu'il faut avoir à l'esprit:

Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques personnelles. Il y aura rarement, si jamais il peut y en avoir, de correspondance parfaite entre les moyens et les fins sauf si la loi a des objectifs discriminatoires. Comme il ressort de décisions antérieures, un critère de proportionnalité doit jouer. Dans des cas comme celui-ci, le critère doit être abordé d'une manière souple. L'analyse devrait être pratique et porter sur la nature de la classification en question, l'importance des intérêts lésés sur les plans de la Constitution et de la société, l'importance relative que revêt pour les individus touchés l'avantage dont ils sont privés et l'importance de l'intérêt de l'État.

Je devrais ajouter que par intérêt de l'État, j'inclus ici non seulement les cas où l'État lui-même est, pour reprendre les propos de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994, "l'adversaire singulier" qui poursuit habituellement les criminels, mais également ceux où l'intérêt de l'État comprend "la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources . . . limitées". Je m'étendrai davantage sur ce point plus loin.

J'examine maintenant les objectifs de la "loi".

Objectifs

Les universités soumettent une combinaison d'objectifs intimement liés pour justifier leurs politiques de mise à la retraite obligatoire instaurées dans les conventions collectives ou autres ententes et les régimes de retraite. Selon elles, les principaux objectifs de ces politiques sont: (1) accroître et conserver leur aptitude à rechercher et à maintenir l'excellence en faisant usage de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral; et, (2) préserver la liberté académique et la collégialité en réduisant au minimum les modes distincts d'évaluation de rendement. Je ne doute pas que la combinaison de ces objectifs satisfait au "critère des objectifs". Il est certain que l'excellence en matière d'études supérieures est un objectif admirable et devrait être favorisée. La préservation de la liberté académique est également un objectif dont l'importance est urgente et réelle.

Proportionnalité

Il devient donc nécessaire de déterminer si les mesures adoptées sont appropriées et proportionnelles aux objectifs visés. En procédant à cette évaluation, le juge en chef Dickson, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 768, a établi une démarche en trois étapes qu'il faut suivre habituellement:

En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

Rationalité

La question suivante est de savoir si les politiques de mise à la retraite obligatoire ont un lien rationnel avec les objectifs que visent les universités par ces politiques.

Pour répondre à cette question, il est impératif d'examiner brièvement le rapport entre les besoins des universités et la permanence des membres du corps professoral. De façon générale, les professeurs commencent leur carrière à l'université entre la fin de la vingtaine et le milieu de la trentaine et, s'ils prennent leur retraite à 65 ans, cela signifie qu'ils font partie du personnel pendant quelque trente à trente-cinq ans. Au cours de cette période, ils doivent bénéficier d'une très grande sécurité d'emploi s'ils veulent avoir la liberté nécessaire pour maintenir l'excellence en matière d'enseignement qui est ou devrait être la marque distinctive d'une université. La permanence procure la liberté académique nécessaire à la recherche du savoir et au rayonnement des idées en toute liberté. Une évaluation initiale rigoureuse est nécessaire comme le sont d'autres évaluations en ce qui concerne les augmentations et les promotions au mérite et ainsi de suite. Mais sous réserve de cet aspect, et sauf dans les cas d'inconduite flagrante, d'incompétence ou d'absence de rendement, les évaluations sévères de rendement n'existent pas et, en réalité, l'évaluation est extrêmement difficile dans plusieurs domaines. Or, dans un système fondé sur la permanence, il y a toujours la possibilité de renvoi motivé, mais on intervient très peu dans l'évaluation du rendement des professeurs. À mon avis, la volonté d'éviter ces évaluations ne s'explique pas seulement ni même principalement par des raisons de commodité administrative. La volonté est plutôt de maximiser la liberté académique en minimisant les interventions et les évaluations. L'élimination de la retraite obligatoire aurait donc un effet préjudiciable à cet égard, car il pourrait fort bien y avoir augmentation des évaluations et des tentatives de renvoi motivé, bien qu'il faille dire qu'à cet égard la preuve est malencontreusement déficiente. La Cour d'appel décrit bien la situation générale, à la p. 54:

[TRADUCTION] La politique de la permanence des professeurs d'université est fondamentale à la préservation de la liberté académique. Elle comporte une évaluation vigoureuse du rendement par ses pairs après une période d'essai qui peut durer jusqu'à cinq ans. Une fois accordée, la permanence offre un milieu d'apprentissage et de recherche vraiment libre et innovateur. Les membres du corps professoral peuvent défendre des idées impopulaires sans craindre de perdre leur emploi. Elle procure une stabilité d'emploi parce que lorsque les collègues d'un professeur ont décidé que la permanence devait lui être accordée, celui-ci peut être assuré de conserver son emploi jusqu'à son décès ou jusqu'à l'âge normal de la retraite, à moins qu'il n'y ait renvoi motivé à la suite d'une audience régulière devant ses collègues. Ce congédiement découle habituellement d'une inconduite flagrante, de l'incompétence ou de l'omission continue de remplir ses obligations de professeur. La gestion collégiale est également une garantie de la liberté académique. En plus de la permanence, l'examen du rendement par les collègues a lieu à l'occasion de promotions, d'augmentations au mérite, de nominations à des postes administratifs supérieurs dans un département ou une faculté et de l'admissibilité à des subventions de recherche. En l'absence de la retraite obligatoire, un système plus sévère d'évaluation du rendement pourrait être requis. Il serait empreint de plusieurs difficultés et exigerait probablement que l'évaluation soit faite par les collègues ou par des experts de l'extérieur. La direction de l'université ne pourrait l'imposer unilatéralement en raison du rôle des professeurs ou des associations de professeurs dans l'administration de l'université.

La retraite obligatoire est donc intimement liée au système de la permanence. Il est vrai que plusieurs universités et collèges aux États-Unis ne prévoient pas la retraite obligatoire, mais ils ont conservé un système de permanence. Cela ne touche cependant en rien la rationalité des politiques parce que la retraite obligatoire justifie clairement le système de la permanence. En outre, comme la Cour d'appel l'a souligné, une telle conception commanderait une autre méthode de congédiement qui nécessiterait vraisemblablement la tenue d'audiences sur la compétence et le renvoi motivé. Cette conception serait donc d'application difficile et coûteuse, et constituerait un grave affront à la dignité personnelle.

La retraite obligatoire ne justifie pas seulement le système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire. Elle assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. Les universités doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées, et cela exige l'injection permanente de nouvelles ressources

humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu.

Il est vrai qu'il existe des arguments et des éléments de preuve contraires quant à l'effet de la retraite obligatoire sur le renouvellement du corps professoral. Il y a preuve que la perte d'un professeur qui prend sa retraite crée de nouveaux emplois pour des professeurs plus jeunes. Il y a également preuve qu'il n'en est pas toujours ainsi et que souvent il n'y a pas d'équivalence parfaite, c'est-à-dire qu'il ne s'ensuit pas nécessairement que pour chaque professeur qui prend sa retraite, un nouveau professeur est embauché. D'après mon examen de la preuve, on ne peut cependant nier l'existence d'une certaine corrélation dans un système fermé comme une université. C'est une question de répartition des ressources et certaines ressources sont évidemment libérées lorsqu'un professeur prend sa retraite. Aux États-Unis, les tribunaux ont retenu un point de vue semblable. Dans l'arrêt *Lamb v. Scripps College*, 627 F.2d 1015 (1980), à la p. 1022, la Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, a reconnu le caractère légitime des justifications suivantes de la retraite obligatoire en contexte universitaire:

[TRADUCTION] . . . l'ouverture de postes pour les jeunes professeurs et les minorités, l'allègement des obligations financières liées au maintien en poste d'employés supérieurs à salaire élevé, et le fait d'éviter les difficultés que comporte l'évaluation du rendement individuel aux fins d'un renvoi motivé.

Voir également l'arrêt *Palmer v. Ticcione*, 576 F.2d 459 (1978), qui adopte le même raisonnement pour d'autres secteurs.

À partir des considérations précitées, il m'est facile de conclure qu'il existe un lien rationnel entre les politiques des universités en matière de retraite obligatoire et les objectifs que visent à atteindre ces politiques. J'examine maintenant la question de savoir si les mesures prises pour atteindre ces objectifs portent le moins possible atteinte au droit en question.

Atteinte minimale

Pour évaluer s'il y a proportionnalité et plus particulièrement s'il y a eu atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution, il faut se rappeler que nous sommes ici en présence de mesures qui tentent d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées. Lorsqu'il s'agit de mesures sociales largement répandues comme celles-ci, où le gouvernement tente de se faire médiateur entre des groupes concurrents, il n'est certes pas facile de déterminer avec précision le point d'équilibre. Comme les juges formant la majorité de notre Cour l'ont souligné dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 993:

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve.

L'attitude retenue dans ces cas est empreinte d'une très grande souplesse compte tenu de la difficulté des choix, de leurs répercussions sur différents secteurs de la société et des avantages inhérents dont bénéficie le législateur en évaluant ces questions dans une société démocratique. Cet aspect, implicite dans les décisions antérieures, a été expressément retenu dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*. Dans cet arrêt, les juges formant la majorité ont dit, aux pp. 993 et 994:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par exemple "en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire" (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

Bref, comme la Cour l'a dit ensuite, la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement. Traitant précisément du droit en question dans cette affaire, la Cour a dit, à la p. 994:

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

Il convient de répéter les objectifs urgents et réels du gouvernement (ou plutôt des universités) en l'espèce. Les voici: (1) accroître et conserver leur aptitude à rechercher et à maintenir l'excellence en faisant usage de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral, et (2) préserver la liberté académique et la collégialité en réduisant au minimum les modes distincts d'évaluation du rendement. La recherche de l'excellence dans nos établissements d'enseignement, et particulièrement dans nos universités, est essentielle à notre société et a des répercussions importantes pour nous tous. La liberté académique et l'excellence sont essentielles à la vitalité de notre démocratie. Le renouvellement du corps professoral est nécessaire si les universités veulent rester à la fine

pointe de la recherche et du savoir. Loin d'être tout à fait préjudiciable au groupe visé, la retraite obligatoire contribue considérablement à l'enrichissement du milieu de travail des membres du corps professoral. Elle assure aux professeurs une large mesure de liberté académique avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement pendant toute leur carrière à l'université. Ils n'ont pas à trop se préoccuper d'une [TRADUCTION] "mauvaise année" ou de quelques mauvaises années, ou du fait que leur productivité puisse diminuer avec le passage des années. La sécurité d'emploi est bien protégée pendant un nombre considérable d'années et ils échappent à des critères avilissants qui devraient autrement être appliqués. Cela ne veut pas dire que la retraite obligatoire ne peut être une source d'angoisse considérable pour ceux qui ne veulent pas prendre leur retraite, et il ne fait pas de doute qu'elle l'est d'ailleurs. Mais le [TRADUCTION] "marché" que comporte l'acceptation d'un poste permanent a clairement des aspects compensatoires même pour la personne visée et il convient de souligner que c'est ce marché que recherchent les associations de professeurs et même les syndicats dans plusieurs autres secteurs de notre société.

Au préjudice que subissent les personnes visées, il faut opposer le bénéfice des politiques universitaires que tirent la société en général et les individus qui la composent. Il faut également se rappeler que dans un système fermé ayant des ressources limitées comme les universités, il existe une corrélation significative entre ceux qui prennent leur retraite et ceux qui peuvent être embauchés. Il faut donc notamment priver les jeunes de la chance de contribuer à la société par leur travail dans les universités, pour garder indéfiniment ceux qui s'y trouvent actuellement. Comme notre Cour l'a affirmé, le droit au travail est important. Mais il est tout aussi important pour les jeunes que pour les plus âgés. Je ne veux pas dire que la discrimination envers les plus âgés est comme telle justifiable pour atténuer les difficultés des jeunes. Mais du point de vue de l'université, et ensuite de la société, le renouvellement du personnel est vital. Encore une fois, le fait que les jeunes subiraient un certain préjudice si la

retraite obligatoire était abolie signifierait que les étudiants, à leur tour, seraient privés dans la même mesure de professeurs plus jeunes et de la meilleure combinaison de professeurs plus jeunes et plus âgés qui est une caractéristique souhaitable d'un corps enseignant. La preuve indique que le vieillissement du personnel enseignant dans les universités est actuellement un problème important.

Une autre question mérite d'être examinée. Les universités disposent d'installations de recherche exceptionnelles qui sont indispensables pour faire reculer les frontières du savoir. Elles ont été mises sur pied au cours des ans au moyen de fonds privés et publics importants et il est nécessaire non seulement de favoriser leur meilleure utilisation possible, mais encore d'adopter des politiques afin d'en permettre l'accès à tous les gens qui peuvent en bénéficier et de contribuer à la société par leur utilisation. La Cour à la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, a dit clairement que non seulement la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus devait être évaluée dans le cadre d'un examen fondé sur l'article premier, mais également la répartition de ressources limitées. Ayant souligné que les tribunaux peuvent déterminer avec "un certain degré de certitude" si les "moyens les moins radicaux" ont été choisis pour parvenir à l'objectif souhaité lorsque le gouvernement est "l'adversaire singulier", surtout dans le cas des sanctions et des poursuites criminelles, la Cour à la majorité a ensuite souligné qu'il n'en était pas ainsi dans les situations polycentriques. Ils ont ajouté, à la p. 994:

Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans des cas exigeant la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées.

Soupesant toutes les considérations précitées, je conclus, pour paraphraser les observations de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, cité antérieurement, que, d'après la

preuve, les universités étaient raisonnablement fondées à conclure que leurs politiques de mise à la retraite obligatoire portaient le moins possible atteinte aux droits des appelants compte tenu des objectifs urgents et réels qu'elles visaient à atteindre.

Un dernier point peut être mentionné. On peut prétendre que, de nos jours, 65 ans est trop jeune pour la retraite obligatoire. Il s'agit cependant au mieux de tracer une ligne de démarcation et, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, 800 et 801, notre Cour a dit clairement qu'il s'agissait d'un exercice au cours duquel les tribunaux ne devraient pas tenter à la légère de se prononcer après coup sur l'intention du législateur. Bien que le processus de vieillissement varie d'une personne à l'autre, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, après avoir examiné la preuve, qu'en moyenne il y a détérioration des capacités intellectuelles à partir de 60 ans; voir les motifs du juge Gray, précité, aux pp. 76 et 77, et ceux de la Cour d'appel, précitée, aux pp. 145 et 146. Alors, repousser l'âge de la retraite pourrait entraîner des exigences accrues d'examens humiliants pour ceux dont l'âge varie entre 60 et 65 ans, ainsi que d'autres changements et ajustements à l'organisation du milieu de travail dont j'ai parlé tout à l'heure.

Effets

Il ressort clairement de ce que j'ai dit au sujet de l'"atteinte minimale" que les effets des politiques des universités en matière de retraite obligatoire ne sont pas sévères au point de l'emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement. Dans les circonstances présentes, les mêmes facteurs doivent être soupesés en examinant les effets préjudiciables et je n'ai pas à les répéter.

L'alinéa 9a) contrevient-il au par. 15(1) de la Charte?

J'examine maintenant la question de savoir si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* du fait qu'il restreint l'application de l'interdiction de toute discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge contenue dans le Code aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Les appelants affirment que l'effet de la restriction de l'al. 9a) fait en sorte qu'ils sont privés de la protection contenue dans le *Code des droits de la personne, 1981* contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Il n'y a aucun doute que puisque le Code est une loi, la *Charte* s'y applique. Dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii), la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré invalide le par. 19(2) du Code qui prévoyait qu'on ne portait pas atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur les caractéristiques personnelles énumérées à l'article premier du Code en restreignant aux personnes du même sexe le droit de participer à une activité sportive.

Depuis l'arrêt *Andrews*, dont j'ai déjà parlé, il ne fait plus de doute que le traitement différent accordé aux appelants constitue de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il les prive d'un bénéfice que le Code leur reconnaît en raison de leur âge, un motif énuméré spécifiquement dans la *Charte*. Il convient de souligner que le par. 15(1) garantit expressément le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi; il garantit également le droit à la même protection de la loi. Les observations suivantes du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 171, sont pertinentes:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. Dans l'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d)

513, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissident quant au résultat mais non quant à cette observation) tentent d'énoncer la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15. Voici ce qu'ils affirment, à la p. 554:

[TRADUCTION] À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative. Au même titre que les idéaux de "justice égalitaire" et "d'égalité d'accès à la loi", le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la Charte, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect.

Il est cependant juste de préciser jusqu'à un certain point ce qui constitue de la discrimination et ce qui n'en constitue pas. Le Code n'impose pas la retraite obligatoire à n'importe quel âge. Dans ce contexte, son effet général est d'interdire les contrats qui fixent l'âge de la retraite obligatoire à moins de 65 ans, sauf si l'employeur peut établir, en vertu de l'al. 23b) du Code et selon la prépondérance des probabilités, que l'âge est une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi. Dans le secteur public, cette protection peut également être obtenue en vertu de la *Charte*, sans aucune mention de l'âge, sous réserve d'une limite raisonnable en vertu de l'article premier. Le Code étend toutefois la protection, à l'intérieur des limites d'âge prescrites, contre toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi dans le secteur privé qui, nous l'avons vu, n'est pas directement touché par la *Charte*.

Bien que cet aspect puisse ne pas être directement applicable, je devrais souligner que l'al. 9a) est également discriminatoire en ce qu'il fixe à 18 ans l'âge minimal pour bénéficier de la protection du Code en matière d'emploi. Je pense que cette distinction s'explique facilement pour des raisons humaines, sociales et économiques. Ce qui est cependant plus pertinent, c'est que jusqu'en 1982 le Code ou les lois qui l'ont précédé limitaient la protection fondée sur l'âge aux personnes [TRADUCTION] "de quarante ans ou plus et de moins de

soixante-cinq ans". L'*Age Discrimination Act*, S.O. 1966, ch. 3, la première loi qui accordait une protection contre la discrimination en matière d'emploi, était limitée à ces catégories d'âge comme la *Human Rights Code Amendment Act* de l'Ontario, S.O. 1972, ch. 119, qui étendait la protection aux autres types de discrimination. En réalité, ces lois assujettissaient à un certain nombre de réserves l'application de la protection fondée sur l'âge: une exemption en matière de caisses ou de régimes de retraite établis de bonne foi, ou de régimes d'assurance qui créaient une discrimination fondée sur l'âge, ou de [TRADUCTION] "programmes d'emploi particuliers", et une exemption fondée sur [TRADUCTION] "une exigence professionnelle normale". La restriction actuelle, applicable entre 18 et 65 ans, n'est entrée en vigueur que le 15 juin 1982 et cette modification, comme on peut le remarquer dans le pourvoi connexe *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, précité, n'a pas été apportée dans toutes les provinces.

Il en ressort évidemment que l'on reconnaît de plus en plus la nécessité d'accorder une protection contre des distinctions fondées sur l'âge depuis que la société perçoit plus clairement ses effets discriminatoires. Il en ressort également que, pour diverses raisons, on a longtemps établi une distinction entre cette protection et d'autres droits et que, comme les autres droits, elle n'est pas absolue. Toutefois, pour déterminer si ces réserves ont été apportées, il faut, en vertu de la *Charte*, les soupeser en fonction des exigences de l'article premier de cet instrument. Avant de procéder à cette tâche, il paraît cependant utile de traiter d'abord de l'historique de la retraite obligatoire, de la place qu'elle occupe dans notre société et de ses rapports réciproques avec la législation, surtout le *Code des droits de la personne, 1981* qui vise à interdire la discrimination fondée sur l'âge. Cela est conforme à l'avertissement du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, qu'il importe de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique

appropriés; voir également l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, précité, aux pp. 1490 et 1491.

Historique et rôle de la retraite obligatoire

Le phénomène social de la retraite est relativement nouveau. C'est un sous-produit de l'industrialisation qui a établi une séparation entre la vie familiale et le travail. C'est généralement à Bismark qu'on attribue l'idée d'établir à 65 ans l'âge de la retraite lorsque, grâce à son initiative, l'Allemagne a adopté un régime de retraite public à l'intention des personnes âgées. À cette époque, 65 ans aurait certainement été considéré comme un âge avancé, l'espérance de vie en Allemagne étant alors de 45 ans. Lorsque la Grande-Bretagne a adopté une loi analogue en 1908, elle a d'abord fixé à 70 ans l'âge de la retraite pour ensuite le ramener à 65 ans. D'autres pays ont suivi l'exemple de Bismark.

Ce qui revêt plus d'importance pour notre pays, c'est qu'il s'agissait de l'âge fixé dans la *Social Security Act*, 49 Stat. 620, adoptée par le Congrès des États-Unis en 1935, pour le versement des prestations de sécurité sociale. Cette mesure avait sans doute pour but de procurer une certaine sécurité aux personnes âgées mais elle visait également à les amener à se retirer du marché du travail pour favoriser l'emploi des jeunes travailleurs qui avaient une famille au cours des années de la Dépression. Il ne semble pas y avoir eu de raison particulière d'adopter l'âge de 65 ans si ce n'est le fait que cela semble avoir été largement accepté à l'époque. La Loi n'imposait pas comme telle la retraite à l'âge de 65 ans mais, puisque les employés réguliers ne pouvaient profiter des prestations de sécurité sociale, c'est devenu l'âge "normal" de la retraite; voir *Retraite sans douleur*, rapport du Comité spécial du Sénat [canadien] sur les politiques relatives à l'âge de la retraite (1979); *Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness*, rapport du Select Committee on Aging du Congrès

américain (1977); Kertzer, "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement" (1981), 33 *Me. L. Rev.* 157; Graebner, *A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978* (1980).

Au Canada, la retraite obligatoire a vu le jour avec l'adoption des régimes de retraite privés et publics. Elle ne se fonde pas sur une loi. Les régimes de sécurité publique ont été mis sur pied en 1927 à la suite de l'adoption de la *Loi des pensions de vieillesse, 1927, S.C. 1926-27, ch. 35*, qui fixait à 70 ans l'âge d'admissibilité, mais il a été ramené à 65 ans dans les années soixante. D'autres programmes, comme la Sécurité de la vieillesse (S.V.), le Supplément de revenu garanti, le Régime de pensions du Canada et le Régime de rentes du Québec prévoyaient également le versement des prestations de retraite à partir de 65 ans. Au début des années soixante-dix, les grandes orientations en matière de traitement des personnes âgées avaient été établies. Les régimes publics de sécurité sociale et de retraite ainsi que les régimes de retraite privés ont été mis en place en vue de garantir un revenu aux personnes plus âgées; voir Atcheson et Sullivan, "Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter" dans Bayefsky et Eberts, *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), à la p. 231.

Les entreprises privées ont mis sur pied ou adapté leur régime pour compléter les régimes gouvernementaux et s'y conformer. Près de la moitié de toute la main-d'œuvre canadienne occupe un emploi assujéti à la retraite obligatoire, et près des deux tiers des conventions collectives au Canada contiennent des dispositions sur la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, ce qui indique qu'il ne s'agit pas d'une condition imposée aux travailleurs mais d'une condition qu'ils ont eux-mêmes négociée par l'entremise de leurs propres organisations. En général, on peut dire sans se tromper que l'âge "normal" de la retraite est maintenant généralement accepté comme étant 65 ans. Cela a eu des répercussions profondes sur l'organisation du milieu du

travail, sur l'organisation des régimes de retraite, sur l'équité et la permanence dans le milieu du travail et sur les chances d'emploi pour les autres. La Cour d'appel a décrit brièvement ce qu'elle estimait être les objectifs de l'al. 9a), à la p. 53:

[TRADUCTION] L'un des principaux objectifs de l'al. 9a) était de parvenir à un compromis législatif pour protéger les individus contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et pour reconnaître aux employeurs et aux employés la liberté de fixer la date de la fin des rapports de travail. La liberté de convenir d'une date de cessation d'emploi représente un avantage considérable tant pour les employeurs que pour les employés. Cela permet aux employeurs de planifier leurs obligations financières, particulièrement dans le domaine des régimes de retraite et des autres bénéfices. Cela permet également de mettre en place un régime de rémunération différée où les employés reçoivent un salaire inférieur à leur productivité au cours des premières années de travail et un salaire supérieur au cours des dernières années, plutôt qu'un système salarial fondé sur la productivité courante. En outre, cela facilite le recrutement et la formation de nouveaux membres du personnel. Cela élimine la tension que comportent les examens répétés par suite de la diminution des capacités avec l'âge, et la nécessité de procéder à des renvois motivés. Cela permet d'avoir un régime d'ancienneté et la volonté d'en tolérer le maintien lorsqu'on sait que l'emploi prendra fin à une date fixe. Les employés peuvent planifier leur retraite longtemps d'avance et la prendre avec dignité.

Un autre objectif important de l'al. 9a) était d'ouvrir le marché du travail aux jeunes travailleurs en chômage. Le problème du chômage serait aggravé si les employeurs ne pouvaient mettre à la retraite leurs plus anciens employés.

Tout simplement, la retraite obligatoire fait maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays. Telle était la situation lorsque l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* a été adopté. C'était également la situation qui prévalait lorsque la *Charte* est entrée en vigueur.

Il faut cependant dire que l'opinion de la société quant à la discrimination fondée sur l'âge et, partant, quant à la retraite obligatoire, a profondément changé au cours des dernières années. À l'origine, les régimes de services sociaux et les ententes privées, qui favorisaient et parfois imposaient la retraite obligatoire, combinés aux prestations de retraite étaient perçus comme une récompense pour les services rendus au cours de la vie active, et nul doute que les

aspects avantageux de ces régimes répondent à l'objectif important d'assurer la sécurité financière des personnes âgées et que plusieurs perçoivent encore ainsi la situation. Mais comme Jacques Maritain nous l'a enseigné, les droits de la personne continuent de jaillir de l'expérience humaine: *Man and the State* (1951). Pour certains, il est devenu très évident que la retraite était un mal plutôt qu'un bien et qu'elle entraînait la perte d'avantages antérieurs que plusieurs auteurs ont dénoncée en termes cinglants: voir par exemple, McDougal, Lasswell et Chen, "The Protection of the Aged from Discrimination" dans *Human Rights and World Public Order* (1980), ch. 15, particulièrement aux pp. 779 à 782.

L'âge n'avait pas encore été tout à fait reconnu comme motif de discrimination inacceptable lorsque les premiers documents internationaux sur les droits de la personne ont été adoptés. Ils ne mentionnaient pas précisément l'âge parmi les motifs de discrimination interdits bien que les énumérations n'aient jamais été considérées comme exhaustives. Quoi qu'il en soit, en raison des préoccupations grandissantes que soulevait la question, les Nations Unies ont entrepris une étude sur les personnes âgées (*Question des personnes âgées et des vieillards* (rapport du Secrétaire général), Doc. N.U. A9126 (1973)), qui a abouti à l'adoption par l'Assemblée générale d'une résolution soulignant le "respect de la dignité et de la valeur de la personne humaine" et pressant les États membres de "décourager, partout et dans tous les cas où la situation générale le permet, les attitudes, politiques et mesures discriminatoires fondées exclusivement sur l'âge qui existent dans les pratiques en matière d'emploi" (Rés. 3137 A.G., Doc. N.U. A19030 (1973)).

Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'âge gagne du terrain au Canada et dans d'autres pays. J'ai déjà mentionné sa reconnaissance partielle dans les codes sur les droits de la personne. Dans certaines provinces, comme dans la loi de la Colombie-Britannique dont il était question dans le pourvoi *Harrison*, précité, il n'est encore

reconnu que sous la forme qu'il avait en Ontario avant 1982. D'autres provinces, savoir le Québec, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, sont allées plus loin et ont interdit complètement la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. De même, en 1967, les États-Unis ont adopté l'*Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C. §§ 621 à 634 (1976), bien que son application ait été restreinte aux personnes de 40 à 65 ans. En 1977, cependant, le Maine a décrété l'abolition, qui devait entrer en vigueur en 1980, de la retraite obligatoire tant dans les secteurs public que privé (la loi est examinée par Kertzer, "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement", précité.

La nature du droit

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* mentionne spécifiquement l'âge parmi les motifs de discrimination que vise cette disposition, et il ne fait pas de doute, comme je l'ai déjà indiqué, que ce type de discrimination, comme les autres types mentionnés, peut porter sérieusement atteinte à la dignité et à la valorisation de la personne humaine. Il ne faut cependant pas oublier qu'il existe des différences importantes entre la discrimination fondée sur l'âge et certains autres motifs mentionnés au par. 15(1). D'abord, il n'y a rien d'inhérent dans la plupart des motifs énumérés de discrimination, savoir la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, ou le sexe, qui justifie une corrélation générale entre ces caractéristiques et les capacités. Mais il n'en est pas ainsi de l'âge. Il y a un rapport général entre le vieillissement et l'affaiblissement des capacités; voir "The Age Discrimination in Employment Act of 1967" (1976), 90 *Harv. L. Rev.* 380, à la p. 384; Tarnopolsky et Pentney, *Discrimination and the Law* (1985), à la p. 7-5. Cela ne signifie guère qu'il ne faut pas regarder d'un {oe}il suspect les difficultés générales fondées sur l'âge, car nous vieillissons à des rythmes différents et ce qui peut sembler vieux à une personne ne l'est pas nécessairement pour une autre. Pour déterminer l'importance à accorder à ce facteur, nous devrions cependant avoir à l'esprit que les autres

motifs énumérés sont généralement motivés par des facteurs différents. 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".

Je vais maintenant soupeser les valeurs concurrentes comme l'exige l'article premier de la *Charte*.

L'article premier

Question préliminaire

J'ai déjà mentionné de façon générale la méthode retenue par notre Cour pour soupeser des valeurs concurrentes en vue de déterminer si un régime législatif ou une autre loi constitue une exception raisonnable à un droit garanti en vertu de la *Charte*, et je ne la répéterai pas ici. Avant d'entreprendre cet examen, il est cependant nécessaire de trancher une question préliminaire soulevée en l'espèce. En Cour d'appel, les juges formant la majorité ont essentiellement restreint leur examen de l'article premier à la situation particulière dont ils étaient saisis, c'est-à-dire qu'ils ont examiné l'effet particulier de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* sur la retraite obligatoire dans le contexte des universités. Après examen des éléments de preuve dans ce contexte particulier, la cour a conclu que l'al. 9a) constituait une exception raisonnable au droit, garanti par l'art. 15 de la *Charte*, de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'âge. Le juge Blair (dissident) était cependant d'avis que l'al. 9a) devait être examiné en fonction de toutes les situations auxquelles il pourrait s'appliquer et en examinant ainsi la question, il a conclu que l'al. 9a) ne respectait pas les exigences de l'article premier de la *Charte*. Je dois souligner que le juge Gray, en première instance, a également examiné tout le contexte dans lequel la disposition s'appliquait, mais il a conclu qu'elle était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je suis d'accord, et le procureur général de l'Ontario l'a reconnu, que l'examen fondé sur l'article premier ne devrait pas être restreint au contexte universitaire. En l'espèce, les appelants ont été privés de la protection du Code non pas parce qu'ils étaient des professeurs d'université, mais parce qu'ils avaient 65 ans ou plus. Restreindre l'examen de son application au contexte universitaire serait incompatible avec le premier élément du critère de proportionnalité formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, à la p. 139, savoir, que "les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question". L'alinéa 9a) ne se restreint pas au contexte universitaire et, bien que la preuve relative au contexte particulier dans lequel les questions en litige ont pris naissance puisse, comme je l'ai

déjà indiqué, servir d'exemple pour démontrer le caractère raisonnable des objectifs, il ne faut pas la confondre avec ces objectifs. J'entreprends maintenant l'examen des objectifs.

Les objectifs

L'objectif de l'al. 9a) et de l'art. 4 du *Code des droits de la personne, 1981* est d'étendre la protection contre la discrimination aux personnes d'une catégorie d'âge particulière. Nous avons vu que la protection accordée à l'origine était restreinte aux personnes de 45 à 65 ans, un groupe pour lequel il existait des bonnes raisons de croire qu'il avait le plus besoin de protection. 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. Leur difficulté est également accrue par le fait que plusieurs d'entre eux reçoivent un salaire supérieur et demeureront généralement moins longtemps sur le marché du travail que les jeunes, un facteur qui est influencé non seulement par le désir de plusieurs personnes plus âgées de prendre leur retraite mais par les politiques de retraite des secteurs privé et public. En 1982, le travail chez les jeunes était également devenu un facteur beaucoup plus important et nous avons vu que la protection a été étendue de 18 à 65 ans.

De façon générale, ceux qui ont plus de 65 ans risquent beaucoup moins de souffrir des effets préjudiciables du chômage que les plus jeunes. Comme nous l'avons déjà souligné, de nombreux régimes de sécurité sociale et régimes de retraite privés sont conçus pour s'appliquer lorsque la personne atteint l'âge de 65 ans. Les intimés n'ont cependant pas dit que ce facteur suffisait à justifier la distinction faite dans le Code entre ceux qui ont moins de 65 ans et ceux qui ont plus de 65 ans. Et il est d'ailleurs certain que 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. En outre, comme je l'ai déjà indiqué, le travail ne saurait être considéré d'un seul point de vue purement économique. Dans une société axée sur le travail, ce dernier est inextricablement lié à l'identité et à la valorisation personnelles. Je n'ai cependant pas à m'étendre plus longtemps sur ce sujet, car comme les intimés l'ont prétendu, ces dispositions comportent plusieurs objectifs intimement liés et c'est en regard de ces objectifs combinés que le texte législatif doit être évalué.

Comme le juge Gray l'a souligné, les objectifs généraux visés par le législateur en adoptant l'al. 9a) et l'art. 4 ressortent clairement à la lecture des débats ayant abouti à leur adoption. Tout au long des débats, la question complexe de l'absence de protection en matière d'emploi pour ceux qui ont plus de 65 ans a fait l'objet d'une très grande préoccupation, mais d'autres considérations ont prévalu en dernier ressort. Après avoir exprimé ses inquiétudes au sujet de la retraite obligatoire, le Ministre, l'honorable Elgie, au moment de présenter le projet de loi en deuxième lecture, a poursuivi (*Ontario Hansard*, le 15 mai 1981, à la p. 743):

[TRADUCTION] D'autre part, je peux comprendre l'opinion des employés qui craignent qu'un tel changement puisse les obliger à reporter le moment de leur retraite et à ne profiter de ses avantages que plus tard, surtout les travailleurs plus âgés qui veulent tirer profit de ce qu'ils ont considéré, pendant des années, comme l'âge normal de la retraite.

Nous devons également tenir compte des ramifications du marché du travail si l'on étend la portée de la définition de l'âge dans le Code et de l'effet que cela pourrait avoir chez les jeunes qui entrent sur le marché du travail. Les taux de chômage dans cette catégorie sont toujours les plus élevés.

Plus tard, le 25 mai 1981 (*ibid.*, à la p. 959), il a encore une fois souligné que

[TRADUCTION] . . . émotivement, c'est ce que nous voulons tous faire [repousser l'âge de la retraite obligatoire], mais ce faisant nous devons nous assurer que nous ne priverons pas les gens de certains droits dont ils entendent profiter, et ce, à juste titre, lorsqu'ils prendront leur retraite.

Il ne faut pas agir avec précipitation; nous devrions reconnaître que nous ne devons pas priver les gens de certains avantages dont ils comptent bénéficier pendant leur retraite et nous devons être certains que nous ne touchons pas aux pratiques en matière d'embauche et de personnel ni au problème du chômage chez les jeunes en examinant trop précipitamment une question qui suscite beaucoup d'émotivité chez chacun de nous.

À l'étape de l'étude en comité, le Ministre a de nouveau expliqué les raisons pour lesquelles le gouvernement n'était pas prêt à abandonner l'âge de 65 ans comme limite d'âge pour jouir de la protection du Code en matière d'emploi. Le 1^{er} décembre 1981 (*ibid.*, à la p. 4097), il a affirmé:

[TRADUCTION] On ne peut aborder cette question sans examiner soigneusement les véritables problèmes qui se posent -- les problèmes de démographie, les problèmes de chômage chez les jeunes, les prestations de retraite et les changements subis que pourraient connaître les personnes qui n'ont pas planifié leur retraite de cette façon. Ce sont des choses dont il faut tenir compte.

. . . Ne faisons pas semblant qu'il y a des désaccords quant au principe. Nous parlons des problèmes qui peuvent se présenter et c'est ce à quoi nous allons nous attaquer dans cette étude.

Ce qui ressort clairement des débats est l'angoisse des députés face à une mesure qu'ils estimaient, pour des raisons qu'ils jugeaient prédominantes, ne pouvoir être étendue à la protection des plus âgés, et le gouvernement a décidé d'entreprendre d'autres études sur les ramifications de la hausse de la limite d'âge.

En supposant que le critère de proportionnalité peut être respecté, la plupart des raisons données par le législateur pour ne pas étendre la protection du Code à ceux qui ont plus de 65 ans justifient la suppression du droit constitutionnel à la même protection de la loi. C'était

également l'opinion du juge Gray qui, dans un extrait (à la p. 32) que je partage entièrement, explique ainsi la question:

[TRADUCTION] Ces extraits du harsard révèlent les véritables objectifs que poursuivait le législateur en restreignant la protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Les sujets de préoccupation prédominants portaient sur les incidences relatives à l'intégrité des régimes de retraite et aux perspectives d'avenir des jeunes travailleurs. L'objectif de fixer une limite d'âge est intimement lié à la volonté d'agir avec prudence en matière de réforme législative. À première vue, ces objectifs et ces préoccupations sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. On peut facilement dire de ces préoccupations motivantes qu'elles sont "urgentes et réelles dans une société libre et démocratique".

Nous sommes en présence d'un problème socio-économique complexe qui fait intervenir les règles fondamentales et intimement liées du milieu du travail à l'intérieur de toute notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, le législateur n'agissait pas en l'absence de tout contexte. La retraite obligatoire fait partie de notre société depuis longtemps; elle est répandue dans tout le marché du travail; elle vise 50 pour 100 de la population active. Les préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu'entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite, le travail chez les jeunes, l'utilité pour ceux qui sont sur le marché du travail de négocier et d'établir leurs propres conditions d'emploi, les avantages qui découlent des attentes et des arrangements en cours quant aux conditions d'emploi, y compris non seulement la retraite mais encore l'ancienneté et la permanence et, en réalité, presque tous les aspects des relations employeur-employé. Ces questions constituent certainement une "[préoccupation] urgente et réelle dans une société libre et démocratique". Comme le juge Gray l'a souligné à la p. 32, cette conclusion se trouve généralement confirmée par l'exemple des autres démocraties industrialisées. Les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Australie, la République fédérale d'Allemagne, la Norvège et le Japon associent tous une certaine forme de pension à la retraite obligatoire.

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.

Proportionnalité

Parce que les objectifs de la Loi sont suffisants pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution, il reste à examiner si les moyens utilisés pour les atteindre sont proportionnels selon les principes directeurs formulés antérieurement par notre Cour et déjà énoncés dans les présents motifs. La première question à examiner est de savoir si ces mesures ont un lien rationnel avec les objectifs poursuivis.

Rationalité

Je n'ai aucune difficulté à conclure que la Loi a un lien rationnel avec ses objectifs et je ne traiterai que brièvement de cette question puisque la plupart des mêmes considérations doivent être examinées pour déterminer si la Loi porte le moins possible atteinte au droit garanti.

Pour examiner cette question, il ne faut pas oublier de considérer l'historique de la retraite obligatoire et son rôle comme partie intégrante de l'organisation du milieu du travail dont j'ai déjà discuté. D'ailleurs, comme le juge Gray l'a souligné, précité, aux pp. 35 et 36,

[TRADUCTION] "l'examen [par les tribunaux] du caractère approprié des méthodes employées par le législateur ne peut être séparé de la connaissance que la conduite prudente du législateur est justifiée par le souci que la transition des valeurs s'effectue de façon ordonnée". J'ai déjà souligné que la résolution même de l'Assemblée générale des Nations Unies reconnaît la nécessité de tenir compte de la "situation générale" dans la promotion des droits des personnes âgées.

La Loi réalise évidemment son objectif de maintenir la stabilité en matière de régimes de retraite, et elle a donc un lien rationnel avec cette fin. Il en est également de même des répercussions que comporte l'établissement de l'âge de la retraite sur les conditions de travail. La retraite obligatoire fait partie d'un ensemble de règles complexes qui ont pour effet de conférer des avantages importants et d'imposer des obligations aux individus touchés. Par conséquent, le système qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activité n'a rien d'absurde.

Enfin, il y a la question du chômage chez les jeunes. Comme je l'ai déjà souligné, la retraite obligatoire semble avoir une certaine influence sur l'emploi des jeunes dans des systèmes fermés comme les universités. Cependant, à titre d'affirmation générale, la preuve, comme l'a souligné le juge Gray, est en quelque sorte fondée sur des hypothèses et je n'y attache pas beaucoup d'importance. Comme le professeur Pesando l'a souligné dans un passage cité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Harrison v. Univ. of B.C.* (à la p. 159), les chances d'emploi qui découlent de la retraite obligatoire ne doivent pas être considérées comme jouant un rôle capital dans le débat sur la retraite obligatoire.

Cependant, comme je l'ai déjà souligné, dans l'ensemble je n'ai aucune difficulté à conclure que la Loi a un lien rationnel avec les divers objectifs visés.

Atteinte minimale

J'examine maintenant la question de savoir si la retraite obligatoire porte "le moins possible" atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.

Dans l'exercice de leur fonction d'assurer la conformité aux normes constitutionnelles dans ces domaines ambigus, les tribunaux doivent forcément se servir des connaissances disponibles telles qu'elles existent et, en particulier, des recherches, de nature générale et spécialisée, en sciences sociales. Dans ses motifs, la Cour d'appel (aux pp. 49 à 51) a bien décrit les problèmes difficiles que comporte l'évaluation de ces travaux et la mesure dans laquelle les tribunaux devraient s'en remettre au jugement du législateur en tranchant les questions de l'atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution lorsque les éléments de

preuve étayent logiquement son jugement. Notre Cour a cependant traité récemment ces questions dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, que j'ai déjà examinées dans ces motifs, et je m'appuie sur ce que j'ai déjà dit dans cet arrêt. Je répète simplement en l'espèce que, dans ces cas, la question clé est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu des éléments de preuve présentés, à conclure que la loi porte le moins possible atteinte à un droit garanti, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

Dans l'examen de cette question, il est important, comme dans l'examen de la question de la rationalité des mesures législatives utilisées pour réaliser les objectifs du législateur, de rappeler les origines historiques de la retraite obligatoire à 65 ans et son évolution comme élément important de l'organisation du milieu du travail. Par suite de cette évolution, je répète qu'en général on considère maintenant que l'âge normal de la retraite est de 65 ans et que 50 pour 100 de la population active est organisée en fonction de la retraite obligatoire à cet âge. Il n'y a donc aucun stigmate de rattaché au fait de prendre sa retraite à 65 ans. C'est d'ailleurs également conforme à ce que la plupart des gens feraient volontairement. En effet, la preuve indique une tendance croissante à la retraite anticipée. Plusieurs la considèrent comme une récompense après de longues années de service et, pour une raison ou une autre, attendent avec impatience le jour où ils pourront la prendre. Les statistiques relatives aux travailleurs qui choisiraient volontairement de rester au travail après 65 ans varient de 0,1 à 0,4 pour 100 de la population active, ou de 4 787 à 19 148 personnes annuellement en 1985, pour atteindre 5 347 à 21 388 en l'an 2000 (affidavit du D^r Foot). Et la probabilité est qu'un nombre disproportionné se situe parmi les plus avantageés dans la société.

Comme je l'ai déjà souligné, la retraite obligatoire fait partie d'un ensemble de règles intimement liées qui s'influencent mutuellement. En examinant les politiques des universités en matière de retraite obligatoire, j'ai souligné ses répercussions dans le contexte universitaire.

Dans ce contexte, nous avons vu que la retraite obligatoire fait partie d'un système d'emploi à long terme jusqu'à l'âge de 65 ans. Le système comporte une hausse de la rémunération au fil des ans indépendamment, dans l'ensemble, du rendement courant, et réduit la tenue d'audiences humiliantes sur les capacités en vue d'un renvoi et ainsi de suite. Je renvoie de nouveau à l'extrait déjà reproduit des motifs de la Cour d'appel, à la p. 54. Comme je l'ai déjà mentionné, bien que l'al. 9a) ne puisse être examiné dans le contexte particulier de l'université, celle-ci est un microcosme qui reflète très bien un phénomène répandu sur le marché du travail, qui vise 50 pour 100 de la population active et touche certainement, par osmose, d'autres secteurs.

Bien qu'il y ait des différences importantes d'un secteur à l'autre, le système universitaire reflète à plusieurs égards de nombreux autres secteurs du marché du travail où la retraite obligatoire fait partie d'ententes contractuelles complexes intimement liées et applicables pendant la vie active et comporte quelque chose comme des prestations de rémunération différée. Cela est certainement vrai dans le cas des travailleurs syndiqués où l'ancienneté joue en quelque sorte le rôle équivalent de la permanence. L'ancienneté ne procure pas seulement aux plus anciens les postes les mieux rémunérés; elle les protège contre les mises à pied qui visent d'abord les plus jeunes. Et point n'est besoin d'avoir beaucoup d'imagination pour comprendre qu'on sera plus compréhensif et tolérant à l'égard d'une personne qui affiche une baisse de rendement au cours des années qui précèdent la retraite que si elle n'était pas sur le point de se retirer. Comme je l'ai indiqué, ce type d'entente rejoint, par osmose, plusieurs autres secteurs de la main-d'œuvre. Dans plusieurs organisations, la rémunération de l'employé croît avec les années parce qu'on prévoit, ou qu'il est entendu, qu'il partira à un moment donné.

Comme l'indique l'étude des professeurs Gunderson et Pesando produite par les intimés, la retraite obligatoire ne peut être envisagée de façon isolée. De l'avis de ces auteurs, les répercussions de l'abolition de la retraite obligatoire se feraient sentir [TRADUCTION] "dans tous les aspects du rôle du personnel: l'embauche, la formation, les renvois, la surveillance et l'évaluation, et la rémunération". Il faudrait aborder toutes ces questions. Dans un passage cité et approuvé par le juge Gray à la p. 38, ces auteurs font remarquer:

[TRADUCTION] Bref, un certain nombre de questions concernant la conception des régimes de retraite liés à l'emploi devraient être examinées s'il n'y avait pas de retraite obligatoire. Il en serait de même de la politique salariale de nombreux employeurs, particulièrement lorsque les prestations de retraite sont fonction de la rémunération de l'employé. L'utilisation d'un régime de retraite lié à l'emploi comme *moyen* de reporter une partie de tous les gains de l'employé au cours de ses dernières années de travail peut diminuer. Comme autrefois, si on n'autorise pas la retraite obligatoire, il est probable que des ajustements de prestation seront nécessaires à d'autres niveaux dans l'ensemble de la rémunération et des règles du travail qui régissent le milieu du travail.

En remaniant la retraite obligatoire, nous touchons à une institution qui est intimement liée à d'autres règles d'organisation du milieu du travail.

Les parties ont présenté des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales sur chacune de ces questions. Les appelants ont d'abord souligné que la retraite obligatoire représentait simplement un traitement arbitraire d'individus pour la seule raison qu'ils sont membres d'un groupe identifiable, citant le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous*, à la p. 24. Bien qu'il puisse y avoir des emplois où la retraite obligatoire peut être justifiée comme exigence professionnelle normale et raisonnable, ils ont affirmé que l'al. 9a) n'établit pas de distinction entre ces emplois et ceux où elle ne peut être justifiée. Ils ont ajouté qu'il serait facile de concevoir un régime où la retraite obligatoire ne s'appliquerait que dans les milieux de travail où elle serait requise, par exemple, pour protéger l'intégrité des régimes de retraite existants ou pour mettre en place un régime d'embauche de personnes plus

jeunes. Quoi qu'il en soit, ils ont prétendu que les éléments de preuve produits révélaiet que l'abolition de la retraite obligatoire n'augmenterait pas l'emploi chez les jeunes, que les régimes de retraite n'ont pas à prévoir de retraite obligatoire pour procurer une sécurité financière aux employés et que la retraite obligatoire n'aurait pas de répercussions importantes sur les politiques en matière de personnel, dont la rémunération différée, les renvois, l'évaluation et la surveillance, ni sur les questions de planification qui, somme toute, ne sont que des questions de commodité administrative, ni sur les coûts. Ils ont attiré notre attention sur le fait que dans plusieurs provinces canadiennes, savoir le Nouveau-Brunswick, le Québec et le Manitoba, la retraite obligatoire a été abolie sans effet néfaste, et qu'il en est de même dans le Maine.

Les intimés ont évidemment présenté des éléments de preuve à l'appui de conclusions contraires. Selon leur argumentation et les éléments de preuve à l'appui de celle-ci, il est probable qu'un certain nombre de conséquences se feraient sentir à toutes les étapes des relations employeur-employé. À l'étape de l'embauche, il pourrait y avoir réduction des chances d'emploi chez les jeunes. En outre, les employeurs pourraient hésiter à embaucher des travailleurs d'âge moyen si on ne précisait pas l'âge où le contrat devrait prendre fin, ce qui pourrait également restreindre les chances de promotion des travailleurs plus âgés. La mise en place d'un régime de rémunération différée ne serait pas réalisable. Quant aux conditions de travail, les éléments de preuve présentés portent que le renvoi des travailleurs plus âgés augmenterait vraisemblablement, qu'il y aurait également augmentation de la surveillance et de l'évaluation de tous les travailleurs, qu'il en irait de même de la surveillance et de l'évaluation continues, qu'en fin de compte le salaire des travailleurs plus âgés diminuerait et celui des travailleurs plus jeunes augmenterait et que l'importance de l'ancienneté ne serait plus la même. En outre, il faudrait revoir la conception des régimes de retraite liés à l'emploi. Tels

qu'ils existent actuellement, ces régimes font partie des régimes de rémunération différée qui favorisent généralement les travailleurs.

Face à ces opinions contraires, il ne serait pas du tout surprenant que le législateur ait choisi d'aborder la question avec prudence. Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, j'ai déjà mentionné ce que l'arrêt *Irwin Toy*, précité, nous a dit de la position que devrait adopter la Cour. En deux mots, la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

On nous a dit que plusieurs provinces ont aboli la retraite obligatoire et que les effets appréhendés ne se sont pas produits. Je dois dire premièrement que cette décision ne résultait pas d'une autorisation judiciaire, mais d'un choix du législateur. L'étude dont j'ai déjà parlé au sujet de la loi du Maine (voir Kertzer, précité, à la p. 168) révèle les étapes du processus législatif qui a conduit à l'abolition de la retraite obligatoire. Ce qui est cependant plus important, c'est que nous ne connaissons pas vraiment les incidences de ces nouveaux régimes et la preuve indique qu'il faudra attendre 15 à 20 ans avant de pouvoir en faire une analyse sérieuse. On peut douter des données américaines parce que les dispositions de réimposition de la loi américaine sur la sécurité sociale n'encouragent pas les travailleurs à poursuivre leur emploi au-delà de l'âge normal de la retraite. Nous ne connaissons donc pas vraiment le nombre de travailleurs qui choisiront de rester sur le marché du travail plus longtemps lorsque

l'âge normal de la retraite ne sera plus de 65 ans, non plus ainsi que la nature et la portée des répercussions de l'abolition de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail.

Prenons la question des pensions. Les professeurs Gunderson et Pesando font ressortir l'importance de cette question et sa corrélation avec la retraite obligatoire dans l'extrait suivant (à la p. 8):

[TRADUCTION] La retraite obligatoire, comme élément d'une convention collective ou de la politique d'une société en matière de personnel, est intimement liée à l'existence de régimes de retraite liés à l'emploi. Par exemple, le rapport du Conference Board (page 7) indique que quatre-vingt-seize pour cent des personnes interrogées qui ont un régime de retraite ont une politique de mise à la retraite obligatoire. Un rapport récent de Travail Canada indique que 95 pour 100 des régimes de retraite dans les conventions collectives de 500 employés ou plus au Canada comportent des clauses sur la retraite obligatoire, et que près de 70 pour 100 de ces conventions ont des dispositions relatives au régime de retraite. Par conséquent, près des deux tiers de ces grandes conventions collectives ont des dispositions sur la retraite obligatoire.

Les appelants prétendent néanmoins qu'il n'est pas prouvé que la suppression de la retraite obligatoire a un effet sur les pensions et que tout bouleversement résultant de cette suppression pourrait facilement être corrigé. Mais il existe des éléments de preuve solides à l'appui de l'observation du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 83, portant qu'"il existe un rapport étroit entre les traitements et les pensions". Les professeurs Gunderson et Pesando l'expliquent ainsi:

[TRADUCTION] Surtout si la pension de l'employé est fonction de ses rétributions juste avant la retraite, le régime de retraite risque d'être un moyen important de différer le versement de tous les gains (James E. Pesando, "The Usefulness of the Wind-Up Measure of Pension Liabilities", *Journal of Finance*, juillet 1985, produit comme pièce "L"). Les prestations de retraite accumulées chaque année ont tendance à augmenter avec l'âge et les années de service de l'employé. Les prestations de retraite augmentent de valeur au fur et à mesure que l'employé se rapproche de l'âge où elles devront être versées et les augmentations de salaire accordées à l'employé ont un effet amplifié grâce à la formule des prestations. Sans retraite obligatoire, les employeurs auraient vraisemblablement moins

tendance à différer la rémunération. Il faudrait alors apporter des ajustements à ce propos aux politiques salariales ou au régime de retraite, ou aux deux à la fois.

On craint que si l'âge de la retraite est repoussé, les prestations de sécurité sociale augmentent.

On comprend donc que les préoccupations au sujet de la retraite obligatoire ne portent pas sur de simples questions de commodité administrative relativement à un petit pourcentage de la population. Les préoccupations portent sur les répercussions qu'aurait la suppression d'une règle qui est généralement avantageuse pour les travailleurs sur les objectifs impérieux que vise le législateur.

On prétend que le législateur devrait adapter la Loi de façon à ne permettre la retraite obligatoire que dans les industries où l'âge constitue une exigence professionnelle normale et raisonnable. Comme nous l'avons cependant vu au moment de l'examen des politiques des universités, la question n'est pas forcément de savoir si un individu en particulier est ou n'est pas compétent pour faire le travail. La question est de savoir si un organisme privé devrait être organisé ainsi; voir également l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précité. Il semble difficile de voir comment le législateur pourrait le prédire en l'absence d'un examen des facteurs dans leur contexte comme ceux qui ont été examinés dans le contexte des universités et dans le contexte des arrêts connexes. Et il est loin d'être certain qu'une commission des droits de la personne soit nécessairement le meilleur organisme pour faire cette évaluation.

En réalité, il existe de bonnes raisons non seulement sur le plan économique, mais encore sur celui de la politique sociale, pour lesquelles le législateur n'a pas imposé sa volonté dans ce domaine. La retraite obligatoire n'est pas une politique du gouvernement au sujet de laquelle la *Charte* peut être invoquée directement. Il s'agit d'une entente négociée dans le

secteur privé et elle ne peut relever de la *Charte* que de façon indirecte parce que le législateur a tenté de protéger, et non pas de contester, une valeur reconnue par la *Charte*. Il ne s'agit pas d'une affaire comme l'arrêt *Blainey*, précité, où la disposition en question ne pouvait qu'avoir un objet discriminatoire.

Il faut se rappeler que nous n'avons pas affaire à un règlement applicable aux employés du gouvernement; il ne s'agit pas non plus d'une politique gouvernementale qui favorise la retraite obligatoire. Il s'agit simplement d'une politique facultative. Elle permet à ceux qui travaillent dans des divers domaines du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement, soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une condition imposée aux employés. Elle résulte plutôt en bonne partie des ententes que le mouvement syndical ou des employés, pris individuellement, ont réussi à obtenir avec peine. Elle découle des contrats d'emploi qui garantissent un travail stable et à long terme et une certaine sécurité au moment de la retraite. Loin d'être un véritable fléau, elle fait, comme l'explique le professeur Gunderson, [TRADUCTION] "partie des complexités des relations de travail" qui profitent généralement tant aux employeurs qu'aux employés. Des deux côtés, les attentes se sont intensifiées.

Comme je l'ai dit, le mouvement syndical, qui englobe le groupe d'employés le mieux protégé, s'est battu pendant plusieurs années pour l'obtenir. Les professeurs et le personnel des universités, qui sont directement visés en l'espèce, l'ont activement demandée. Le mouvement syndical s'inquiète maintenant de sa suppression. Le Congrès du Travail du Canada a adopté en 1980 et confirmé en 1982 une résolution (n° 377) à ce sujet qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] ATTENDU que le mouvement syndical s'est longtemps et durement battu pour obtenir une loi établissant la retraite obligatoire à soixante-cinq (65) ans;

ATTENDU que le mouvement syndical a continué de faire pression pour que l'âge de la retraite soit abaissé et la pension suffisante afin que les travailleurs puissent jouir en bonne santé de quelques années de loisirs;

ATTENDU qu'un âge de retraite obligatoire ouvre des emplois aux jeunes Canadiens qui font leur entrée sur le marché du travail;

ATTENDU qu'on a récemment exprimé le désir, dans certaines discussions et en particulier dans le rapport du sénateur David Croll, de mettre fin au régime de retraite obligatoire et d'instaurer un régime de retraite facultative;

IL EST RÉSOLU que le Congrès du Travail du Canada s'oppose à tout affaiblissement du système de retraite obligatoire et que le contexte légal facultatif actuel soit maintenu de sorte que les syndicats qui sont disposés à accepter la retraite obligatoire soient libres de le faire et que ceux qui veulent l'éliminer puissent le faire par la négociation collective.

Comme je l'ai indiqué, il est question en l'espèce de valeurs sociales et économiques importantes. La situation actuelle reconnaît aux parties concernées, les employeurs et les employés, la liberté de négocier une entente sur une question d'importance cruciale pour leur vie et leurs activités. La liberté des employeurs et des employés de fixer leurs conditions de travail au moyen d'un processus de négociation est un objectif très souhaitable dans une société libre. Les parties visées le souhaitent certainement. Les employeurs contestent cette action. Le mouvement syndical, qui représente une partie importante de la population active et dont les efforts ont profité à d'autres travailleurs, grâce à l'adoption de lois fixant des conditions normalisées pour les conventions collectives et à des ententes privées qui les reproduisent, la conteste également.

Les employeurs et les employés peuvent préférer les relations contractuelles qui prévoient une date fixe de cessation d'emploi plutôt qu'une période indéterminée de travail, parce qu'une telle entente procure un certain nombre d'avantages aux deux parties. Je les ai déjà mentionnés -- une forme de régime de rémunération différée, un contrôle périodique plutôt que permanent qui peut l'emporter si la rémunération d'un employé est toujours liée à la productivité, un

régime [TRADUCTION] "d'équité" grâce à des règles d'ancienneté, des procédures d'évaluation et de promotion consensuelles, une date fixe de cessation d'emploi permettant à l'employeur et à l'employé d'entreprendre une planification à long terme, et la volonté de fixer une date de cessation qui permettra à l'individu de prendre sa retraite avec dignité. De part et d'autre, on estime qu'il s'agit des caractéristiques d'une entente contractuelle qui lie l'employeur et l'employé pendant la vie active et dont la retraite obligatoire fait intégralement partie. Bien qu'il soit tout à fait compréhensible qu'un individu puisse s'opposer à la retraite obligatoire lorsqu'il atteint 65 ans, cela ne change rien au fait qu'il s'agissait de l'entente qui sous-tendait les attentes des deux parties au début et au cours de la vie active de l'employé et qui faisait l'objet de leur contrat.

Je n'ai pas l'intention en l'espèce de me prononcer sur les arguments économiques et il se peut bien que l'on conclue à l'avenir des ententes acceptables qui tiendront mieux compte des désavantages que comportent les ententes actuelles pour les personnes âgées. Mais je ne suis pas prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur, dans le contexte social et historique que nous connaissons actuellement, n'établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s'attaquer notre société. Le fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes. Ce dernier choix peut empiéter sur des droits importants d'autres personnes, particulièrement celles qui sont sur le point d'atteindre l'âge de la retraite. Mes observations dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 795, s'appliquent en l'espèce:

Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent

contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Dans ces circonstances, comme je l'ai affirmé dans cet arrêt, "le législateur doit disposer d'une marge de man{oe}uvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées". Une cour de justice doit donc examiner si, compte tenu des éléments de preuve disponibles, le législateur pouvait raisonnablement conclure que la protection qu'il accordait à un groupe ne portait pas atteinte de façon déraisonnable à un droit garanti. Pour reprendre la formulation retenue dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, le législateur était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte aux droits des personnes âgées compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

Portée trop large

Je n'ai traité de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* que sous l'angle de la retraite obligatoire. À mon avis, c'est le véritable problème que soulève la disposition. Il est cependant juste de dire que la contestation des appelants était plus large que cela. De l'avis de leur avocat, l'al. 9a) leur nie toute protection, prévue par le Code, contre toute forme de discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Il a prétendu que même si la disposition pouvait se justifier si elle était restreinte à la retraite obligatoire, elle aurait tout simplement une portée trop large.

L'avocat n'a pas trop insisté sur cet argument et j'estime qu'il a bien fait. En toute déférence, il me semble que l'argument porte sur des préoccupations qui sont plus hypothétiques que réelles. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 795, j'ai dit qu'il fallait se

garder d'adopter une interprétation des dispositions constitutionnelles qui soit trop abstraite, trop théorique. J'y ai souligné que l'application de la Constitution devait se faire de manière réaliste, compte tenu de la réalité pratique de la vie que vise la loi. En l'espèce, l'avocat des appelants a eu bien de la difficulté à donner un exemple de discrimination fondée sur l'âge qui ne serait pas par ailleurs visé par le Code. Le seul exemple qu'il a donné, celui d'une situation hautement improbable en milieu de travail, pourrait être traité par le Code comme du harcèlement. Il serait erroné de laisser la constitutionnalité d'une loi dépendre de l'omission du législateur de viser des situations qui sont, à toutes fins pratiques, hypothétiques en milieu de travail. Ce souci méticuleux d'avoir des lois parfaites ne peut, en toute logique, être exigé. En réalité, comme l'avocat des universités l'a laissé entendre, il se peut que le législateur ait voulu permettre une certaine souplesse de manière à pouvoir faire des ajustements en ce qui concerne les heures de travail ou les obligations compte tenu de l'âge. Personne ne conteste que le véritable effet de la disposition porte sur la retraite obligatoire.

Effets

Il reste à savoir s'il y a proportionnalité entre les effets de l'al. 9a) du Code sur le droit garanti et les objectifs de la disposition. Compte tenu de la perspective dans laquelle la plupart des arguments ont été présentés, je pourrais dire, comme je l'ai fait à l'égard des politiques des universités, que cet examen comporte réellement les mêmes considérations que celles que nous avons examinées pour déterminer si la Loi satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.

S'il en est certainement ainsi, il me semble cependant que la Loi peut être utilement abordée sous un angle plutôt différent et plus conforme à la réalité. Il est important d'avoir à l'esprit que le législateur n'a pas voulu légiférer en matière de retraite obligatoire. Ce qu'il a véritablement tenté de faire était de protéger les individus d'une catégorie d'âge particulière.

Compte tenu des préoccupations macro-économiques et sociales que comporte l'extension de cette protection au-delà de 65 ans, il n'a pas accordé la même protection au-delà de cet âge. Cela a évidemment eu pour effet de priver les personnes de plus de 65 ans de la même protection de la loi, au même titre, j'imagine, que le gouvernement n'accorde pas le même bénéfice de la loi lorsqu'il accorde une pension de vieillesse aux personnes de 65 ans plutôt qu'à celles de 63 ou 64 ans qui en ont besoin.

J'estime cependant que les tribunaux doivent agir très prudemment en abordant ce type de problème visé par la *Charte*. Il ne s'agit pas d'un cas comme l'arrêt *Blainey*, précité, où aucune raison légitime ne justifiait l'existence d'une disposition. Il ressort très clairement de l'examen de la situation dans cet arrêt que le traitement différent accordé aux femmes était simplement fondé sur un trait personnel non pertinent. Bref, il s'agissait de discrimination fondée sur le sexe. En l'espèce, la situation est très différente. Le législateur a voulu accorder une protection à un groupe qu'il estimait être celui qui en avait le plus besoin et il a exclu les autres en raison de considérations logiques et sérieuses dont il était raisonnablement fondé à croire qu'elles porteraient sérieusement atteinte aux droits des autres.

Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de man{oe}uvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble, en supposant qu'il soit possible de les saisir dans leur ensemble. Notre Cour a eu l'occasion

de discuter de possibilités de ce genre. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, le juge en chef Dickson, traitant de la réglementation du commerce et de l'industrie, dit, à la p. 772:

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

[TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire . . . Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique . . . Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres.

La question est donc de savoir si la ligne de démarcation peut être raisonnablement justifiée. Dans l'arrêt *Blainey*, elle ne le pouvait pas. En l'espèce, je pense qu'elle peut l'être et je ne crois pas (bien qu'il s'agisse d'une question qui est toujours sujette à examen) que la ligne de démarcation, qui est non seulement raisonnable mais convenablement définie en fonction de l'âge, soit nécessairement invalide parce qu'il s'agit d'un motif de discrimination prohibé. En autorisant les programmes de promotion sociale en vertu du par. 15(2), la *Charte* reconnaît elle-même que des mesures légitimes prises pour traiter des problèmes d'inégalité peuvent elles-mêmes créer des inégalités. Il ne faudrait donc pas être surpris que l'article premier de la *Charte* permette d'apporter des solutions partielles à la discrimination lorsqu'il existe des motifs raisonnables de limiter une mesure.

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

dans le secteur privé. Cela incite à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du choix du législateur. Comme le substitut du procureur général de la Saskatchewan l'a dit, [TRADUCTION] "Cela devrait nous inciter à veiller à ce que la *Charte* ne fasse indirectement ce qui lui est clairement interdit de faire directement". Ce qui, je le répète, ne veut pas dire que les tribunaux doivent rester figés lorsqu'il y a violation des droits de la personne dans le Code lui-même, comme cela s'est produit dans l'affaire *Blainey*. Mais de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais comme je l'ai déjà mentionné, la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit et constituer un autre jalon dans le long processus vers une reconnaissance pleine et entière de la dignité de la personne humaine.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

Non.

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

Si ces dispositions avaient été adoptées par le gouvernement, elles porteraient atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Si la quatrième question avait reçu une réponse affirmative, ces dispositions seraient néanmoins justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

//Le juge Wilson//

LE JUGE WILSON (dissidente) -- Ce pourvoi et les autres entendus en même temps ont été regroupés pour permettre à notre Cour d'examiner l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* à un certain nombre d'entités différentes qui remplissent différents types de fonctions publiques que le gouvernement a intérêt à voir remplir. On souhaitait que l'examen de ces entités, de leurs constitutions, de leurs objets, de la manière dont elles sont régies ou contrôlées et de la manière dont elles sont subventionnées et dirigent leurs opérations permettrait de dégager certains critères qui pourraient être appliqués d'une manière structurée pour déterminer si d'autres entités remplissant ces fonctions ou des fonctions comparables sont visées par l'art. 32 de la *Charte*. Il serait évidemment souhaitable que ces critères puissent être formulés, au lieu d'obliger chaque entité à se présenter devant la Cour pour que celle-ci tranche la question en fonction de chaque cas. En effet, le gouvernement et ces entités pourraient à tout le moins porter un jugement éclairé quant à savoir si leur conduite serait sujette à un examen fondé sur la *Charte*. C'est donc avec cet objectif à l'esprit que j'aborde la première question examinée en l'espèce par mon collègue le juge La Forest, savoir la *Charte* s'applique-t-elle aux universités?

I. À qui s'applique la *Charte*?

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* prévoit:

32. (1) La présente charte s'applique:

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Notre Cour a examiné en détail la façon appropriée d'interpréter cette disposition dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. La question en litige était de savoir si l'injonction prononcée par un tribunal en vue d'empêcher un syndicat de faire du piquetage secondaire portait atteinte à la liberté d'expression du syndicat reconnue à l'al. 2b) de la *Charte*. À son tour, cette question soulevait celle de savoir si une ordonnance judiciaire obtenue dans le cadre d'un conflit de travail entre une société et un syndicat pouvait faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*.

Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour sur cette question, a commencé son examen de l'applicabilité de la *Charte* en soulignant que le par. 32(1) de la *Charte* établissait clairement que celle-ci s'appliquait au Parlement et au gouvernement du Canada ainsi qu'aux législatures et aux gouvernements des provinces. Mais parce que les particuliers ne sont pas mentionnés au par. 32(1), il était d'avis que la *Charte* ne s'appliquait pas aux litiges privés en l'absence de tout lien avec le gouvernement. Il a ensuite examiné ce que le terme "gouvernement" signifiait dans cette disposition. Il a affirmé, à la p. 598:

Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme "gouvernement" utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général -- c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État -- mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme "gouvernement" qui suit les termes "Parlement" et "législature", doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot "gouvernement" utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. [Je souligne.]

Ayant conclu que le terme "gouvernement" désignait la branche exécutive ou administrative du gouvernement, le juge McIntyre a ensuite examiné les façons dont la branche exécutive ou

administrative pouvait violer la *Charte*. Il a conclu qu'il pouvait y avoir violation de deux manières différentes. Le pouvoir exécutif pouvait agir en application d'une loi qui elle-même violait la *Charte*, ou il pouvait agir en vertu d'un principe de common law qui donnait lieu à une violation de la *Charte*. Il dit, à la p. 599:

Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a ensuite abordé la question centrale de l'arrêt *Dolphin Delivery*, savoir si, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal devrait être considérée comme une action gouvernementale. Il a conclu par la négative, aux pp. 600 et 601:

Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordonnance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de réponse à la question. Pour que la *Charte* s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a reconnu la difficulté de préciser exactement l'élément de participation gouvernementale nécessaire à l'application de la *Charte*. Il a cependant indiqué, à la p. 602, que la *Charte* s'applique à la législation déléguée comme les "règlement[s], [les] décrets, peut-être [les] règlements municipaux et [les] règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures". Lorsqu'un particulier prétend qu'une action gouvernementale de ce genre entraîne la violation des droits d'un tiers garantis par la *Charte*, celle-ci s'appliquerait. Mais l'ordonnance d'un tribunal ne peut à elle seule être invoquée comme action gouvernementale aux fins de la *Charte*. Il a dit, à la p. 603:

Toutefois, lorsque "A", une partie privée, actionne "B", une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas.

Le juge McIntyre a conclu son analyse en soulignant que, dans l'affaire dont il était saisi, il n'y avait pas de loi fautive. Il n'y avait qu'une règle de *common law* selon laquelle le piquetage secondaire constituait un délit et pouvait faire l'objet d'une injonction visant à l'interdire parce qu'il donnait lieu à la violation d'un contrat. Tout en reconnaissant que la *Charte* s'applique à la *common law* lorsque l'action gouvernementale se fonde sur celle-ci, le juge McIntyre était d'avis qu'en l'espèce il n'y avait pas d'action gouvernementale susceptible de déclencher l'application de la *Charte*.

Quels principes peut-on alors dégager de l'arrêt *Dolphin Delivery*? Il me semble qu'il y en a trois:

(i) le paragraphe 32(1) de la *Charte* s'applique à la législation au sens large et aux actions de la branche exécutive ou administrative du gouvernement;

(ii) le paragraphe 32(1) de la *Charte* ne s'applique pas aux litiges entre particuliers en l'absence de tout lien avec le gouvernement; et

(iii) une ordonnance judiciaire ne constitue pas une action gouvernementale aux fins d'un examen en vertu de la *Charte*.

Ces conclusions, surtout les deuxième et troisième, ont fait l'objet de nombreuses critiques. Certains ont dit que la Cour avait donné à la disposition une interprétation ambiguë. D'autres ont simplement manifesté leur désaccord. Mais il est clair qu'il existe au moins deux courants de pensée opposés qui sous-tendent les critiques et il peut être utile de les examiner.

1. *La doctrine*

a) La distinction entre la common law et la législation

Plusieurs critiques ont interprété les motifs de la Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery* comme s'ils établissaient une distinction entre la common law et la législation et comme s'ils laissaient entendre que la common law et les litiges entre particuliers sont liés et que la législation et les litiges impliquant le gouvernement sont liés. Ayant interprété l'arrêt de cette manière, les critiques ont ensuite souligné que, si leur opinion était juste, le *Code civil du Bas-Canada* serait assujéti à la *Charte*, mais la majeure partie de la common law ne le serait pas. Le professeur Otis l'explique de cette façon:

[TRADUCTION] Chose étonnante, les juges de la Cour suprême du Canada ne semblent pas avoir pris conscience qu'une distinction si radicale entre la common law et la législation en matière d'application de la *Charte* pourrait avoir des conséquences importantes pour le système de droit civil du Québec. Presque tout le champ des rapports juridiques privés au Québec est régi par le Code civil ou les lois. Si le raisonnement de la

Cour est suivi pour qualifier le Code en vertu du paragraphe 32(1), la *Charte* risque d'avoir une portée plus large au Québec que dans les provinces de common law où le droit prétorien en matière privée est soustrait à la contestation constitutionnelle directe. Les Québécois bénéficient donc peut-être d'une plus grande protection constitutionnelle que les autres Canadiens, et, inversement, le droit privé au Québec est assujéti à des restrictions constitutionnelles peut-être plus importantes que le droit des provinces de common law. On peut prétendre que cela ne constitue rien de moins que l'établissement d'une dualité constitutionnelle au Canada fondée sur le motif ténu que le terme "gouvernement" au paragraphe 32(1) doit recevoir une connotation institutionnelle.

(Otis, "The Charter, Private Action and the Supreme Court" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 71, à la p. 87.)

D'autres auteurs ont prétendu la même chose: voir Slattery, "The *Charter's* Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?" (1987), 32 *McGill L.J.* 905, à la p. 910; et Howse, "*Dolphin Delivery*: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 248, à la p. 251. En outre, le professeur Slattery prétend que, puisque dans la majeure partie du Canada l'application de la common law dépend finalement des dispositions explicites des diverses lois dites Reception Acts, il est difficile de voir comment l'on peut justifier l'exclusion de cette common law d'un examen fondé sur la *Charte*: voir Slattery, précité, à la p. 910.

Après avoir souligné l'une des façons dont la distinction entre la common law et la législation engendre, selon eux, des difficultés, un certain nombre de critiques ont ensuite contesté la distinction de façon plus générale. Par exemple, le professeur Manwaring souligne que [TRADUCTION] "il semble contradictoire de dire que les règles régissant le piquetage secondaire en Colombie-Britannique peuvent être contestées dans la mesure où elles portent atteinte à la liberté d'expression pour la seule raison qu'elles se trouvent dans une loi alors que les règles plus restrictives des autres ressorts ne la violent pas parce que le législateur a choisi délibérément de ne pas légiférer": voir Manwaring, "Bringing the Common Law to the Bar

of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413, à la p. 444.

Le professeur Slattery reconnaît qu'il existe des distinctions importantes entre la common law et la législation, mais il souligne que [TRADUCTION] "ces différences sont sans rapport avec la question de l'application de la *Charte* aux rapports entre particuliers": voir Slattery, précité, à la p. 917. Il poursuit en demandant:

[TRADUCTION] Est-il *logique* de prétendre que la *Charte* s'applique aux rapports entre particuliers lorsque ces rapports sont régis par la législation, mais qu'elle ne s'applique pas lorsqu'ils sont régis par la common law? Existe-t-il en principe, ou dans le texte clair de la *Charte*, des raisons de parvenir à ce résultat? Ou s'agit-il d'une distinction arbitraire qui entraîne des résultats artificiels et non fondés sur des principes? [En italique dans l'original.]

Et dans un passage qui saisit l'essence de la plupart des critiques concernant la distinction entre la common law et la législation, Howse explique que [TRADUCTION] "l'association que fait le juge McIntyre des règles de common law avec les ordonnances de nature privée et sa définition de l'action gouvernementale en fonction de la législation et des activités gouvernementales poursuivies en application de la loi constituent une interprétation formaliste de la signification constitutionnelle pertinente de l'action gouvernementale": voir Howse, précité, à la p. 251.

À mon avis, cette critique est fondée sur une mauvaise interprétation de l'arrêt *Dolphin Delivery*. Je ne puis conclure que le juge McIntyre a assimilé la common law aux litiges entre particuliers et la législation aux litiges impliquant le gouvernement. En réalité, il a dit clairement que l'élément crucial était une action de la branche exécutive ou administrative du gouvernement fondée soit sur une loi qui viole la *Charte* soit sur un principe de common law

qui entraîne une violation de la *Charte*. Il affirme très clairement, à mon avis, dans le passage que j'ai souligné de ses motifs, à la p. 599, que la *Charte* s'applique à la common law, tant dans les litiges publics que dans les litiges privés, pourvu que le gouvernement se soit fondé sur celle-ci. Évidemment, il ressort de son analyse que, bien que la législation (l'action de la législature) puisse être assujettie à un examen fondé sur la *Charte* peu importe qu'une action de la branche exécutive ou administrative soit fondée sur celle-ci, la common law ne sera pas assujettie à un examen en vertu de la *Charte* en l'absence d'une action gouvernementale fondée sur celle-ci. Cette conclusion découle forcément de son opinion que le par. 32(1) exige soit une action législative (la législation étant interprétée dans un sens large) soit un acte de la branche exécutive ou administrative du gouvernement fondé sur un principe de common law qui entraîne une violation de la *Charte*. Il affirme que c'est là la conséquence du par. 32(1) qui rend la *Charte* applicable à la législature et au gouvernement.

Je partage l'avis des commentateurs que l'une des conséquences du refus, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, d'appliquer la *Charte* à la common law en l'absence d'une action gouvernementale est que la *Charte* aura une application plus générale au Québec que dans les autres provinces. Il semble toutefois inévitable que toute loi, y compris le *Code civil* du Québec, soit assujettie à un examen fondé sur le par. 32(1) de la *Charte*. À cet égard, je ne vois aucune raison pour laquelle le *Code civil* peut être distingué des autres lois. On pourrait se demander si le Parlement a oublié ce problème lorsqu'il a adopté le par. 32(1), surtout si le professeur Hogg a raison de dire que l'historique législatif appuie le point de vue que le législateur n'a pas voulu que la *Charte* s'applique aux actions privées; voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 23 et 24. Il en découle nécessairement, me semble-t-il, que l'action gouvernementale est une sorte de condition préalable pour que des principes de common law puissent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*.

Il me semble que la véritable question est de savoir si la Cour a eu raison de conclure que, selon le par. 32(1) de la *Charte*, une certaine participation gouvernementale était nécessaire pour déclencher l'examen fondé sur la *Charte*. Je vais en traiter plus loin.

b) Le statut des ordonnances judiciaires

La deuxième principale critique dont a fait l'objet l'opinion du juge McIntyre, savoir qu'il est erroné de ne pas traiter les ordonnances judiciaires comme une action gouvernementale, pose un défi particulier du fait qu'elle nous oblige à examiner des questions complexes concernant la nature même de l'action gouvernementale. Dans le cadre de l'examen de cet aspect de la décision, de nombreux auteurs qui ont critiqué l'arrêt *Dolphin Delivery* se sont empressés de souligner ce qui serait une contradiction apparente dans l'opinion du juge McIntyre. Par exemple, le professeur Manwaring, précité, affirme, à la p. 438:

[TRADUCTION] Sur ce point, son raisonnement prête à confusion malgré son importance quant au résultat. Il a dit que les tribunaux sont liés par la *Charte* de la même façon qu'ils sont liés par toute règle de droit mais, en même temps, il prétend que les ordonnances judiciaires ne constituent pas une action gouvernementale aux fins de l'article 32 parce que les tribunaux ne font pas partie de la branche exécutive du gouvernement. Ils agissent comme des arbitres neutres. Cela signifie que les tribunaux ont un statut constitutionnel indépendant qui les soustrait à l'application de la *Charte*. Ce raisonnement est contradictoire parce qu'il laisse entendre que les tribunaux sont à la fois liés et non liés, mais il n'apporte pas de critère clair qui nous permettrait de décider dans quels cas la *Charte* s'applique.

Si les tribunaux sont liés par la *Charte*, il est absurde de dire qu'ils ne sont pas tenus de la respecter lorsqu'ils rendent des ordonnances.

D'autres critiques ont ajouté au moins trois commentaires au sujet des observations du juge McIntyre concernant les ordonnances judiciaires et la contradiction apparente de son raisonnement. Premièrement, plusieurs auteurs ont souligné que diverses dispositions de la *Charte* établissent clairement qu'il existe des cas où la *Charte* s'applique aux tribunaux. Par

exemple, le professeur Hogg affirme que les art. 11, 12, 13, 14 et 19 de la *Charte* s'appliquent évidemment aux tribunaux: voir Hogg, "*The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action*" (1986-87), 51 *Sask. Law Rev.* 273, à la p. 275; voir également Howse, précité, à la p. 251. Le professeur Hogg souligne que les tribunaux de notre pays ont été créés ou maintenus par des lois et que [TRADUCTION] "leurs pouvoirs de décerner des injonctions et de rendre d'autres ordonnances est conféré (ou maintenu) par des lois". Étant donné que d'autres tribunaux administratifs devront se conformer à la *Charte*, il demande [TRADUCTION] "Pourquoi pas les cours de justice?": voir Hogg, précité, à la p. 275.

Une deuxième série d'attaques plus globales laisse entendre que l'examen du par. 32(1) par le juge McIntyre est tout simplement incompatible avec une compréhension solide de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le professeur Beatty présente l'argument de la façon suivante:

[TRADUCTION] Pour ceux qui interprètent l'article 52 de manière globale, comme élevant la Constitution et le principe de la primauté du droit au-dessus de toutes les branches de notre gouvernement, le résultat ne peut être différent lorsque le pouvoir judiciaire de notre gouvernement déclare que ce texte de loi ou un texte de loi semblable constitue la règle décisive. Peu importe laquelle des trois branches du gouvernement exerce le pouvoir de l'État pour réconcilier ces libertés concurrentes, la force et l'empire de la loi seront les mêmes.

(Beatty, "Constitutional Concepts: The Coercive Authority of Courts" (1987), 37 *U.T.L.J.* 1983, à la p. 187.)

Le professeur Slattery prétend que les tribunaux judiciaires doivent être considérés comme une branche du gouvernement: les tribunaux judiciaires [TRADUCTION] "agissent au nom de la collectivité dans son ensemble, symbolisée par le ministère public, et détiennent leur pouvoir de ce fait. À cet égard, ils représentent l'État, même s'ils fonctionnent de façon

différente des autres branches du gouvernement" (Slattery, précité, à la p. 918). De même, le professeur Gibson affirme:

[TRADUCTION] Si l'on se demandait pourquoi, de l'avis de la plupart des constitutionnalistes, et maintenant de la Cour suprême du Canada, les acteurs gouvernementaux devraient être assujettis à une obligation plus sévère de respecter les droits et libertés que ne le sont les particuliers, la réponse la plus fréquente serait certainement celle-ci: c'est parce que les activités du gouvernement, appuyées par le pouvoir considérable de l'État, comportent un risque beaucoup plus grand d'oppression que les activités privées. Les pouvoirs judiciaires présentent-ils un risque moins grand d'oppression que les pouvoirs exécutifs? Certainement pas. Les juges exercent à tout le moins autant de pouvoir sur les citoyens que la plupart des bureaucrates. Quelquefois, ce pouvoir comprend celui de vie et de mort. À l'échelon le plus élevé, on pourrait dire que le pouvoir judiciaire détient même un pouvoir plus grand que le pouvoir exécutif puisque les décisions de la Cour suprême du Canada, contrairement à celles du cabinet, sont à l'abri du contrôle judiciaire.

(Gibson, "What did Dolphin Deliver?", dans Gérald-A. Beaudoin, éd., *Vos clients et la Charte -- Liberté et égalité* (1987), à la p. 83.)

Finalement, certains ont formulé une troisième série de critiques quant à la proposition que les ordonnances judiciaires ne constituent pas une action gouvernementale. Ils ont souligné qu'il est bien reconnu aux États-Unis que l'action judiciaire peut constituer une action gouvernementale et que les tentatives de distinguer les tribunaux judiciaires des gouvernements risquent d'échouer: voir, par exemple, Manwaring, précité, à la p. 440. En outre, le professeur Etherington a souligné que plusieurs auteurs dont les travaux ont été jugés concluants par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery* ont jugé que la *Charte* ne devrait pas s'appliquer aux actes privés mais qu'ils ne laissent jamais entendre que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés: voir Etherington, "*Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 66 *R. du B. can.* 818. À la page 833, il souligne:

[TRADUCTION] Mais tous considèrent que la question de savoir si la *Charte* devrait s'appliquer aux litiges privés lorsqu'un tribunal est appelé à appliquer une règle de common law qui viole un droit reconnu par la *Charte* est distincte de celle de savoir

ce qui constitue une action gouvernementale. Swinton ne se prononce pas sur la question de savoir si la Charte devrait s'appliquer aux litiges privés dans de telles circonstances. McLellan et Elman disent que la Charte aura probablement de cette façon une incidence indirecte sur les activités des particuliers, alors que Hogg préconise l'adoption, dans ces cas, de la théorie des arrêts *Shelley v. Kraemer* [334 U.S. 1 (1948)] et *N.Y. Times Co. v. Sullivan* [376 U.S. 254 (1964)] pour empêcher les tribunaux d'appliquer des principes de common law qui porteraient atteinte à des droits reconnus par la Charte. Bien que la thèse de Hogg sur la question centrale en cause dans l'arrêt *Dolphin Delivery* soit exposée assez clairement plus loin dans le jugement, l'affirmation du juge McIntyre que sa conclusion, que la Charte ne s'applique pas aux litiges privés, a été adoptée par la plupart des commentateurs qui ont traité de cette question n'est pas convaincante.

Pour résumer, ceux qui critiquent l'affirmation que les ordonnances judiciaires ne constituent pas une action gouvernementale soulignent: (i) que différentes dispositions de la *Charte* sont évidemment applicables aux tribunaux judiciaires, (ii) que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que le par. 32(1) de la *Charte* soit interprété de façon à lier les tribunaux judiciaires par ses dispositions, et (iii) que les tribunaux judiciaires représentent l'État autant que toute autre branche du gouvernement.

Retournons à l'analyse du juge McIntyre sur cette question. Le n{oe}ud de l'affaire ressort de l'extrait, que j'ai souligné, de la p. 600 de ses motifs. Il affirme:

Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés.

Il me semble que deux idées sous-tendent cet extrait. La première est la distinction faite par le juge McIntyre entre le rôle du tribunal dans un litige et le rôle des parties. Une des parties prétend que l'autre a violé la *Charte*. Le tribunal est lié par la *Charte* en ce sens qu'il doit l'interpréter et l'appliquer au litige. Mais il affirme que le tribunal est un arbitre neutre dans

ce processus décisionnel. La question qu'il lui faut trancher est la suivante: y a-t-il eu violation de la *Charte* par la législature ou la branche exécutive ou administrative du gouvernement? Les critiques affirment: mais le tribunal est lui-même le "gouvernement" au sens du par. 32(1) lorsqu'il répond à cette question. Le juge McIntyre répond que non: il agit en sa qualité de décideur traditionnelle qui le rend tout à fait indépendant des autres branches du gouvernement. Il affirme qu'il doit en être ainsi parce qu'il ne pourrait autrement remplir la fonction que lui a conférée la *Charte*. Il ne peut être à la fois juge et partie. Par exemple, comment pourrait-il aborder de façon impartiale la question de savoir si le gouvernement a violé des droits de la personne ou si, le cas échéant, sa conduite était justifiée en vertu de l'article premier?

Cela ne veut pas dire, comme le juge McIntyre le souligne, que les tribunaux sont au-dessus de la loi et de la *Charte*, mais simplement que, dans l'exercice de leur fonction décisionnelle en vertu de la *Charte* dans un litige opposant d'autres parties, ils ne peuvent être considérés comme le "gouvernement", et que le résultat de leur processus décisionnel, l'ordonnance judiciaire, ne peut être considérée comme une action gouvernementale aux fins du par. 32(1).

Évidemment, si un tribunal en tant qu'institution devait, dans le cadre de sa propre gestion, violer les droits d'un citoyen, comme, par exemple, la liberté de religion ou les droits à l'égalité de ses employés, il serait tout aussi coupable d'une violation de la *Charte* que toute autre institution.

La deuxième idée exprimée par le juge McIntyre est que si les ordonnances judiciaires constituent une action gouvernementale aux fins du par. 32(1), alors, étant donné que presque tous les litiges portés devant le tribunal aboutissent à une ordonnance quelconque du tribunal, tous les litiges seraient assujettis à un contrôle en vertu de la *Charte*. Le juge McIntyre a

évidemment pensé qu'il s'agirait là d'une façon très compliquée de rendre la *Charte* applicable aux actions privées. Pourquoi le par. 32(1) restreindrait-il l'application de la *Charte* aux législatures et aux gouvernements si elle était destinée à s'appliquer aux actions entre particuliers également? Pourquoi ne pas le dire tout simplement? J'estime qu'il ressort aussi clairement des motifs de l'arrêt *Dolphin Delivery* que le juge McIntyre s'inquiétait de voir le rôle des codes des droits de la personne supplanté par la *Charte*.

En supposant que mon interprétation de l'arrêt de la Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery* soit juste et que la Cour ait établi une nette distinction entre les actions gouvernementales et privées aux fins de l'application de la *Charte*, était-elle justifiée de le faire?

2. *La distinction entre les actions privées et gouvernementales est-elle justifiable?*

Le professeur Slattery a prétendu que bon nombre des difficultés rencontrées dans l'arrêt *Dolphin Delivery* découlent de la distinction que fait la Cour entre l'action gouvernementale et l'action privée. Il partage l'opinion du professeur Beatty que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît que la Constitution "rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit" est une indication claire que le par. 32(1) n'avait pas pour but de limiter l'application de la *Charte*. Le professeur Slattery affirme, à la p. 920:

[TRADUCTION] Étant donné qu'aujourd'hui, dans la majeure partie du Canada, le droit est un tissu serré formé à la fois de la common law et de la législation, rechercher la maille maîtresse de l'action de l'État risque de s'avérer à la fois frustrant et futile à la fin.

Par conséquent, le professeur Slattery laisse entendre que les questions d'applicabilité ne peuvent être vraiment tranchées que par un examen de chacune des dispositions de la *Charte*:

voir Slattery, précité, à la p. 922, et Slattery, "Charter of Rights and Freedoms -- Does it Bind Private Persons" (1985), 63 *R. du B. can.* 157, à la p. 158.

De son côté, le professeur Gibson a toujours prétendu que la seule façon logique d'interpréter le par. 32(1) de la *Charte* est de n'apporter aucune restriction à l'éventail des organismes auxquels elle s'applique: voir "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213; "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505; *The Law of the Charter: General Principles* (1986), aux pp. 85 à 118; et "What did Dolphin Deliver?", dans *Vos clients et la Charte -- Liberté et égalité*, précité, aux pp. 75 à 90. Il souligne que la jurisprudence et la doctrine américaines se sont données du mal en vain pour établir une distinction utile. Et il souligne que dans l'arrêt *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967), à la p. 378, la Cour suprême des États-Unis a décrit les efforts pour établir une distinction entre l'action privée et l'action gouvernementale comme [TRADUCTION] "une tâche impossible". Il est lui aussi d'avis que la formulation du par. 32(1) n'exige pas que la Cour apporte des limites à l'application de la *Charte*. En outre, il soutient que [TRADUCTION] "Si la Charte doit viser à établir un équilibre satisfaisant entre les revendications des particuliers et celles de la collectivité, ses normes doivent être appliquées à tous ceux, qu'il s'agisse d'organismes publics ou de particuliers, dont les actions portent atteinte aux droits et aux libertés des autres": voir *The Law of the Charter: General Principles*, précité, à la p. 118.

Le professeur Manwaring a également examiné certains des problèmes soulevés dans la jurisprudence américaine sur la théorie de l'action de l'État et souligne qu'il existe des auteurs américains qui ont prétendu que la distinction entre les actions publiques et les actions privées est incohérente sur le plan des concepts: voir, par exemple, Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289 à 1608. Bien qu'il souligne qu'à son avis le

par. 32(1) de la *Charte* avait pour but de codifier la théorie même de l'action de l'État qui s'est avérée à l'origine de tant de problèmes insolubles aux États-Unis, il conclut que [TRADUCTION] "[I]'étendue de la confusion dans la doctrine et la force de la critique laissent voir que, même si les raisons d'inclure l'article 32 dans la *Charte* semblent évidentes, l'application pratique de cette disposition sera très difficile": voir Manwaring, précité, à la p. 436.

Certains commentateurs qui sont d'avis que la *Charte* s'applique tant aux actions privées qu'aux actions gouvernementales ont laissé entendre que le par. 32(1) peut avoir simplement été inclus pour établir clairement que la *Charte* lie également Sa Majesté. Par exemple, le professeur de Montigny souligne qu'on pourrait être tenté d'expliquer la présence de cette disposition en faisant appel [TRADUCTION] "au principe bien connu et bien établi que Sa Majesté, en l'absence d'une indication expresse contraire, n'est pas assujettie à la législation, et en prétendant donc que sans une mention expresse du gouvernement à l'article 32, les décisions prises par le pouvoir exécutif dans l'exercice de sa prérogative ne pourraient pas faire l'objet d'un examen": voir "Section 32 and Equality Rights", dans Bayefsky et Eberts, éd., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), à la p. 568.

Dans le même ordre d'idées, le professeur Gibson souligne dans *The Law of the Charter: General Principles*, précité, aux pp. 112 et 113:

[TRADUCTION] Premièrement, il existe un principe d'interprétation établi depuis longtemps que, bien que la loi s'applique habituellement à tous sans mention explicite, elle ne s'applique pas à Sa Majesté à moins que celle-ci ne soit mentionnée explicitement ou par déduction nécessaire. Les lois qui prévoient qu'elles s'appliquent à Sa Majesté, mais ne mentionnent pas explicitement les autres auxquelles elles s'appliquent sont monnaie courante. Étant donné qu'une conception semblable pourrait être retenue quant à l'interprétation de la Charte, il y avait de bonnes raisons de mentionner expressément le "gouvernement" au paragraphe 32(1). Bien que le terme "gouvernement", plutôt que l'expression plus formelle "Sa Majesté", soit quelque peu inhabituel, son emploi peut être

attribué tant au désir de rendre le document intelligible aux lecteurs ordinaires qu'au fait que certaines entités gouvernementales qui ne relèvent pas de Sa Majesté, comme les gouvernements locaux, devaient être visées.

En d'autres termes, ce type d'argument laisse entendre que si l'art. 32 n'avait pas été inclus, notre Cour aurait bien pu conclure que certaines des activités de Sa Majesté à tout le moins n'étaient pas assujetties à la *Charte*.

Je ne trouve pas que ce genre de raisonnement est convaincant puisqu'il m'apparaît évident que l'un des buts fondamentaux d'un document constitutionnel comme la *Charte* est de lier Sa Majesté. Je ne crois donc pas qu'en l'absence du par. 32(1) la Cour aurait pu appliquer les principes d'interprétation législative ordinaires en interprétant la *Charte* et ainsi conclure que Sa Majesté n'était pas liée par ses dispositions.

En outre, il me semble que si l'objet du par. 32(1) avait été simplement d'établir clairement que la *Charte* s'applique aux activités exercées en vertu des pouvoirs que la common law reconnaît à Sa Majesté, la disposition aurait été rédigée de manière beaucoup plus précise et les expressions "Couronne" ou "Sa Majesté" auraient été employées. L'idée que le terme "gouvernement" a été employé d'une manière plus familière pour désigner Sa Majesté ne m'apparaît pas convaincante.

Il y a évidemment des commentateurs qui reconnaissent qu'établir clairement les limites de l'application de la *Charte* est une tâche très difficile, mais qui prétendent néanmoins que le par. 32(1) de la *Charte* impose ces limites. À leur avis, le problème de l'arrêt *Dolphin Delivery* n'est pas que la distinction ne peut pas être établie, mais que la Cour ne l'a pas établie de manière satisfaisante. Par exemple, Howse l'explique de cette façon (précité, à la p. 253):

[TRADUCTION] La Cour était donc justifiée de croire que *certaines* limites doivent être imposées à l'applicabilité de la Charte aux activités privées. Cependant, au lieu d'élaborer une théorie constitutionnelle de la distinction entre activité publique et activité privée pour établir ces limites, elle a utilisé une conception formelle de l'activité gouvernementale pour restreindre l'application de la Charte.

De son côté, le professeur Otis souligne qu'il est [TRADUCTION] "remarquable" que la Cour ne se soit pas étendue sur les [TRADUCTION] "hypothèses jurisprudentielles et contextuelles" qui sous-tendent sa position. Selon lui, une fois que le par. 32(1) est envisagé dans son contexte plus large, il devient clair que le document dans son ensemble devait s'appliquer seulement au gouvernement: [TRADUCTION] "Plusieurs dispositions de fond sont textuellement restreintes au gouvernement, alors qu'on peut prétendre que d'autres ont été interprétées comme telles par la Cour suprême du Canada". Voir Otis, précité, à la p. 78. Il souligne en particulier les dispositions suivantes de la *Charte*: l'art. 19, qui énonce les droits linguistiques qui ont clairement pour but de décrire les obligations du gouvernement; l'art. 15, qui mentionne les droits à l'égalité seulement en rapport avec la "loi" et qui, selon lui, constitue une preuve textuelle solide à l'appui de la proposition que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement; les art. 3 et 4, qui établissent les droits démocratiques du citoyen et qui imposent des obligations correspondantes au gouvernement; les art. 11 et 13 dont notre Cour a, selon lui, clairement restreint l'application aux procédures criminelles et pénales (voir l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350) et l'art. 7 qui, souligne-t-il, a été interprété dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 490, comme visant à protéger l'individu contre l'ingérence directe du gouvernement dans sa vie, sa liberté et la sécurité de sa personne. Le professeur Otis conclut, à la p. 84:

[TRADUCTION] Lorsque l'ensemble de la *Charte* est ainsi envisagé, son application au secteur privé paraît écartée et la conclusion de la Cour suprême du Canada est justifiée.

Le professeur Hogg reconnaît également qu'il faut établir une distinction entre les actions de particuliers et l'action gouvernementale. Il souligne cependant (précité, à la p. 274) que:

[TRADUCTION] Le juge McIntyre n'a pas exposé les raisons pour lesquelles il parvient à cette conclusion importante, mais, à mon avis, il existe de bonnes raisons d'interpréter la *Charte* de cette façon. J'estime qu'il s'agit de la meilleure façon d'interpréter le texte (certes ambigu) de la *Charte*; elle se justifie par l'historique législatif de la *Charte* et elle est conforme à la limite de "l'action de l'État" du *Bill of Rights* des États-Unis. On retrouve évidemment à la base de ces raisons l'hypothèse qu'il existe un domaine privé à l'intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux vertus de "l'État" et à l'intérieur duquel les normes constitutionnelles ne devraient pas intervenir.

Le professeur Hogg poursuit son argumentation plus longuement dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 670 à 678. En particulier, aux pp. 675 et 676, il affirme que le par. 32(2) de la *Charte*, qui prévoit que, "[p]ar dérogation" au par. 32(1), l'art. 15 de la *Charte* ne devait entrer en vigueur que trois ans après l'entrée en vigueur de l'art. 32 [TRADUCTION] "suppose clairement que l'art. 15 s'applique par l'intermédiaire du par. 32(1)". Selon lui, c'est la preuve que le par. 32(1) visait à limiter l'application de la *Charte*. En outre, il souligne que l'historique législatif de l'art. 32 étaye le point de vue que la *Charte* ne s'applique pas aux actions privées. Il accorde une importance particulière au témoignage donné en 1981 devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada par M^e Jordan, qui était à l'époque avocat principal dans le secteur du Droit public du ministère de la Justice. M^e Jordan [à la p. 48:27] a affirmé que la *Charte* "ne touche que les lois et les relations entre l'État et les particuliers", non les relations privées. Enfin, le professeur Hogg exprime sa conviction que la théorie américaine de l'action de l'État saisit [TRADUCTION] "le rôle normal et anticipé d'une constitution: elle établit et régit les institutions du gouvernement et leur laisse la tâche d'ordonner les affaires privées des gens" (précité, à la p. 677).

Comme le juge McIntyre l'a souligné dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, aux pp. 593 à 597, le professeur Hogg n'est pas le seul à prétendre qu'il y a des limites à l'application de la *Charte*. Le professeur Swinton a prétendu que la *Charte* n'est pas conçue ni adaptée pour traiter des actions privées: voir "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Tarnopolsky et Beaudoin, éd., *Charte canadienne des droits et libertés --Commentaire* (1982), à la p. 51. Elle souligne que la *Charte* ne prévoit pas que les organismes gouvernementaux ont l'obligation positive d'éliminer la discrimination de nature privée et laisse entendre que l'objet de la *Charte* est de restreindre l'action gouvernementale, non de générer l'action législative (aux pp. 57 et 58). Et aux pp. 59 et 60, elle avance un autre argument fondé sur le texte à l'appui de l'affirmation que la *Charte* a une application limitée:

Il faudrait également tenir compte des préoccupations des gouvernements fédéral et provinciaux lorsqu'ils ont rédigé et accepté la *Charte*. Ils se préoccupaient surtout de ses effets sur leur propre fonctionnement. C'est là la raison d'être de l'article 1 qui exige que les tribunaux interprètent les garanties de façon à permettre des limites raisonnables imposées par la loi. L'article de dérogation (art. 33), qui permet aux législatures d'adopter des lois dérogeant à la *Charte*, montre aussi que les gouvernements se préoccupaient des limites imposées aux mesures législatives. Les gouvernements ne se sont pas préoccupés de l'application de la *Charte* aux actes des particuliers, et il aurait d'ailleurs été curieux qu'ils le fassent, car leurs codes des droits de la personne en traitent.

Le professeur Swinton affirme également qu'il est important d'avoir à l'esprit que la *Charte* régit d'une manière moins efficace les actions privées que les lois sur les droits de la personne et qu'elle ne visait pas à les supplanter. Elle affirme, à la p. 60:

En conclusion, même s'il est possible d'interpréter le libellé de la *Charte* de façon à l'étendre aux relations entre les particuliers, cela ne serait pas à propos. Cela aboutirait à soumettre un contentieux important à un forum judiciaire mal adapté au problème. Ce n'était l'intention ni des rédacteurs de la *Charte* ni des gouvernements qui l'ont acceptée, car la *Charte*, partie intégrante de la Constitution, a pour objet de limiter l'action gouvernementale.

Comme l'a souligné le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 597, on peut trouver un autre appui à cette opinion dans l'article de McLellan et Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361. Ces auteurs sont également disposés à retenir l'argument selon lequel les lois sur les droits de la personne représentent un moyen plus efficace et moins coûteux par lequel une personne peut tenter d'obtenir un redressement pour des actes de discrimination privée (à la p. 367).

Où cela nous conduit-il? Il me semble que cela nous ramène à l'époque où la Cour, avant l'arrêt *Dolphin Delivery*, se demandait quel était l'objet de la *Charte*. Visait-elle l'action gouvernementale? La *Charte* était-elle perçue par les rédacteurs comme l'intermédiaire entre le citoyen et le gouvernement seulement ou était-elle également perçue comme l'intermédiaire entre deux citoyens? Je suis toujours d'avis qu'elle visait l'action gouvernementale, tant législative qu'administrative, et que les lois provinciales et fédérale sur les droits de la personne s'appliquaient toujours dans leur propre domaine. Je suis certaine que la distinction entre l'action gouvernementale et l'action privée sera difficile à établir dans certaines circonstances, mais je crois également que le texte de la *Charte* doit être respecté.

Il me semble qu'un argument textuel particulièrement convaincant est l'affirmation que le par. 32(1) doit être interprété à la lumière de l'art. 33, la soi-disante disposition dérogatoire. Bien que je n'aie pas l'intention d'examiner en détail la nature de la disposition dérogatoire, surtout parce que notre Cour a eu récemment l'occasion de le faire dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 733 à 745, je crois que l'existence d'une disposition conçue pour permettre au législateur de déroger à certaines dispositions de la *Charte* confère une importance considérable à l'interprétation du par. 32(1) selon laquelle le point de mire de la *Charte* est le gouvernement. L'existence de l'art. 33 signifie que les gouvernements qui ont souscrit à la *Charte* savaient que le document était destiné à apporter

des restrictions à leur action et qu'ils voulaient se munir d'un mécanisme leur permettant d'éviter certaines de ces limites (c'est-à-dire, les art. 2 et 7 à 15) si jamais cela s'avérait nécessaire.

Il me semble également que notre Cour, dans sa façon d'aborder l'article premier de la *Charte*, a fait ressortir que l'interprétation de la *Charte* porte fondamentalement sur l'équilibre entre les droits du citoyen et les objectifs légitimes du gouvernement. Notre Cour n'a jamais laissé entendre qu'un examen fondé sur l'article premier, particulièrement le critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, a pour objet d'aider à résoudre des litiges entre particuliers. En effet, compte tenu de la façon dont notre Cour a abordé l'article premier, je vois mal comment on pourrait entreprendre un examen fondé sur l'article premier en l'absence d'une action gouvernementale.

À mon avis, il est tout aussi révélateur que des dispositions comme les art. 3 et 4 et 16 à 20 de la *Charte* visent clairement les législatures et les gouvernements. Bien qu'il soit impossible de dire qu'un des articles apporte à lui seul une preuve concluante que la *Charte* doit être interprétée comme si elle portait seulement sur l'action gouvernementale, je crois qu'une lecture du document qui tient compte de la nécessité de donner une interprétation logique et uniforme à toutes ses dispositions permet de conclure que l'objet de la *Charte* était de restreindre l'action gouvernementale.

Il est évidemment exact qu'en limitant ce que le gouvernement peut faire, particulièrement la branche législative du gouvernement, la *Charte* peut imposer des limites à ce que les citoyens ont le droit de faire. Mais je ne crois pas que cette forme dérivée de restriction justifie l'affirmation que la *Charte* vise à imposer des contraintes à l'individu tout autant qu'au gouvernement. Au contraire, il me semble qu'un examen attentif du texte dans son ensemble

établit clairement que, dans la mesure où le particulier est concerné, l'objet du document est la protection et non la contrainte. Elle a été conçue pour procurer au citoyen des droits et libertés protégés par la Constitution qu'il peut faire valoir à l'encontre du gouvernement, si nécessaire.

Bien que je sois consciente de l'observation du juge Lamer dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 508, portant qu'"on ne doit pas accorder trop d'importance aux procès-verbaux du Comité mixte spécial [sur la Constitution], même s'ils sont admissibles et s'ils ont un peu plus de force probante que les allocutions", il me semble que le témoignage donné devant le Comité apporte une justification, aussi restreinte soit-elle, à l'affirmation que le point de mire du document est l'action gouvernementale. Je souligne que M^e Jordan, qui était avocat principal dans le secteur du Droit public du ministère de la Justice à l'époque de l'examen de la *Charte* devant le Comité mixte spécial sur la Constitution, a dit au Comité [à la p. 48:28] qu'il croyait que "la Charte dans son ensemble porte sur la protection des particuliers contre les agissements de l'État" et qu'il serait "très inquiet d'une charte qui traiterai également des infractions privées aux libertés et aux droits". Il a exprimé l'opinion [à la p. 48:28] que ces violations "privées" "seraient mieux traitées par les déclarations des droits de l'homme": voir les *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981, p. 48:27 (le 29 janvier 1981); voir également la p. 49:47 (le 30 janvier 1981).

Le ministre de la Justice de l'époque (M. Chrétien) a souligné que la *Charte* n'avait pas pour but d'apporter une solution à tous les problèmes sociaux et qu'il fallait laisser une marge de man{oe}uvre aux deux paliers de gouvernement de notre pays pour adopter et modifier les lois conçues pour traiter de problèmes sociaux sans devoir toujours recourir à des modifications

constitutionnelles: voir à la p. 48:28. Bien que je ne crois pas nécessaire d'accorder plus d'importance au témoignage portant sur le sens du terme "gouvernement" au par. 32(1) qu'au témoignage concernant le sens du terme "liberté" ou "égalité", nous ne pouvons ignorer tout à fait qu'une grande partie des témoignages donnés devant le Comité sont hautement compatibles avec une analyse textuelle qui conclut que l'objet de la *Charte* est d'imposer des contraintes au "gouvernement", sans égard à la façon dont ce terme est le mieux compris.

Enfin, tout en étant d'avis que l'argument fondé sur le texte est convaincant en soi et qu'en fin de compte c'est le fondement sur lequel doivent reposer nos conclusions quant à l'application de la *Charte*, il me semble que les professeurs Swinton, McLellan et Elman ont raison de dire que les législatures qui ont adopté la *Charte* étaient d'avis qu'il était préférable de laisser aux lois sur les droits de la personne le soin de régir les rapports entre particuliers. Cette législation visait à écarter plusieurs litiges du forum judiciaire pour les situer dans un cadre plus approprié à la solution constructive de diverses formes de discrimination. Je ne crois pas que la *Charte* ait été conçue comme un moyen subsidiaire aux lois sur les droits de la personne pour ce qui est de résoudre des cas de discrimination privée.

En résumé, je continue de souscrire à l'opinion exprimée précédemment par la Cour selon laquelle la *Charte* s'applique à l'action gouvernementale. Et au lieu de tenter de définir la ligne de démarcation entre l'action gouvernementale et l'action privée, il me semble que notre analyse dans l'ensemble des pourvois dont nous sommes actuellement saisis devrait être axée sur la nature de l'action gouvernementale. Nous n'avons pas à nous préoccuper de la question de savoir si ce processus éclairera le débat quant à la validité de la distinction entre l'action gouvernementale et l'action privée. Nous devons plutôt nous demander dans quelles circonstances l'action peut être attribuée à bon droit au gouvernement et quels sont les critères à appliquer pour répondre à cette question. Comme M^e Roger Tassé le souligne, "[l]a notion

de gouvernement aurait perdu tout intérêt, la *Charte* s'appliquant à tous", mais si elle ne s'applique qu'à l'action gouvernementale, il est alors essentiel de poser la question: "Dans ce contexte, que désigne le mot "gouvernement"?" (Voir Tassé, "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Beaudoin et Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), aux pp. 111 et 90 respectivement.

3. *Qu'est-ce que "l'action gouvernementale"?*

Mon collègue le juge La Forest a conclu que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement au sens le plus restreint. Il trouve appui dans une théorie particulière du rôle des constitutions appelée le "constitutionnalisme". Selon cette théorie, l'État est un mal nécessaire. En raison du risque de tyrannie et d'abus que comportent les grands États, le rôle du gouvernement devrait être défini restrictivement. L'ordre social et économique devrait relever du secteur privé. Plus l'État intervient dans cet ordre privé, plus grand est le risque que la liberté des personnes soit réduite. Ainsi, l'intervention minimale de l'État est un bien non mitigé. Cependant, même quand l'État intervient le moins possible, il doit y avoir un certain mécanisme pour protéger les citoyens contre le risque de tyrannie du gouvernement et ce mécanisme c'est la constitution elle-même. D'où la notion de gouvernement constitutionnel comme protecteur de la liberté des citoyens.

À partir de cette vision du rôle classique des États et des constitutions, mon collègue a formulé ce que j'estimerais être un critère très étroit de "l'action gouvernementale" en vertu du par. 32(1) de la *Charte*. À son avis, seules les entités qui constituent réellement le "gouvernement" relèvent de la *Charte*. Ils doivent faire partie "de l'appareil gouvernemental", "du gouvernement", "de la machine gouvernementale".

Je pense que la notion selon laquelle le gouvernement est l'opresseur des gens et qu'il a pour fonction d'adopter des "lois coercitives" n'est plus valide au Canada si vraiment elle l'a déjà été. Mais pour justifier mon affirmation, il est nécessaire d'examiner l'évolution historique de l'État au Canada ainsi que l'évolution de sa constitution qui a abouti à l'adoption du document que nous avons devant nous, la *Charte canadienne des droits et libertés*.

a) Comparaison entre le Canada et les États-Unis

La théorie du constitutionnalisme a été un élément moteur de la création de la Constitution américaine. Le *Bill of Rights* des États-Unis est en grande partie le fruit d'une révolution. Ne pouvant tolérer les injustices qu'il estimait être commises contre lui par les Britanniques, le peuple américain est resté très méfiant à l'égard des États forts. La Constitution américaine consacre la croyance du peuple américain qu'à moins d'être strictement contrôlé, l'État est un grand danger pour la liberté individuelle. Son but premier, formulé dans l'ensemble de ses dispositions, est contre "l'action de l'État". Le Canada ne partage pas cette histoire.

Notre Cour a déjà reconnu que, bien que la jurisprudence américaine puisse être utile pour résoudre les litiges fondés sur la *Charte*, son utilité est limitée. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, nous devons déterminer la portée de l'art. 7 de la *Charte*. Naturellement, comme la jurisprudence sur la *Charte* canadienne en était à son tout début, nous sommes fortement appuyés sur la tradition constitutionnelle américaine. Néanmoins, le juge Lamer a affirmé, au nom de la Cour, de façon éminemment claire que nos tribunaux ne devaient pas être trop influencés par la jurisprudence américaine. Il dit, à la p. 498:

La dichotomie entre le fond et la procédure réduit le débat presque à un choix entre tout ou rien. De plus, elle est dans une large mesure liée, selon l'expérience américaine, à l'application régulière des règles de fond et de procédure. Elle transpose dans

le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des États-Unis. Dans cette constitution, faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions.

Même si dans cet arrêt le juge Lamer s'appuyait principalement sur les différences de structure entre les constitutions canadienne et américaine, ces différences ne sont pas seulement d'ordre structural. Il existe également entre nos deux pays des différences sur les plans social, politique et historique. La *Charte* doit être comprise et respectée comme un document constitutionnel exclusivement canadien. Cependant, même si le Canada n'est pas devenu une nation par le même cheminement que les États-Unis, cela ne signifie pas nécessairement que les Canadiens ne partagent pas la même perception que leurs voisins quant au rôle approprié du gouvernement. Nous ne pouvons découvrir comment les Canadiens perçoivent ce rôle qu'en examinant son évolution au cours de notre histoire.

b) L'évolution historique de l'État canadien

Dans son rapport intitulé *L'expansion des services administratifs depuis la Confédération* (Ottawa 1939), le professeur Corry a souligné que la réglementation a toujours joué un rôle dans le gouvernement de la société canadienne et que, sous réserve d'un bref intervalle au cours de la première moitié du XIX^e siècle, la philosophie du laissez-faire n'a jamais été répandue ni acceptée ici. Il commence son examen de l'expansion des services administratifs par l'observation suivante, à la p. 1:

La période qui s'est écoulée depuis la Confédération a été témoin d'une expansion accélérée et constante des services administratifs. Nous sommes enclins à

envisager cette expansion en termes absolus, avec l'illusion qu'elle éclipse quant à sa portée et à son intensité toutes les interventions antérieures de l'État.

Cette manière de voir, de toute évidence, va à l'encontre de l'histoire. Dans tous les siècles antérieurs au 19^e, les gouvernements forts se sont immiscés en toute liberté et, en général, d'une façon tout à fait despotique dans tous les domaines des affaires humaines. Envisagée sous une perspective convenable, la retraite de l'État de la direction générale des affaires humaines constitue un bref intermède qui coïncide approximativement avec la première moitié du 19^e siècle.

Dans son article intitulé "Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 31, le professeur Risk dit la même chose, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION] Au milieu du XIX^e siècle, le Canada n'a jamais connu l'État libéral qu'avait l'Angleterre et que certains penseurs croyaient qu'il devait avoir. C'est essentiellement en créant et en subventionnant les chemins de fer, en établissant des barrières tarifaires et en favorisant l'immigration que l'État a encouragé la création de la nation et son expansion économique.

Alors que le Canada luttait en vue de devenir une nation autonome, en Angleterre et aux États-Unis la popularité du laissez-faire était sur son déclin. Comme le souligne le professeur Corry, les besoins d'un nouveau pays exigeaient que le gouvernement concentre ses énergies sur le développement. Au cours des premières années qui ont suivi la Confédération, l'obligation première de l'État était d'ouvrir le pays en établissant des services de transport et en fournissant des services de base.

En réalité, l'une des premières priorités de la nouvelle fédération était d'unir le pays en créant des services de transport entre les diverses régions. Dorman souligne dans son ouvrage *A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937* (Ottawa 1938), à la p. 7:

[TRADUCTION] La Confédération a apporté un nouvel élan à la construction des chemins de fer. L'une des dispositions de l'entente entre les quatre provinces prévoyait la construction d'un chemin de fer intercolonial et le Gouvernement Fédéral a procédé à la mise en {oe}uvre de cette entente . . .

Bien qu'il ne relève pas de la portée de cette analyse de préciser les multiples façons dont l'État est intervenu dans le secteur des chemins de fer, il suffit de dire que le gouvernement canadien a toujours joué un rôle important dans la création et le contrôle des chemins de fer. Comme Abbott l'affirme dans *A Treatise on the Railway Law of Canada* (Montreal 1896), à la p. 1:

[TRADUCTION] Les chemins de fer de notre pays n'existent qu'en vertu du pouvoir législatif et sont, dans tous les cas, construits et régis par des sociétés constituées en personne morale assujetties à des conditions et restrictions légales.

C'est au cours de ces décennies que l'économie canadienne a connu un essor important. Nombreux sont les auteurs qui ont décrit cette période comme [TRADUCTION] "le boom du blé" puisqu'à cette époque, comme l'a écrit Mackintosh dans son rapport intitulé *The Economic Background of Dominion-Provincial Relations* (Toronto 1964), à la p. 39:

[TRADUCTION] . . . l'élément moteur de cette nouvelle période était le blé et la région productrice de blé. Cela a apporté au pays une unité économique qu'il n'avait jamais connue jusque-là et un niveau d'interdépendance entre ses différentes régions qui contrastait nettement avec l'isolation des différentes régions économiques qui s'étaient unies en 1867.

Que l'économie du blé ait été ou non principalement responsable de l'expansion économique de cette période, personne ne conteste le bien-fondé de l'observation générale que le Canada a connu une expansion importante à cette époque. Le gouvernement de l'époque, dirigé par le premier ministre sir Wilfrid Laurier, croyait qu'il était de son devoir de participer à ce processus. Dans un discours prononcé en 1903, il a dit, à la p. 7660:

[TRADUCTION] Nous affirmons . . . aujourd'hui . . . qu'il appartient à tous ceux qui ont reçu un mandat du peuple de répondre aux besoins et aux exigences de cette expansion rapide du pays . . .

Comme Baggaley l'a souligné dans son examen du rôle de l'État canadien (*The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939* (Ottawa 1981)), la conception qu'avait Laurier du rôle approprié du gouvernement canadien n'était pas nouvelle. Il affirme, à la p. 42:

[TRADUCTION] . . . il n'est pas surprenant que Laurier ait pensé que le gouvernement canadien avait le devoir de participer à la construction d'un deuxième chemin de fer continental. (Peu de temps après, il participait à la construction d'un troisième.) Il ne faisait que poursuivre une longue tradition canadienne. La politique générale canadienne a toujours été axée explicitement sur le développement [. . .] En 1903, au même moment où Laurier justifiait une aide gouvernementale pour construire un chemin de fer transcontinental, son gouvernement s'apprêtait à créer le Board of Railway Commissioners pour régir les tarifs de transport des marchandises. Au Canada, la réglementation gouvernementale allait de pair avec l'aide gouvernementale. [Je souligne.]

Cette plus grande facilité d'accès à toutes les régions du pays a été suivie d'une hausse des récoltes, d'une augmentation de l'immigration et de l'essor de villes canadiennes. Le commerce a également commencé à prendre de l'expansion, en partie à cause de la création de nouvelles entreprises et en partie à cause de la consolidation ou de la fusion de plus petites entreprises. En résumé, de rapides changements socio-économiques se sont produits au tout début de notre siècle et ces changements ont donné lieu à une réévaluation du rôle approprié de l'État. Bien que les historiens ne se soient pas toujours entendus pour qualifier cette ère d'interventionnisme gouvernemental, la plupart reconnaissent que cette période dite de progrès a été marquée par un accroissement du rôle et de l'acceptation de la réglementation gouvernementale. Le gouvernement a adopté, à cette époque, une quantité impressionnante de règlements économiques et sociaux.

Par exemple, des lois sur la pureté des aliments visant à assurer une protection fondamentale aux consommateurs ont été adoptées au cours de cette période. Les vendeurs étaient tenus de respecter des normes minimales de pureté des aliments sous peine de sanction. *L'Acte du revenu de l'intérieur*, 1875, S.C. 1874, ch. 8, qui prévoyait que vendre sciemment des substances alimentaires ou des boissons adultérées constituait une infraction, sert d'illustration. L'expansion de l'industrialisation a donné lieu à des lois plus complexes en matière de commerce. En vertu de la *Loi des aliments et drogues*, 1920, S.C. 1920, ch. 27, par exemple, les fonctionnaires nommés en vertu de la Loi avaient le pouvoir de prélever des échantillons et de les faire examiner par des analystes du gouvernement à des fins de contrôle de la qualité. On a rendu obligatoires le classement et l'inspection des produits et tout étiquetage erroné ou trompeur a été interdit. Ainsi, l'objet de ces lois, portant uniquement sur des mesures de santé, a été remplacé par un régime visant à protéger le statut du producteur sur le marché en établissant des garanties gouvernementales quant à la qualité de ses produits.

Les provinces ont adopté des mesures semblables, surtout dans l'industrie laitière. Les premières tentatives visaient à corriger le problème de la vente de produits avariés ou contaminés bien que, comme dans le cas du fédéral, ces tentatives aient éventuellement donné lieu à un régime plus réglementé prévoyant en outre la protection des marchés. Voir par exemple: *The Milk, Cheese and Butter Act*, S.O. 1908, ch. 55, la *Société d'industrie laitière*, L.Q. 1921, ch. 37, et la *Creameries and Dairies Regulation Act*, S.B.C. 1920, ch. 23.

Des incursions législatives ont également eu lieu dans les rapports employeur-employé. La plupart des provinces ont adopté une législation industrielle portant sur les conditions d'emploi des femmes et des enfants ainsi que sur l'hygiène et la sécurité au travail. En 1920, toutes les provinces, sauf l'Île-du-Prince-Édouard, avaient adopté des lois sur les accidents du travail. Elles avaient également fixé le salaire minimum et les heures maximales de travail.

À l'origine, ces mesures de protection ne s'appliquaient qu'aux femmes et aux enfants. Ce n'est qu'au cours des années de dépression que des normes minimales obligatoires en matière de travail ont été reconnues comme nécessaires pour la plupart des travailleurs.

Cependant, au cours de la première moitié de notre siècle, c'est la Première Guerre mondiale qui a déclenché une véritable explosion de règlements gouvernementaux. Un certain nombre d'organismes ont été créés pour traiter des problèmes de l'économie en temps de guerre, dont un contrôleur des denrées alimentaires, un contrôleur de la consommation de carburant, un contrôleur du papier, la Commission du commerce en temps de guerre, la Commission du blé, une Commission du commerce et un Commissaire au coût de la vie. Plusieurs de ces initiatives ont cependant été de courte durée et, à la fin de la guerre, seule la Commission du blé est demeurée.

Le retour à une intervention plus modérée du gouvernement, destiné à favoriser la croissance du secteur privé, a pris de l'importance au cours des années qui ont suivi immédiatement la guerre. Cela ne devait cependant pas durer longtemps. L'effondrement du marché boursier canadien en 1929 nous a plongés dans des années de grande dépression et a donné lieu à un changement radical en faveur de l'intervention du gouvernement sur les marchés et du maintien d'un niveau de vie minimal pour la population. D'un ton grave, le premier ministre Bennett a annoncé au pays en 1935:

[TRADUCTION] Je suis pour la réforme [. . .] Et, à mon sens, réforme signifie intervention du gouvernement. Cela signifie la fin du laissez-faire [. . .] Je fais du progrès notre priorité. Je fais appel au pouvoir de l'État pour le réaliser.

Peut-être en raison du nombre élevé de victimes de la Dépression, on a adopté un certain nombre de lois à saveur sociale dans les domaines de l'agriculture, des relations de travail et

du chômage. Contrairement aux lois adoptées au cours des décennies précédentes, les nouvelles mesures avaient pour but la redistribution des biens et la planification. Le gouvernement a commencé à réglementer les prix et la production dans le secteur agricole. La vente d'essence est devenue assujettie à l'obtention d'un permis. Des restrictions ont été apportées aux recours de common law dont disposaient les créanciers hypothécaires et autres créanciers. Certaines des importantes initiatives législatives dans ce domaine étaient les suivantes: la *Loi d'arrangement entre cultivateurs et créanciers*, 1934, S.C. 1934, ch. 53, la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, 1934, S.C. 1934, ch. 57, la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie*, 1935, S.C. 1935, ch. 59, la *Loi sur les salaires minima*, S.C. 1935, ch. 44, la *Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels*, S.C. 1935, ch. 14, la *Loi sur la limitation des heures de travail*, S.C. 1935, ch. 63, et la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38. McConnell examine ces lois, leurs dispositions et leurs effets dans son article intitulé "The Judicial Review of Prime Minister Bennett's `New Deal'" (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 39.

Un certain nombre de commentateurs associent la naissance de l'État-providence au Canada à la période qui a suivi immédiatement le New Deal. Avant cette période, il y avait peu de dispositions visant à protéger les travailleurs et à assurer un niveau de vie minimal. Avant la Première Guerre mondiale, les services d'éducation et de santé publiques étaient presque les seules mesures de ce genre à exister. Ce n'est cependant que plus tard que d'autres formes de sécurité du revenu ont fait leur apparition. Le régime de pensions de vieillesse est entré en vigueur en 1951 et le Supplément de revenu garanti en 1966. Deux mesures liées à l'emploi ont également été adoptées au cours de cette période: l'assurance-chômage en 1940 et le Régime de pensions du Canada en 1951. Les familles ont également commencé à bénéficier d'un appui de l'État sous forme d'allocations familiales et de crédit d'impôt pour enfant. Les provinces ont continué d'apporter une aide sociale aux personnes dans le besoin, maintenant

ainsi une tradition qui remontait aux anciennes lois visant les pauvres. Le financement de ces programmes a cependant commencé à se faire conjointement avec les provinces lorsque le gouvernement fédéral a mis sur pied le programme d'assistance du Canada en vertu duquel toutes les provinces, à l'exception du Québec, ont consenti à partager la moitié des coûts. En outre, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et mod., a prévu des déductions fiscales applicables aux régimes de pensions privés.

Cette nouvelle série de dispositions sociales ne s'est pas limitée à des mesures sur la sécurité du revenu. Au cours des années cinquante et soixante, on a ajouté une nouvelle forme de protection sociale: les lois sur les droits de la personne. En 1947, la Saskatchewan était la première province à adopter une loi, *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, ch. 35, consacrée uniquement à la protection des droits de la personne. D'autres provinces, dont certaines avaient adopté des lois traitant de formes précises de discrimination dans des circonstances particulières (par exemple *The Fair Accommodation Practices Act, 1954* de l'Ontario, S.O. 1954, ch. 28) ont emboîté le pas. Des codes détaillés accordant une protection plus globale sont ensuite apparus, d'abord en Ontario en 1962 (*The Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93) et finalement au Québec en 1975 (la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, ch. 6). Trois provinces ont maintenant adopté des lois précises portant sur les problèmes de la discrimination salariale fondée sur le sexe: la *Loi de 1987 sur l'équité salariale*, L.O. 1987, ch. 34, la *Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-2, et la *Loi sur l'égalité des salaires*, L.M. 1985-86, ch. 21.

L'avènement des lois sur les droits de la personne ne constitue pas non plus la dernière étape de la participation toujours plus grande de l'État à la protection du bien-être des citoyens. Au cours des années soixante-dix en particulier, les lois visant à réglementer des domaines comme la protection de l'environnement, la santé et la sécurité, et la protection du consommateur se

sont multipliées rapidement. Par exemple, au niveau fédéral, la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, L.R.C. (1985), ch. A-12, la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, L.R.C. (1985), ch. C-32, la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-12, et la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, L.R.C. (1985), ch. O-2, ont presque toutes été adoptées au cours de la première moitié de la décennie. De même, pendant les années soixante-dix, le gouvernement a adopté un certain nombre de lois visant à protéger les consommateurs contre les produits dangereux, notamment la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, L.R.C. (1985), ch. M-10, et la *Loi sur les dispositifs émettant des radiations*, L.R.C. (1985), ch. R-1.

L'accroissement des activités de l'État a évidemment entraîné une augmentation importante de la taille du gouvernement. En 1962, la *Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement* (Ottawa) a rapporté que les effectifs de la fonction publique fédérale étaient neuf fois plus importants qu'ils ne l'étaient au moment de la Première Guerre mondiale et que la fonction publique comptait quelque 214 000 fonctionnaires. Pas moins de 89 ministères, sociétés d'État et organismes publics sont inscrits dans les annexes de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

De même, la diversification de la fonction de l'État a conduit à la création d'un conglomérat complexe d'entités qui, ensemble, constituent le "gouvernement". Un examen de l'éventail des entités énumérées dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, est révélateur. Par exemple, la longue tradition des entités appartenant à l'État, qui a commencé par les canaux, les chemins de fer nationaux du Canada et les services publics provinciaux, s'est poursuivie et plusieurs entités sont énumérées dans les annexes. Il en est de même des filiales que possèdent elles-mêmes ces sociétés d'État. On retrouve également ce que la *Recommandations de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité* ("la Commission Lambert") (Ottawa

1979) appelle les entreprises en coparticipation et les organismes indépendants de décision et de consultation. Ces derniers, qui disposent d'une large mesure d'autonomie, sont néanmoins toujours considérés comme faisant partie de l'État, ce qui illustre très bien la diversité des organismes que l'État lui-même considère comme faisant partie de son entreprise.

c) L'État canadien aujourd'hui

Pour déterminer la portée de l'application de la *Charte*, je pense que nous devons nous demander comment ce document très important a fini par faire partie de la vie canadienne. Bien que le Canada existe en tant que nation depuis plus de 100 ans, il semble qu'avant 1982 on n'ait jamais jugé nécessaire ou particulièrement souhaitable de protéger le peuple canadien par une déclaration des droits enchâssée dans la Constitution. Il est légitime de se demander: pourquoi en 1982?

De nombreux auteurs ont laissé entendre que le pouvoir accru des groupes et des institutions privés a donné lieu à la violation massive des libertés de la personne (Tribe "Refocusing the "State Action" Inquiry: Separating State Acts From State Actors", dans *Constitutional Choices* (Cambridge 1985); Chemerinsky, "Rethinking State Action" (1985), 80 *Nw. U.L. Rev.* 503; Bazelon, "Civil Liberties -- Protecting Old Values in the New Century" (1976), 51 *N.Y.U. L. Rev.* 505; Nerken, "A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the *Civil Rights Cases* and State Action Theory" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 297; et Berle, "Constitutional Limitations on Corporate Activity -- Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power" (1952), 100 *U. Pa. L. Rev.* 933). Ils prétendent que la discrimination privée est loin d'être négligeable et est tout aussi pernicieuse que la discrimination pratiquée par le gouvernement. Comme le professeur Chemerinsky, précité, le dit, aux pp. 510 et 511:

[TRADUCTION] . . . par exemple, la concentration de la richesse et du pouvoir entre les mains de certains individus, de grandes sociétés, rend pratiquement impossible dans certains cas la distinction entre l'effet des actions privées et les répercussions de la conduite gouvernementale. Tout comme les personnes peuvent avoir besoin de protection contre le gouvernement parce que son pouvoir peut causer de graves préjudices, il doit de même y avoir une certaine protection contre les violations des droits fondamentaux par le pouvoir privé. En réalité, on peut soutenir que la nécessité d'une protection judiciaire contre les actions privées est plus grande parce que le processus démocratique, aussi imprécis puisse-t-il être en tant que frein, impose une certaine responsabilité et des limites au gouvernement. Finalement, il est évident que les parties privées peuvent causer des préjudices considérables aux valeurs constitutionnelles; déterminer si cela se compare à d'autres sources de préjudice est secondaire.

Ce n'est pas simplement que la concentration de pouvoir social, politique et juridique entre les mains d'entités privées rend possible les violations des droits de la personne, mais également de nouveaux éléments tendent à démontrer que c'est à l'intérieur de ce pouvoir "privé" que la majeure partie de ces injustices se produisent. Comme Tribe, précité, le fait remarquer (à la p. 246):

[TRADUCTION] . . . surtout lorsque le pouvoir "privé" est la principale source de coercition et de violence connues par les individus et groupes opprimés, il est difficile d'accepter sereinement une distinction juridique stricte entre l'État et la société. Par exemple, le *système* omniprésent de l'apartheid racial qui a existé dans les États du sud au cours du siècle qui a suivi la Guerre civile ne s'est maintenu que par l'appui de la société et de la politique [. . .] les liens étroits entre la terreur privée, la discrimination publique et l'exclusion politique.

Il est clair que l'une des réalités de la vie moderne est que le pouvoir "privé", lorsqu'il est laissé incontrôlé, peut donner lieu et donne lieu à des problèmes qui sont incompatibles avec la conception canadienne d'une société juste. La pression toujours plus grande en faveur de l'adoption de lois sur les droits de la personne et l'adoption de celles-ci en témoignent clairement. La société canadienne est prête à accueillir et à demander l'aide de l'État à l'égard de plusieurs problèmes sociaux, politiques et économiques qui ont à l'occasion ravagé nos collectivités. Le gouvernement canadien n'a donc jamais été perçu comme un monument

d'oppression mais plutôt comme ayant un rôle salubre et protecteur à jouer. En effet, comme le professeur Robson le souligne dans son ouvrage *The Governors and the Governed* (London 1964), aux pp. 12 et 13:

[TRADUCTION] De nos jours, la majeure partie des citoyens veulent que leur gouvernement soit toujours actif. Peu de gens souscrivent encore au principe selon lequel moins le gouvernement intervient, meilleurs sont les résultats. Les principales controverses sont axées non pas sur la question de savoir si le gouvernement devrait agir, mais sur la façon dont il devrait agir et le moment où il devrait le faire.

Cela ne veut pas dire, comme le professeur Slattery l'a fait remarquer dans son article intitulé "A Theory of the Charter" (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 701, à la p. 729, que l'État canadien n'a jamais été coupable de comportements discriminatoires, oppressifs et autrement inconvenables envers ses citoyens. Ce serait déformer grossièrement l'histoire de notre pays que de proposer une vision puriste du mode de vie au Canada. En conséquence, le gouvernement fédéral, reconnaissant que nous vivons dans un monde de plus en plus préoccupé par le problème de la protection efficace de la liberté de la personne -- voir à ce sujet la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 RTNU 221 et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171 que le Canada a signés en 1976 -- a d'abord adopté la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, en 1960 et la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, celle-ci ayant valeur constitutionnelle. Les valeurs reconnues dans la *Charte* devaient servir de fondement à toutes les lois et faire partie de la "loi suprême du Canada" en fonction de laquelle doit être déterminée la constitutionnalité de toutes les autres lois.

Ce bref rappel historique nous permet de faire plusieurs remarques sur le rôle de l'État canadien.

Premièrement, la réglementation et l'intervention gouvernementales font partie depuis longtemps de la culture politique, sociale et économique du Canada, quoique leur portée ait varié au cours des différentes périodes de notre histoire. Le point de mire de l'intervention a également changé à l'occasion afin de répondre à des besoins différents. Il semble cependant que, malgré ces fluctuations, nos historiens reconnaissent généralement que la philosophie politique du laissez-faire n'a pas été retenue de façon importante au Canada.

Deuxièmement, comme certains historiens l'ont souligné, le phénomène de l'interventionnisme étatique a traditionnellement été et continue d'être une caractéristique de la vie politique canadienne. La participation et le contrôle du gouvernement existent toujours peu importe le gouvernement qui est au pouvoir. Ainsi, comme le conclut le professeur McConnell, à la p. 222 de son article intitulé "Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett `New Deals'" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 221:

[TRADUCTION] On ne peut guère douter, cependant, que les gouvernements de toutes les tendances politiques vont utiliser à l'avenir tous les instruments de politique fiscale et économique pour prévenir une nouvelle dépression et, dans une mesure plus ou moins grande, pour réaliser une planification économique globale associée au développement de "l'État-providence".

Troisièmement, les activités interventionnistes de l'État canadien ont emprunté plusieurs formes. Comme le soulignent Priest, Stanbury et Thompson, ("On the Definition of Economic Regulation", dans Stanbury (éd.), *Government Regulation: Scope, Growth, Process* (Montreal 1980)), les instruments de politique peuvent se présenter sous forme [TRADUCTION] "de pression morale, d'exhortation ou de négociation", de dépenses directes, de taxation, de dépenses fiscales et de propriété publique. Toutes ces mesures ainsi que d'autres probablement sont disponibles pour favoriser la réalisation des objectifs de l'État et le gouvernement canadien a eu recours à un bon nombre de celles-ci sinon toutes à un moment ou l'autre. Par

exemple, il a fait l'expérience de l'entreprise appartenant à l'État dans certains secteurs alors qu'il a simplement imposé des tarifs dans d'autres.

J'estime que ce rappel historique démontre que les Canadiens ont une attitude quelque peu différente de celle de nos voisins américains envers le gouvernement et son rôle. Les Canadiens reconnaissent que le gouvernement a traditionnellement eu et continue d'avoir un rôle important à jouer dans la création et le maintien d'une société canadienne juste. On a fait appel à l'État et celui-ci a répondu aux demandes que les Canadiens bénéficient de soins de santé adéquats, aient accès à l'éducation et à une sécurité financière minimale pour ne citer que quelques exemples. J'estime qu'on ne peut pas laisser entendre que la liberté correspond à l'absence d'intervention gouvernementale. L'expérience démontre le contraire, que la liberté a souvent requis l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

Enfin, je pense qu'il est juste de dire que bien que les Canadiens aient traditionnellement jugé acceptable l'intervention du gouvernement, l'État n'a jamais assumé l'entière responsabilité des questions économiques et sociales. Il y a toujours eu et il continue d'y avoir une large sphère d'activités purement privées au Canada.

À mon avis, toutes ces observations amènent à conclure qu'il ne faut pas s'appuyer sur la notion d'intervention étatique minimale pour justifier une interprétation restrictive des expressions "gouvernement" ou "action gouvernementale". De nos jours, les gouvernements recourent à toutes sortes de mécanismes pour agir pourvu qu'ils conviennent pour atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés. Les réalités de l'État moderne exigent du gouvernement qu'il remplisse plusieurs rôles différents vis-à-vis de ses citoyens, certains de ces rôles ne pouvant être remplis, ou ne pouvant l'être le mieux et le plus efficacement possible, que directement par l'appareil gouvernemental lui-même. Nous ne devrions pas laisser la forme l'emporter sur

le fond et permettre que les dispositions de la *Charte* soient contournées par la simple création d'une entité distincte chargée de remplir ce rôle. À mon avis, nous devons examiner la nature des rapports entre cette entité et le gouvernement pour déterminer si ses actes sont vraiment ceux du "gouvernement". Nous devons, comme je l'ai dit au début, identifier les critères pertinents pour répondre à cette question de manière à pouvoir les appliquer de façon ordonnée.

4. *Les critères pertinents*

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, souligne, à la p. 156, qu'il était important de faire une analyse générale, fondée sur l'objet visé, des dispositions de la *Charte*. Et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, il a souligné que l'interprétation des dispositions de la *Charte* devait être libérale plutôt que formaliste. Pour établir le genre de critères pertinents pour interpréter le terme "gouvernement" à l'art. 32 de la *Charte*, nous devrions donc adopter une interprétation fondée sur l'objet visé. Nous devrions nous demander: pourquoi la *Charte* restreint-elle les activités du gouvernement?

Il me semble qu'un rappel historique de la croissance de l'État canadien démontre clairement que ceux qui ont adopté la *Charte* voulaient accorder une certaine protection à la liberté individuelle et à l'autonomie personnelle face au rôle grandissant du gouvernement. Je ne crois pas qu'ils voulaient y parvenir en établissant ou en conservant des sphères d'activités "privées". Je pense cependant qu'ils ont considéré essentiel d'établir des normes qui imposeraient des limites au gouvernement dans l'exécution des nombreux rôles qu'il a assumés et qu'il continuera certainement à assumer. Ils ont cherché à le faire en établissant des normes constitutionnelles de base, fondées sur un souci de dignité et d'autonomie individuelles, que

le gouvernement devrait être tenu de respecter lorsqu'il encadre des aspects importants de la vie des citoyens. Il me semble alors que l'objet de la *Charte* est de veiller à ce que l'action gouvernementale qui touche le citoyen respecte ces normes constitutionnelles fondamentales. Je pense que le juge Dickson l'explique bien dans l'arrêt *Hunter*, précité, à la p. 155, lorsqu'il fait observer au sujet du rôle d'une constitution:

Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels.

À mon avis, il découle de ces propositions que nous devons donner un sens général au mot "gouvernement", un sens qui tienne à la fois compte de la variété des rôles que le gouvernement en est venu à jouer dans notre société et de la nécessité d'assurer que, dans tous ces rôles, il se conforme aux normes constitutionnelles établies dans la *Charte*. Cela signifie qu'il ne faut pas s'empresse de présumer qu'un organisme *ne fait pas* partie du gouvernement. L'examen d'une grande variété de facteurs peut fort bien être nécessaire pour pouvoir conclure définitivement qu'une entité particulière ne fait pas partie du gouvernement. Si notre Cour doit s'acquitter de son obligation de veiller à ce que notre Constitution fournisse une "protection constante des droits et des libertés individuels" contre l'action gouvernementale, elle ne doit donc pas adopter une interprétation restrictive de ce que constitue l'action gouvernementale. Le faire revient à limiter l'effet de la *Charte* et à minimiser la protection qu'elle visait à fournir.

Quels sont alors les critères qui nous aideront à identifier le genre d'organismes dont la *Charte* vise à restreindre les activités par l'imposition de normes constitutionnelles? Au moins trois critères ont été proposés. Bien qu'aucun d'entre eux ne soit probablement déterminant en soi, chacun fait ressortir un aspect important de la nature du gouvernement.

a) Le critère du "contrôle"

La question que pose le critère du contrôle est la suivante: l'organisme en question fait-il partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement et, dans la négative, est-il assujéti au contrôle de l'une de ces branches du gouvernement? Lorsque l'organisme ne fait pas en soi partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, le critère du contrôle exige que nous nous posions: a) des questions générales quant à la nature et l'étendue du contrôle gouvernemental sur une entité, comme "le gouvernement exerce-t-il un contrôle si important sur le fonctionnement de l'institution que les activités de celle-ci peuvent être considérées à juste titre comme les activités de l'autre?", et b) des questions plus précises quant aux activités de l'entité, comme "y a-t-il un lien clair entre le gouvernement et l'activité particulière contestée?".

À mon avis, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'affaire connexe *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1988] 2 W.W.R. 718, constitue un exemple très clair de l'application de ce critère. Dans cet arrêt, la Cour d'appel affirme, à la p. 721, que [TRADUCTION] "le contrôle exercé par le gouvernement sur les affaires du collège en général, conjugué à la participation réelle du gouvernement à la rédaction définitive de la convention collective, nous force à conclure [que le collège en question est assujéti à la *Charte*]". Pour parvenir à cette conclusion, la Cour d'appel a d'abord examiné la question du contrôle général. Elle a souligné que le collège était un mandataire de Sa Majesté, que plusieurs aspects de ses activités étaient assujétis au contrôle ministériel et qu'il devait faire approuver ses règlements par un conseil d'administration dont les membres étaient nommés par le gouvernement.

La Cour d'appel s'est ensuite penchée sur des questions précises concernant le lien entre le gouvernement et les relations contractuelles du collègue avec ses employés. Elle a souligné que la branche exécutive du gouvernement avait le pouvoir de nommer un commissaire chargé de surveiller les régimes d'indemnisation et d'examiner les ententes conclues par les employeurs du secteur public. La *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32, conférait à ce commissaire un pouvoir étendu d'approuver ou de désapprouver les conditions des conventions collectives conclues entre les parties. La Cour d'appel était d'avis que [TRADUCTION] "[d]ans ces circonstances, la convention collective doit être considérée comme le résultat d'une action de la branche exécutive ou administrative du gouvernement" (à la p. 723).

Les questions générales que, selon le critère du contrôle, nous devons nous poser dans le cas d'une entité qui ne fait pas clairement partie de la branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement sont à mon avis tout à fait appropriées. La méthode vise à déterminer s'il y a un lien entre ce que l'on sait être le gouvernement (c'est-à-dire, les branches exécutive, législative et administrative) et ce dont on n'est pas certain qu'il s'agit du gouvernement en examinant la question de savoir si le premier exerce un contrôle général sur le dernier. Le défi que pose cette partie de la méthode est évidemment de déterminer quelles sont les formes de contrôle pertinentes. Bien que je ne croie pas que l'on puisse établir une liste exhaustive des formes de contrôle pertinentes ni affirmer que l'une d'entre elles s'avérera forcément déterminante, il me semble que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Douglas College*, a mis l'accent sur le genre de considérations qu'il faut avoir à l'esprit, savoir, déterminer si un acteur qui fait clairement partie d'une branche du gouvernement contrôle des aspects de l'activité de l'entité en intervenant dans la formulation de sa politique, en approuvant les règlements ou règles qui établissent la façon dont l'entité doit exécuter son mandat, en répartissant les fonds utilisés pour mettre en œuvre ses objectifs ou en nommant le personnel qui dirige l'entité.

Ces formes de contrôle relativement direct constituent des indices sérieux qu'une entité fait partie du gouvernement.

À mon avis, le deuxième volet du critère de contrôle pose plus de problèmes: c'est-à-dire, la recherche d'un lien précis entre le gouvernement et l'action contestée. Dans plusieurs cas, il est possible que la branche pertinente du gouvernement n'exerce pas de contrôle sur les activités de l'entité d'une manière aussi directe que dans l'affaire *Douglas College*, mais que l'entité demeure néanmoins un acteur gouvernemental. Il suffit de penser à ces organismes qui sont créés par des lois, qui dépendent considérablement des subventions du gouvernement et qui sont avisés par l'une des branches du gouvernement des grandes lignes directrices de leur mandat général, mais que l'on garde délibérément à distance, et qui ont une vaste marge de man{oe}uvre quant à la mise à exécution de politiques particulières. Ce genre d'arrangement n'est guère nouveau, particulièrement dans les domaines où les ministres et ministères ne veulent pas s'immiscer dans des décisions complexes et politiquement délicates concernant la répartition des fonds publics ou l'application précise de politiques particulières. Ce genre de décisions oblige souvent à faire un choix entre des demandes irréconciliables et les gouvernements ont donc souvent jugé prudent de créer des organismes ou des tribunaux administratifs qui peuvent prendre ces décisions en l'absence de pression politique. Ainsi, même si ces organismes qui n'ont pas de lien de dépendance ont souvent été créés en vue de remplir des fonctions qu'un ministère remplissait auparavant ou qu'il aurait pu autrement remplir, on ne peut forcément déceler de rapport entre le gouvernement et les activités quotidiennes de cette organisation qui n'a pas de lien de dépendance.

À mon avis, il est donc loin d'être évident qu'un organisme devrait automatiquement être réputé ne pas faire partie du gouvernement pour la simple raison qu'on ne peut établir l'existence du genre de lien précis dont il était question dans l'arrêt *Douglas College*. Conclure

que des organismes qui n'ont pas de lien de dépendance avec les branches exécutive ou administrative du gouvernement sont automatiquement des organismes non gouvernementaux signifierait qu'une vaste gamme d'entités créées mais non contrôlées par la branche législative du gouvernement échapperait à tout examen fondé sur la *Charte*. On pourrait alors difficilement parler de la "protection constante" des droits et libertés que la *Charte* visait à assurer.

En d'autres termes, le problème que soulève une application restrictive du critère du contrôle est qu'elle risque de permettre au gouvernement de déléguer de vastes pouvoirs à des organismes qui n'ont pas de lien de dépendance et ensuite de les soustraire à un examen fondé sur la *Charte* en restreignant la participation du gouvernement dans leur processus décisionnel quotidien. Une application trop restrictive du critère du contrôle permettrait ainsi au gouvernement de soustraire de larges domaines d'activités à l'examen fondé sur la *Charte*.

Je souligne que M^e Roger Tassé a fait remarquer que "[l]a législation déléguée a connu au cours des vingt-cinq dernières années un essor phénoménal. Les interventions gouvernementales à caractère réglementaire sont beaucoup plus nombreuses de nos jours que les interventions à caractère proprement législatif": voir "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", précité, à la p. 85. Maître Tassé identifie ensuite la préoccupation même que je viens de soulever lorsqu'il affirme, aux pp. 84 et 85:

L'autorité à qui est attribué le pouvoir de légiférer est assujettie aux mêmes obligations et contraintes que l'autorité habilitante. Autrement, il serait trop facile au Parlement et aux législatures de ne pas donner suite à leurs obligations constitutionnelles en confiant à d'autres le pouvoir d'exercer leur autorité. C'est dire que l'autorité d'établir des règlements conférée au conseil des ministres, à un ministre, à des fonctionnaires, à des commissions ou tribunaux administratifs doit toujours être exercée dans le respect des droits et libertés garantis par la *Charte*. Mais il faut aller plus loin. En effet, non seulement les règlements eux-mêmes ne doivent-ils pas porter atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*,

mais les actions prises en vertu de ces règlements doivent aussi être respectueuses de la Charte. [Je souligne.]

À mon avis, ces observations s'appliquent tout autant aux organismes sans lien de dépendance qui sont assujettis à un contrôle gouvernemental général.

Il me semble donc que le critère du contrôle comporte un élément pertinent sur le plan général. L'existence d'un contrôle gouvernemental général constitue un indice important qu'il s'agit d'une action gouvernementale, bien que cet indice ne soit pas nécessairement déterminant. Il est évidemment possible d'imaginer des entités assujetties à la réglementation gouvernementale et donc à un contrôle mais qui ne font aucunement partie du gouvernement, par exemple des sociétés privées assujetties à la réglementation gouvernementale. La preuve qu'il s'agit d'une action gouvernementale sera évidemment plus solide si l'on peut déceler un lien direct entre le gouvernement et l'activité en question. Mais je ne crois pas que les questions précises que soulève le critère du contrôle quant à l'existence d'un tel lien soient de toute façon des conditions nécessaires pour conclure à l'existence d'une action gouvernementale. Je suis tout à fait disposée à reconnaître que, même en l'absence d'un tel lien, le gouvernement peut exercer suffisamment de contrôle pour conclure qu'il s'agit d'une action gouvernementale.

b) Le critère de la "fonction gouvernementale"

Selon le deuxième critère proposé, il faut déterminer si l'exécution d'une activité donnée est une "fonction gouvernementale". Il me semble que c'est le genre de critère que la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué en l'espèce lorsqu'elle s'est demandé si une université exerce une fonction gouvernementale. De l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario, les universités n'exercent

pas une fonction gouvernementale, même si elles offrent un service public pour lequel elles touchent des subventions gouvernementales considérables. Mais la Cour d'appel était d'avis qu'un organisme comme une municipalité serait assujetti à la *Charte* parce qu'il exerce ce que la Cour d'appel considérait essentiellement comme des fonctions gouvernementales, dont l'adoption de lois d'application générale. La Cour d'appel souligne (voir: *McKinney v. University of Guelph* (1987), 63 O.R. (2d) 1, à la p. 24):

[TRADUCTION] Le fait que les municipalités soient des "créatures de la législature" n'est pas déterminant. C'est la fonction pour laquelle elles ont été créées qui l'est. Les "créatures de la législature" ne sont pas automatiquement assujetties à la *Charte*: elles demeurent assujetties à leur "créateur". Habituellement, c'est leur "créateur" qui relèverait de la portée de la *Charte*, mais les municipalités diffèrent des autres personnes morales créées par des lois en ce qu'elles sont constituées par le gouvernement pour exercer une fonction gouvernementale; une fonction que le gouvernement provincial pourrait exercer lui-même et qu'il exerce d'ailleurs souvent lui-même. À ce titre, elles peuvent être considérées comme "un palier distinct de gouvernement", pour reprendre les propos du juge Linden, ou comme une "branche du gouvernement", pour reprendre ceux du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Mais c'est la fonction à l'origine de leur constitution en personne morale qui leur confère ce statut et non le simple fait qu'elles sont constituées en personne morale et que leur pouvoir d'agir leur soit conféré par leurs lois constitutives. [Je souligne.]

À mon avis, la méthode "fonctionnelle" de la Cour d'appel de l'Ontario soulève au moins trois difficultés. Premièrement, il me semble que la version particulière de la méthode préconisée par la Cour d'appel de l'Ontario est fondée sur une conception plutôt étroite du gouvernement comme étant responsable de l'adoption et de l'application des lois. Au mieux, cet élément ne peut être qu'une partie de toute description complète de l'État canadien d'aujourd'hui. Je pense qu'il est clair qu'avec le temps le gouvernement est intervenu dans plusieurs domaines en créant des organismes qui ne font pas simplement qu'adopter des lois (et peuvent fort bien ne pas en adopter), mais qui offrent un vaste éventail de services et d'appui (financier ou autre) aux citoyens. Il existe donc un véritable danger que la Cour

d'appel de l'Ontario ait défini restrictivement la "fonction" gouvernementale d'une façon non conforme à la réalité du XX^e siècle.

Deuxièmement, même si on utilisait une notion plus large de la "fonction" gouvernementale, cette interprétation risquerait de soustraire à l'examen fondé sur la *Charte* un bon nombre d'actions des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement qui pourraient fort bien être considérées comme ne faisant pas partie de la "fonction" gouvernementale: par exemple, la conclusion de contrats de travail avec les fonctionnaires ou la conclusion de contrats de fournitures avec des organismes de l'extérieur. Ce résultat serait difficilement compatible avec une interprétation fondée sur l'objet visé du par. 32(1) de la *Charte*, une disposition qui prévoit que la *Charte* s'applique à "tous les domaines relevant" du Parlement.

Troisièmement, et de façon plus importante, il me semble qu'une méthode fonctionnelle risque de présumer que le gouvernement est statique, ce qui est loin d'être le cas compte tenu du rappel historique que j'ai présenté. S'il y a une leçon à tirer des critiques généralisées auxquelles a donné lieu la distinction entre l'action privée et l'action gouvernementale ainsi que de l'évolution remarquable du gouvernement au cours du dernier siècle, c'est certainement que les fonctions du gouvernement ne sont pas figées. Le gouvernement participe à un éventail d'activités toujours plus vaste. En outre, il est probable qu'il intervienne dans de nouveaux domaines et se retire de domaines où il estime ne plus devoir intervenir. Les fonctions gouvernementales évoluent constamment même s'il peut exister un certain groupe d'activités essentielles que la majorité des gouvernements exercent la plupart du temps. Le critère qui ne porte que sur ces activités essentielles, ou qui se restreint aux activités qu'un gouvernement particulier exerce à un moment donné, sera de peu d'utilité dans les cas difficiles où le gouvernement est intervenu dans un nouveau domaine d'activités.

En d'autres termes, il est erroné de croire que l'on peut identifier la ou les fonctions-clés qui déterminent ce qu'est le gouvernement. À mon avis, il n'est guère surprenant que, dans l'examen complet de divers organismes que l'on pourrait considérer comme faisant partie du gouvernement, M^e Tassé ait conclu que [i]l n'existe pas de critères communément acceptés qui permettent de déterminer clairement quand une fonction a un caractère proprement gouvernemental" (Tassé, précité, à la p. 94). Une fonction devient gouvernementale parce qu'un gouvernement a décidé qu'il devrait l'exercer et non parce que la fonction est en soi une fonction gouvernementale. Il me semble que si on ignore ce point, la méthode fonctionnelle risque de nous amener à mettre la charrue devant les bœufs. En outre, il me semble nécessaire de reconnaître qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles tant les organismes gouvernementaux que non gouvernementaux exercent simultanément une fonction donnée. Dans ces cas, la méthode fonctionnelle peut ne pas nous révéler grand-chose quant au statut d'une entité donnée qui exerce cette fonction.

Cela dit, il me semble que la méthode fonctionnelle a quelque chose à offrir, pourvu qu'on ne présume pas que pour la seule raison qu'un organisme n'exerce pas une fonction gouvernementale traditionnelle il n'est pas un acteur gouvernemental. Le fait qu'une entité exerce une activité que nous sommes venus à considérer comme l'une des fonctions exclusives d'un palier de gouvernement donné peut fort bien être un indice sérieux qu'il s'agit d'un acteur gouvernemental. En réalité, on peut conclure que même s'il n'existe pas de lien direct entre le gouvernement et les activités d'un organisme donné et même s'il y a un contrôle minimal du gouvernement sur cet organisme, celui-ci doit néanmoins être considéré comme faisant partie du gouvernement parce qu'il exerce une fonction qui a été traditionnellement exercée par le gouvernement.

Enfin, tout dépendra, dans une large mesure, de la fonction dont il est question. Bien qu'il existe des fonctions que le gouvernement exerce depuis longtemps, comme par exemple le processus d'application du droit criminel, il y en a d'autres qui peuvent être exercées par le gouvernement dans certaines circonstances et par d'autres types d'organismes, par exemple des sociétés privées, dans d'autres circonstances. Il peut également y avoir des fonctions que le gouvernement juge ne plus devoir exercer. Et comme je l'ai déjà proposé, il peut y avoir des secteurs de l'économie où le gouvernement est en concurrence directe avec le secteur privé quant à la fourniture de services particuliers et où il est très difficile d'utiliser une méthode fonctionnelle pour déterminer qui est un acteur gouvernemental et qui ne l'est pas. Au mieux, la méthode fonctionnelle ne peut alors apporter que des réponses approximatives à la question de savoir s'il s'agit du gouvernement. Mais cette méthode peut néanmoins faire ressortir des considérations importantes dont on devrait tenir compte dans l'examen du statut d'un organisme donné.

c) Le critère de l'"entité gouvernementale"

Une troisième méthode pourrait porter sur la question de savoir si un organisme donné est une "entité gouvernementale". Cette méthode est axée sur la question de savoir si une entité exécute une tâche conformément à un pouvoir conféré par la loi et si elle l'exécute au nom du gouvernement dans la poursuite d'un objectif gouvernemental. À mon avis, cette méthode tient compte de considérations qui ne visent pas le critère du contrôle et le critère de la fonction gouvernementale, des considérations qui peuvent fort bien nous aider à déterminer si le gouvernement s'apprête à remplir réellement de nouveaux rôles ou s'il remplit d'anciens rôles en créant de nouveaux arrangements institutionnels.

Bien que je ne connaisse pas de décisions fondées sur cette façon d'interpréter le par. 32(1) de la *Charte*, il me semble que notre Cour a appliqué une variante de ce critère lorsqu'elle a examiné la théorie de l'immunité de l'État. Par exemple, je souligne que dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, aux pp. 565 et 566, notre Cour a affirmé:

La loi crée des organismes comme Uranium Canada et Eldorado à des fins précises. Lorsqu'un mandataire de l'État agit conformément aux fins publiques qu'il est autorisé légalement à poursuivre, il a le droit de se prévaloir de l'immunité de l'État à l'encontre de l'application des lois parce qu'il agit pour le compte de l'État. Cependant, lorsque le mandataire outrepassé les fins de l'État, il agit personnellement et non pour le compte de l'État, et il ne peut invoquer l'immunité dont bénéficie le mandataire de l'État.

Bien que cette méthode ait été traditionnellement utilisée pour déterminer dans quelles circonstances les actions d'une entité ne sont pas régies par des lois, il me semble qu'elle peut nous aider à identifier les organismes dont les actions sont assujetties à un examen fondé sur la *Charte*.

Plus précisément, cette méthode tient compte de la nature du pouvoir légal d'un organisme et de la possibilité que le gouvernement ait délégué son pouvoir à un organisme subordonné. Il me semble que cette méthode peut donc nous aider à identifier les organismes qui ne font pas l'objet d'un contrôle gouvernemental poussé et dont on ne peut pas dire qu'ils exercent une fonction gouvernementale traditionnelle, mais qui peuvent néanmoins résulter d'une décision du gouvernement d'assumer un nouveau rôle. Dans l'examen de la question de savoir si un organisme existe en vue de répondre aux objectifs d'un gouvernement dans un domaine particulier ou s'il agit principalement dans son propre intérêt, cette méthode peut également nous aider à faire la distinction entre les entités qui, dans un certain sens, sont des créatures de la loi, mais dont on ne peut pas dire qu'elles font partie du gouvernement, comme par exemple les sociétés privées constituées en vertu d'une loi concernant les sociétés

commerciales, et celles qui sont des créatures de la loi et font partie du gouvernement, comme par exemple les mandataires de Sa Majesté.

Ainsi, cette méthode aiderait à identifier des organismes qui, à l'instar d'Eldorado Nucléaire Limitée, font partie du gouvernement même si les "objets de la compagnie et les lois pertinentes lui permettent de fonctionner sans directives du gouvernement" (le juge Dickson, dans l'arrêt *Eldorado*, précité, à la p. 573) et même si l'organisme fonctionne dans un domaine relativement nouveau de l'activité gouvernementale, savoir l'industrie nucléaire. En tant que mandataire de Sa Majesté créé pour répondre à ce que le gouvernement de l'époque percevait clairement comme un domaine d'intérêt public, cet organisme serait donc tenu de respecter les normes constitutionnelles fondamentales.

À mon avis, ce résultat est conforme à la logique. Je souligne que dans le cadre de son examen détaillé de la gestion et de l'imputabilité du gouvernement, la Commission Lambert, précitée, souligne, à la p. 311:

Ce recours considérable à des organismes de la Couronne est une réaction légitime du gouvernement aux problèmes que pose la mise en place de nouveaux mécanismes visant à faire face aux exigences de sa prise en charge de nouvelles fonctions qui appellent, de sources autonomes, des conseils en matière de politique, la réglementation d'importants secteurs de l'économie, et une détermination objective des droits ainsi que l'entière propriété et l'exploitation de nombreuses entreprises à caractère commercial. Les organismes de la Couronne jouent un rôle utile et nécessaire en allégeant le fardeau des ministres qui font face à la croissance des programmes et des responsabilités au sein des ministères de type classique.

Comme je l'ai déjà souligné, il me semble évident en soi que la *Charte* visait à lier Sa Majesté. Je ne vois aucune raison pour laquelle les mandataires de Sa Majesté devraient être qualifiés d'organismes non gouvernementaux et être ainsi soustraits à la portée de la *Charte*. Si nous voulons veiller à ce que la *Charte* continue à assurer une protection constante des droits et

libertés individuels, il me semble alors que les "nouveaux mécanismes" identifiés par la commission Lambert doivent être assujettis à la *Charte*. Je souligne que le professeur Hogg parvient à une conclusion semblable dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2^e éd.), précité, à la p. 672, lorsqu'il fait remarquer:

[TRADUCTION] Sont également clairement compris les sociétés d'État et les organismes publics qui ne relèvent pas de la structure formelle des ministères, mais qui, en raison d'un contrôle ministériel ou d'une disposition législative expresse, sont réputés être des "mandataires" de Sa Majesté.

Encore une fois, je ne crois pas que cette méthode apporte nécessairement des réponses définitives. Il pourrait bien y avoir des entités, comme des organismes de bienfaisance, qui sont créées par des lois et qui servent l'intérêt public, mais dont on ne pourrait vraiment dire qu'elles font partie du gouvernement. Néanmoins, il me semble que cette méthode saisit une perspective importante qu'il faut avoir à l'esprit dans tout examen de l'action gouvernementale, une perspective qu'on ne retrouve pas dans le critère du contrôle et le critère de la fonction gouvernementale. Il s'agit d'une perspective qui peut nous aider à identifier certains des organismes les plus inusités que crée le gouvernement ou auxquels il en vient à s'associer intimement dans la poursuite d'objectifs gouvernementaux particuliers.

Comme l'indique clairement cet examen des méthodes qu'on peut utiliser pour identifier le gouvernement, je ne crois pas qu'un seul critère ou point de vue serve de panacée. Tous comportent des éléments valables puisque chacun apporte une perspective quelque peu différente à la question de savoir ce qu'est le gouvernement. Mais chacun risque d'oublier une série d'organismes qui, à mon avis, doivent être considérés comme faisant partie du gouvernement, particulièrement si l'on veut s'assurer que la *Charte* accorde réellement une protection constante des droits et libertés individuels. Il me semble donc que la seule méthode

satisfaisante en vertu du par. 32(1) de la *Charte* est celle qui tient compte des points forts de chacune des méthodes déjà décrites.

Par conséquent, je favoriserais une méthode qui soulève les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement:

1. La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question?
2. L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État?
3. L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

Chacune de ces questions vise à identifier des aspects du gouvernement dans son contexte contemporain. À mon avis, une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions constituerait un indice sérieux qu'il s'agit d'une entité qui fait partie du gouvernement. Je m'empresse cependant d'ajouter qu'une réponse affirmative ne peut jamais être plus qu'un indice. Les parties pourront toujours expliquer pourquoi l'organisme en question ne fait pas partie du gouvernement. De même, une réponse négative n'est pas une conclusion que l'entité ne fait pas partie du gouvernement. Les parties pourront toujours expliquer que l'entité comporte quelque autre aspect que les questions formulées précédemment ne visent pas mais qui fait en sorte qu'elle fait partie du gouvernement.

Il faut à tout prix être conscient du fait que le gouvernement est un organisme constamment en évolution. Il s'ensuit que le genre de questions que nous devons poser en tentant d'identifier le gouvernement est également susceptible d'évoluer. Il me semble que la raison pour laquelle les critères fixes conçus pour identifier le gouvernement s'avèrent toujours inefficaces est qu'ils présument que le gouvernement est statique, une présomption qu'un examen historique et comparatif des gouvernements dans notre pays et dans d'autres ne corrobore pas. Par conséquent, les questions que j'ai formulées plus haut ne sont pas figées à tout jamais. D'autres questions devront peut-être être ajoutées à la liste au fur et à mesure que les gouvernements interviennent dans différents domaines ou s'en retirent. Les questions que j'ai formulées se veulent seulement des directives pratiques pour déterminer si un organisme dont il n'est pas évident en soi qu'il fait partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement peut néanmoins faire partie du gouvernement aux fins du par. 32(1) de la *Charte*.

5. Application du critère aux universités

a) Le critère du "contrôle"

Un examen des divers liens qui existent entre la province et les universités m'amène à conclure que l'État exerce un contrôle important sur les universités au Canada.

Comme je l'ai déjà souligné dans les présents motifs, ce contrôle peut s'exercer de plusieurs manières différentes. En l'espèce, le gouvernement a exercé un contrôle sur les universités dans quatre grands domaines: (1) le financement; (2) l'organisation interne; (3) le processus décisionnel; et (4) les politiques des universités. Abordant d'abord le financement, il est clair que la province a grandement participé au financement de ces institutions d'enseignement

supérieur. Comme mon collègue le juge La Forest l'a souligné, la province contribue sensiblement à l'existence des universités. Elle finance la majeure partie des dépenses en immobilisations des universités et leur accorde des fonds spéciaux pour des projets spéciaux. La preuve indique que près de 80 pour 100 des coûts d'exploitation et d'immobilisations des universités sont absorbés par le gouvernement. Outre ces éléments mentionnés par le juge La Forest, je souligne que le gouvernement subventionne également la "clientèle" des universités, c'est-à-dire la population étudiante. C'est parce que les étudiants peuvent obtenir des bourses et des prêts du gouvernement que plusieurs d'entre eux poursuivent leurs études à l'université. Enfin, le gouvernement accorde des subventions pour des projets de recherche particuliers.

Il convient également de souligner que le gouvernement ne subventionne pas les universités de manière inconditionnelle. Les universités utilisent les subventions d'exploitation conformément à un manuel ministériel portant sur leur utilisation qui, bien qu'il ne vise pas à limiter ou à contrôler l'utilisation de ces fonds par les universités, a en pratique cet effet. Les subventions d'exploitation sont établies en fonction des coûts des programmes universitaires et du nombre d'étudiants qui y sont inscrits. Les universités fixent elles-mêmes les frais de scolarité qui sont ensuite soustraits des subventions d'exploitation. Les universités peuvent établir les frais de scolarité à 110 pour 100 des frais établis dans le manuel sans qu'il y ait réduction des subventions d'exploitation. Un contrôle est également exercé sur les subventions relatives aux dépenses en immobilisations et les subventions à des fins particulières. Ces subventions doivent être utilisées en fonction des objets pour lesquels elles ont été accordées.

La nature étendue de l'aide financière que le gouvernement accorde à tous les membres de la communauté universitaire, y compris l'administration, les étudiants et les professeurs, indique que le gouvernement exerce un contrôle considérable sur l'exploitation des universités.

Deuxièmement, le gouvernement exerce ce qu'on peut appeler un contrôle sur l'"organisation" de ces institutions. Toutes les universités concernées par ce pourvoi ont été constituées en personne morale au moyen de lois provinciales. La Cour d'appel de l'Ontario a fait un résumé de l'historique de cet aspect de ces institutions, aux pp. 14 et 15:

[TRADUCTION] L'Université de Toronto (U. de T.) a été créée par la législature comme "l'université de la province" en 1849. Sa loi habilitante a été modifiée à l'occasion et s'intitule actuellement l'*University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, ch. 56.

L'Université de Guelph (Guelph) est un amalgame de l'Ontario Agricultural College, de l'Ontario Veterinary College et du McDonald Institute dont l'exploitation était autrefois contrôlée directement par le ministère provincial de l'Agriculture. L'Université, sous sa forme actuelle, a été créée en 1964 par l'*University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, ch. 120.

L'Université Laurentienne (Laurentienne) a son origine dans le Sacred Heart College établi en 1913 comme collège catholique romain bilingue. En 1957, il a été modifié par une loi provinciale pour devenir l'Université de Sudbury et, par la suite, l'Université Laurentienne en vertu de la *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, modifiée par 1961-62, ch. 154, art. 1 à 7.

L'Université York (York) a été constituée en 1959 comme filiale de l'U. de T. On a mis fin à cette affiliation par entente réciproque en 1965 lorsque la législature a adopté la *York University Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 143.

Ces lois "habilitantes" établissent en détail les pouvoirs, fonctions et privilèges des universités ainsi que leur organisation interne. Chacune établit un corps dirigeant, appelé "board of governors" dans le cas de l'Université Laurentienne et de l'Université de Toronto, et "governing council" dans le cas de l'Université York et de l'Université de Guelph. Ces corps dirigeants ont le pouvoir d'exploiter les institutions. Ils sont responsables de l'exercice des attributions conférées aux universités par leur loi habilitante ainsi que par d'autres lois touchant à leurs pouvoirs (par exemple, la *Loi sur les pouvoirs des universités en matière d'expropriation*, L.R.O. 1980, ch. 516).

Troisièmement, la branche législative du gouvernement, par la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1980, ch. 224, confère aux tribunaux le pouvoir de surveiller l'exercice par les universités de leurs attributions pour veiller à ce qu'elles respectent le principe de l'équité. Il existe donc un contrôle gouvernemental sur certains processus de l'université.

Enfin, j'estime que la province contrôle indirectement une partie importante des politiques universitaires. Par exemple, en ce qui concerne les programmes de premier cycle, l'université doit obtenir l'approbation préalable du Conseil ontarien des affaires universitaires ("COAU"), un comité consultatif nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil en application de la *Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, L.R.O. 1980, ch. 272, pour tout nouveau programme qui ne relève pas des matières fondamentales en arts et en sciences. En outre, l'université doit remettre un rapport annuel au COAU concernant les programmes réguliers. Quant aux programmes de deuxième cycle, ceux-ci doivent d'abord être approuvés par l'Ontario Council on Graduate Studies ("OCGS"), un sous-comité du Conseil des universités de l'Ontario ("CUO"). Si le CUO approuve le programme, il recommande au COAU que le programme soit subventionné. Le COAU examine le programme en fonction de facteurs académiques, des besoins de la société, de la demande des étudiants, des restrictions économiques et de l'existence d'autres programmes semblables et fait ses recommandations à la province qui prend la décision finale.

Je crois également que le gouvernement exerce un certain contrôle sur le pouvoir des universités d'accorder des diplômes en application de la *Loi de 1983 sur l'attribution de grades universitaires*, 1983, L.O. 1983, ch. 36. En vertu de cette loi, seules les universités agréées ont le pouvoir d'accorder des diplômes.

Il est vrai que le gouvernement n'est pas mêlé directement à la politique de mise à la retraite obligatoire établie par les universités. Comme je l'ai cependant indiqué, il n'est pas nécessaire d'établir un lien précis entre l'action contestée et le gouvernement. Si les rapports entre les universités et le gouvernement sont suffisamment étroits pour considérer celles-ci comme faisant partie du gouvernement aux fins de l'art. 32, je ne vois aucune raison pour laquelle leurs politiques et pratiques internes ne devraient pas se conformer aux préceptes de la Constitution.

J'accepte la prétention des intimés que le principe de la liberté académique justifie l'absence d'intervention gouvernementale dans certains types de décisions que doivent prendre les universités. Cependant, j'estime que cet argument ne favorise pas vraiment la thèse des universités en faveur de leur exemption d'un examen fondé sur la *Charte*. Il supporte plutôt l'opinion déjà exprimée que le gouvernement doit maintenir des rapports sans lien de dépendance avec certains types d'organismes pour permettre à ceux-ci d'exercer leurs fonctions de la meilleure façon possible. La fonction essentielle que vise à remplir le principe de la liberté académique est de protéger et d'encourager la libre circulation des idées. Par conséquent, l'ingérence du gouvernement dans ce domaine est inadmissible.

Je cite un extrait du rapport Bissell, *The Commission on the Government of the University of Toronto* (Toronto 1970), à la p. 27:

[TRADUCTION] De façon générale, on reconnaît un enseignant par le dévouement à sa discipline dans une atmosphère de liberté. Tant que sa discipline est respectée et peut évoluer conformément à ses propres exigences, et que l'enseignant dispose des livres, bibliothèques, laboratoires et services techniques que permettent les ressources universitaires, il se contente de laisser à d'autres l'administration globale de l'université et n'assume à la faculté ou au département aussi peu de responsabilités administratives que l'exige la simple politesse.

Le travail et les décisions dans son domaine -- son enseignement et la recherche, la mise au point de nouveaux programmes dans son département, les nominations de personnel et ainsi de suite -- sont d'importance primordiale pour lui et il est convaincu que *seuls* les professeurs possèdent l'expertise nécessaire pour prendre ces décisions. Il se consacre à sa discipline, et même lorsqu'il publie, fait des recherches et consulte à l'extérieur de l'université, il considère ces activités comme utiles à son travail dans le domaine. [En italique dans l'original.]

Je cite également un extrait de l'essai d'Underhill (Underhill, "The Scholar: Man Thinking", dans Whalley (éd.), *A Place of Liberty* (Toronto 1964)), à la p. 68:

[TRADUCTION] La revendication du professeur d'université est que lui-même et ses collègues, sans égard à leur statut juridique d'employés, sont dans les faits des membres d'un groupe professionnel et devraient pouvoir bénéficier des droits d'une profession libérale. C'est-à-dire qu'ils devraient décider collectivement ce qui sera enseigné et comment, ceux qui seront qualifiés pour enseigner et ceux qui seront qualifiés pour recevoir cet enseignement. Bref, ils devraient être autonomes comme le sont les membres d'autres professions libérales. La liberté académique est la liberté collective d'une profession et la liberté individuelle des membres de cette profession.

Il convient de souligner que ce sont les universités elles-mêmes qui reconnaissent la liberté académique de chacun de leurs membres par le système de la permanence. Et ce système n'est pas sans critique. En effet, la commission Bissell demande que l'on repense le système de la permanence comme moyen de protéger la liberté académique, laissant entendre qu'il se rapporte davantage à la sécurité d'emploi qu'à la liberté académique (aux pp. 53 et 54).

Bien que je reconnaisse que le principe de la liberté académique joue un rôle absolument vital dans la vie universitaire, je pense que son impact est passablement restreint. Il ne protège que contre la censure des idées. Il n'est pas incompatible avec le contrôle administratif exercé par le gouvernement dans d'autres domaines. À cet égard, il est en quelque sorte analogue au principe de l'indépendance judiciaire par rapport à la fonction décisionnelle. Je ne crois pas

que l'absence de contrôle de la province sur les politiques de mise à la retraite des universités soit déterminante quant à leur statut, bien qu'elle soit nettement pertinente à ce propos.

En ce qui concerne le degré général de contrôle exercé par le gouvernement sur les universités, j'estime que les indices de contrôle que j'ai identifiés justifient la conclusion que la province exerce un contrôle très important, bien qu'indirect dans certains domaines, sur ces institutions. Cela n'est cependant pas suffisant en soi pour les faire relever de l'art. 32 de la *Charte*. Nous devons appliquer les autres critères déjà exposés.

b) Le critère de la "fonction gouvernementale"

Dans l'application du critère de la fonction gouvernementale, le principe général est qu'une fonction devient gouvernementale parce que le gouvernement a décidé de l'exercer et non parce que la fonction est en soi gouvernementale.

L'éducation a joué un rôle important dans l'activité gouvernementale tant avant qu'après la Confédération. Par exemple, dès 1766, la législature de la Nouvelle-Écosse a adopté *An Act concerning Schools and Schoolmasters*, S.N.S. 1766, ch. 7, qui prévoyait la nomination des maîtres d'école et le financement des écoles locales dans la colonie. D'autres colonies de l'Amérique du Nord britannique avaient des lois semblables. Par exemple, les *Actes et ordonnances révisés du Bas-Canada* de 1845 contiennent quatre lois portant sur l'éducation et les établissements d'enseignement: *Acte pour faciliter l'Établissement et la Dotation d'Écoles Élémentaires dans les Paroisses de cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 1, *Acte pour l'Établissement d'Écoles Gratuites et l'Avancement des Sciences dans cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe, ch. 2, *Acte pour pourvoir à l'établissement d'Écoles Normales*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 3, *Acte pour incorporer le Collège de Chambly*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 4 .

Voir également les Statuts provinciaux du Canada, *Acte pour mieux établir et maintenir les Écoles Publiques dans le Haut-Canada, et révoquer l'acte des écoles actuel*, S. Prov. C. 1849, ch. 83; *Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province [Common Schools Act]*, S. Prov. C. 1841, ch. 18, *An Act to enable the Corporation of the Royal Institution for the Advancement of Learning, to dispose of certain portions of Land, for the better support of the University of McGill College*, S.L.C. 1844-45, ch. 78, il y a divergence avec les titres de lors anglais *Acte pour approprier les revenus provenant des Biens des Jésuites pour l'année mil-huit-cent quarante-six*, S.B.-C. 1846, et il y a divergence avec les titres de lors anglais *Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'avancement de l'Éducation Supérieure, et pourvoir à l'établissement et au soutien d'Écoles Normales dans le Bas Canada, et pour d'autres fins*, S.B.-C. 1856, ch. 54. Et à l'Île-du-Prince-Édouard, on avait établi un régime d'éducation en vertu de diverses lois comme *An Act for the encouragement of education*, S.P.E.I. 1852, ch. 13, et *An Act to consolidate and amend the several laws relating to education*, S.P.E.I. 1861, ch. 36. Les différents paliers de gouvernement ont poursuivi et étendu jusqu'à maintenant ces activités en matière d'éducation.

En 1867, les Pères de la Confédération ont reconnu le rôle que les gouvernements provinciaux en étaient venus à jouer dans le domaine de l'éducation. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces la compétence exclusive en matière d'éducation et ne la restreint que dans les limites nécessaires à la protection des écoles confessionnelles et des minorités religieuses.

Après 1867, l'activité du gouvernement provincial en matière d'éducation peut être qualifiée de globale. Par exemple, en 1871, la législature de l'Ontario a adopté *An Act to Improve the Common and Grammar Schools of the Province of Ontario*, S.O. 1871, ch. 33, pour réorganiser

le système d'écoles primaires dans la province en créant un système public d'écoles gratuites. En 1874, la législature est intervenue encore pour réformer le ministère de l'Éducation publique ainsi que les écoles primaires, les collèges et les écoles secondaires de la province, et pour modifier et refondre *An Act to amend and consolidate the Public School Law*, S.O. 1874, ch. 27 et 28 respectivement. Enfin, les lois révisées de l'Ontario de 1877 comportent une refonte des diverses lois relatives à l'éducation qui étaient en vigueur à l'époque. Elles prévoient notamment un ministère de l'Éducation (ch. 203), un régime complet d'écoles (primaires) et d'écoles secondaires publiques (ch. 204 et 205), ainsi que l'Université de Toronto (ch. 209 et 210), une école de sciences appliquées (ch. 212) et des écoles techniques (ch. 213). Cette activité gouvernementale se retrouve également dans d'autres provinces et territoires: voir l'Île-du-Prince-Édouard, *Public Schools' Act*, 1877, S.P.E.I. 1877, ch. 1; la Nouvelle-Écosse, *Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1873, ch. 32; Québec, *De l'instruction publique*, S.R.Q. 1888, titre V, art. 1860 à 2288; le Nouveau-Brunswick, *Schools Act*, C.S.N.B. 1877, ch. 65; le Manitoba, *The Manitoba School Act*, R.S.M. 1880, ch. 62; la Colombie-Britannique, *Consolidated Public School Act*, 1876, S.B.C. 1876, ch. 2, et les territoires du Nord-Ouest, *The School Ordinance*, Consolidated Ordinances of the North-West Territories 1898, ch. 75.

Un bref examen des lois en vigueur tant avant qu'après la Confédération nous amène à la conclusion inéluctable qu'à tous les niveaux l'éducation a traditionnellement été une fonction des gouvernements au Canada.

c) Le pouvoir conféré par la loi et le critère de l'intérêt public

On a déjà reconnu que les universités ont le pouvoir général de régir leurs affaires en vertu de leurs lois habilitantes. En outre, l'attribution d'un pouvoir légal comprend clairement le

pouvoir de conclure des contrats de travail et des conventions collectives avec les professeurs et les employés.

Personne ne conteste que les universités exercent une fonction publique importante que le gouvernement voulait voir exercer et dont il considère d'ailleurs qu'il a la responsabilité de veiller à ce qu'elle soit exercée. L'avocat des intimés a reconnu cela en première instance. De plus, il n'est pas difficile de justifier l'activité de l'État dans ce domaine. L'intérêt de l'État en matière d'éducation dans notre société moderne ne se limite pas et ne peut se limiter à l'alphabétisation de base. Le fait de promouvoir la poursuite d'études supérieures et d'en permettre l'accès relève volontiers de l'intérêt public. L'État reconnaît volontiers le rôle important que les universités jouent non seulement dans l'éducation des jeunes mais aussi plus généralement dans la promotion et la libre circulation des idées dans notre société. Sur un plan plus pratique, la province reconnaît que les perspectives de croissance économique sont liées à la formation et au maintien d'une masse critique de professeurs et de chercheurs et, de manière plus fondamentale, d'une collectivité instruite. C'est également pour cette raison que la province a un intérêt vital à posséder un système d'éducation complet de première classe.

Comme dans le cas du critère du contrôle, je ne suis peut-être pas prête à conclure que le respect de ce troisième critère est suffisant en soi pour faire relever les intimés de l'art. 32 de la *Charte*. Cependant, le fait que les universités soient subventionnées de façon si importante, le fait que la réglementation gouvernementale semble aller de pair avec le financement, ainsi que le fait que les universités exercent une fonction traditionnelle du gouvernement conformément au pouvoir conféré par la loi m'amènent à conclure que les universités font partie du "gouvernement" aux fins de l'art. 32. Leurs politiques de mise à la retraite obligatoire sont donc sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

II. La politique de retraite obligatoire des universités contrevient-elle à l'art. 15 de la Charte?

1. *Le sens du terme "loi" à l'art. 15*

Ayant conclu que la *Charte* s'applique aux universités en Ontario, il faut ensuite déterminer si la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans contrevient au par. 15(1) de la *Charte*.

Le paragraphe 15(1) prévoit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre traite du sens du terme "loi" utilisé à l'art. 15 de la façon suivante, aux pp. 163 et 164:

Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. La portée du terme "loi" utilisé au par. 15(1) ne saurait soulever aucun problème en l'espèce puisque c'est une loi de la législature qui est attaquée. La question de savoir si d'autres exigences, règles et règlements gouvernementaux ou quasi gouvernementaux peuvent être qualifiés de lois au sens du par. 15(1), devrait être débattue dans les affaires où elle sera soulevée.

Parce qu'il est évident qu'il s'applique à une disposition législative, le juge McIntyre n'était pas obligé d'examiner toute la portée du terme "loi" à l'art. 15. Cela a cependant une incidence directe sur la portée de l'art. 15.

Un certain nombre de tribunaux d'instance inférieure ont tenté de s'attaquer à la question. Dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a souligné que le terme "law" figure non seulement à l'art. 15 ("loi"), mais également à l'article premier et à l'art 52 ("règle de droit"). S'appuyant sur une règle d'interprétation législative qui prévoit que, lorsqu'un terme figure plus d'une fois dans la même loi, il devrait avoir le même sens, la cour s'est servie de la jurisprudence de notre Cour portant sur le terme "règle de droit" à l'article premier et à l'art. 52. La Cour d'appel a présenté la définition suivante aux pp. 726 et 727: [TRADUCTION] "une règle ou un système de règles formulées par le gouvernement et imposées à l'ensemble ou à une partie de la société. Dans ce contexte, la loi peut-être formulée par le gouvernement lui-même ou par des organismes ou mandataires exerçant un pouvoir gouvernemental."

L'affaire *Douglas College* portait sur une disposition d'une convention collective qui fixait à 65 ans la retraite obligatoire. La cour a souligné qu'en général les dispositions d'une convention collective ne seraient pas considérées comme une "loi" puisqu'elles traduisent la volonté des parties et non celle du gouvernement. On ne pouvait cependant pas en dire autant de la convention en cause puisque toutes ses clauses sont assujetties à l'approbation d'un commissaire, nommé par le gouvernement, qui a le pouvoir de réviser et de rejeter toutes les pratiques d'indemnisation. De même, dans l'arrêt *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, la même formation (les juges Hinkman, Macfarlane et McLachlin maintenant de notre Cour) a conclu, en s'appuyant sur l'arrêt *Douglas College*, qu'un règlement adopté par le conseil d'administration de l'hôpital mettant fin aux privilèges hospitaliers des médecins âgés de plus de 65 ans constituait également une "loi". Comme dans l'arrêt *Douglas College*, le règlement n'entrait en vigueur qu'après avoir reçu l'approbation du Ministre.

Par opposition, dans *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545, la Cour divisionnaire de l'Ontario était partagée sur la question de savoir si une politique formulée par le conseil scolaire, qui imposait la retraite à 65 ans, pouvait être considérée comme une "loi" aux fins de l'art. 15. Le juge Craig, dissident, a exprimé l'avis, à la p. 550, que [TRADUCTION] "la politique vise à lier les enseignants et elle constitue une "loi" au sens du par. 15(1) de la Charte, et une règle de droit au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*". Les juges formant la majorité (les juges Anderson et McKinlay) ont émis une opinion différente, soulignant, à la p. 565 que le terme "loi" signifiait [TRADUCTION] "une loi au sens d'une règle de conduite que l'État impose à un citoyen". À leur avis, la politique du conseil et sa résolution visant à l'appliquer ne constituaient pas une loi dans ce sens.

Malgré les différences entre les arrêts *Douglas College* et *Vancouver General Hospital* d'une part, et *Essex County* d'autre part, ces décisions reconnaissent toutes comme principe fondamental que le terme "loi" à l'art. 15 comprend la notion d'une règle distincte, explicite et identifiable. Mon collègue le juge La Forest semble également accepter cette interprétation du rôle que vise à jouer le terme "loi" dans l'application de la garantie d'égalité même s'il lui donnerait une interprétation libérale.

Je ne crois pas qu'il soit clair en soi que le terme "loi" à l'art. 15 devait jouer un rôle restrictif. Je partage l'avis du juge La Forest que s'il faut conclure à l'existence d'une "loi" en vertu de l'art. 15 avant d'appliquer la disposition, il faudrait alors donner au terme "loi" une interprétation très libérale qui ne soit pas restreinte à l'activité législative. Il devrait également comprendre les politiques et pratiques même si celles-ci sont adoptées de consentement. En réalité, je serais d'avis que la garantie d'égalité s'applique sans égard à la forme particulière de discrimination.

Comme le juge La Forest l'a souligné dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 193:

Je ne suis pas disposé à accepter, pour l'instant, que la seule signification qu'il faut prêter aux termes préliminaires qui se rapportent plus généralement à l'égalité, c'est que la protection accordée par l'article est restreinte à la discrimination qui résulte de l'application de la loi. Il est possible d'interpréter l'art. 15 de cette façon et je suis certain que, de toute manière, le redressement contre ce genre de discrimination constituera la majeure partie du travail que les tribunaux seront appelés à effectuer sous le régime de cette disposition. De plus, je suis également certain, compte tenu de la façon dont l'article a été rédigé, que c'est ce qu'on a voulu. Cependant, on peut raisonnablement prétendre que les termes préliminaires, qui représentent la moitié de l'article, semblent quelque peu démesurés pour accomplir le modeste rôle qui leur est attribué, surtout si l'on tient compte du fait que l'art. 32 limite déjà l'application de la *Charte* aux lois et aux activités gouvernementales. Il est également permis de croire qu'ils ne s'accordent pas avec l'interprétation large et libérale donnée aux autres droits de la *Charte*, notamment à l'art. 7 qui, à l'instar de l'art. 15, est de nature générale.

Voir également Mary Eberts, "Sex-based Discrimination and the Charter", dans Bayefsky et Eberts (éd.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto 1985), aux pp. 206 et 207.

J'estime cependant que, selon une interprétation de l'art. 15 fondée sur son objet, la garantie d'égalité devant et selon la loi ainsi que celle de la même protection et du même bénéfice de la loi constituent également une directive pour les tribunaux de veiller à ce que la discrimination pratiquée par toute personne visée par l'application de la *Charte* soit corrigée, qu'elle prenne la forme d'une activité législative, d'un principe de common law ou d'une simple conduite. En d'autres termes, l'art. 15 est dans les faits déclaratoire des droits de tous à l'égalité dans le système judiciaire de sorte que si la garantie d'égalité d'un individu n'est pas respectée par ceux à qui la *Charte* s'applique, les tribunaux doivent remédier à cette inégalité. Je dis "ceux à qui la *Charte* s'applique" en raison de la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery* qu'elle ne s'applique pas aux actions privées en l'absence d'un lien gouvernemental.

Acceptant cette restriction, il me semble cependant que cette interprétation de l'art. 15 est tout à fait conforme à la conclusion que l'art. 32 de la *Charte* assujettit les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement à un examen fondé sur la *Charte*. Je ne vois aucune raison valable pour laquelle la conduite du gouvernement qui viole les droits à l'égalité d'une personne reconnus à l'art. 15 ne devrait pas faire l'objet d'un redressement par les tribunaux afin de rétablir les droits de cette personne à l'égalité dans la loi. Selon cette interprétation, l'art. 15 n'exige pas de chercher une "loi" discriminatoire mais simplement de chercher une discrimination qui doit être corrigée par la loi.

L'article 24 de la *Charte* confère un large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux pour ce qui est de réparer les violations de la *Charte*. Il se lit ainsi:

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Cet article peut être comparé avec l'article premier et l'art. 52. L'article premier exige que les restrictions apportées aux droits reconnus par la *Charte* soient prescrites "par une règle de droit" et, le cas échéant, qu'il s'agisse de limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article 52 prévoit que la Constitution est la loi suprême du Canada et que toute règle de droit incompatible avec celle-ci est inopérante. Ces dispositions permettent aux tribunaux d'annuler les lois en vigueur qui dérogent aux valeurs consacrées dans la Constitution. Par ailleurs, l'art. 24 de la *Charte* semble avoir été inclus pour permettre aux tribunaux de déterminer les réparations appropriées à la suite de violations qui n'ont pas nécessairement leur origine dans une loi comme telle. Il

fournit donc un moyen par lequel les tribunaux peuvent réparer les violations qui découlent d'une conduite.

J'estime également que la formulation du par. 15(2) étaye l'opinion que le par. 15(1) ne devait pas être restreint à une "loi" même au sens large. Le paragraphe 15(2) prévoit:

15. . . .

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le terme "activités" ne peut, à mon avis, être interprété de façon restrictive pour équivaloir à une "loi". Le paragraphe (2) doit être lu conjointement avec le par. (1). Il n'aurait pas été nécessaire de soustraire les programmes et les activités à la portée du par. (1) s'ils n'avaient pas d'abord été inclus au par. (1). J'estime que l'inclusion de ces mots au par. (2) étaye solidement l'affirmation que le par. 15(1) ne visait pas à s'appliquer seulement au contexte restreint de la législation discriminatoire ou des "règles" qui y sont analogues.

Enfin, et peut-être de façon plus importante, cette interprétation large de l'art. 15 répond le mieux à l'objet de la disposition, c'est-à-dire assurer une protection contre le fléau de la discrimination pratiquée par l'État, peu importe la forme qu'elle revêt. Notre Cour a répété à maintes reprises que l'interprétation fondée sur l'objet visé était la meilleure façon d'interpréter la *Charte*: voir l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. En outre, dans l'interprétation qu'ils donnent à l'expression "règle de droit" à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les arrêts de notre Cour font voir que cette expression peut ne pas

avoir le même sens dans toute la Constitution. Par exemple, dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, précité, le juge Dickson affirme, à la p. 459:

Je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la "règle de droit" à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52.

Par contre, en interprétant l'article premier, le juge Lamer affirme dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 623:

Comme l'expose le juge Estey dans ses motifs, la violation des droits de l'intimé ne découle pas ici de l'application de la loi mais résulte des actes des policiers et il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'examiner en l'espèce si, en vertu de l'art. 1 de la *Charte*, le "système d'alcootest" établi par le par. 235(1) et l'art. 237 du *Code criminel* restreint les droits garantis par la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables.

Le juge Le Dain, dissident pour d'autres motifs, est d'accord pour dire, à la p. 645:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*. [Je souligne.]

Ces deux définitions de la "règle de droit" sont évidemment très différentes. Leur différence découle du fait que l'article premier et l'art. 52 visent deux objets très différents. L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. À ce titre, une interprétation large de la "règle de droit", dont il est question dans cette disposition, est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la

Charte. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. À cette fin, la définition de l'expression "règle de droit" doit nécessairement être restreinte. Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables. Comme le sens de l'expression "règle de droit" à l'article premier et à l'art. 52 dépend de l'objet visé par ces dispositions, il en est de même du sens du terme "loi" au par. 15(1).

Dans l'arrêt *Andrews*, on a reconnu que l'élément clé de l'art. 15 est le terme "discrimination". Dans ses motifs, le juge McIntyre affirme, à la p. 172:

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15.

Dans le *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983* (T.-N.), [1989] 1 R.C.S. 922, et les arrêts *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695, et *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, notre Cour a continué d'affirmer que, pour établir l'existence d'une violation du par. 15(1), il doit y avoir preuve de discrimination au sens d'un stéréotype et d'un préjugé. Citons, par exemple, le passage suivant tiré de la p. 1333 de l'arrêt *Turpin*:

Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tels que

des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce. . . .

Je pense qu'il est maintenant clairement établi qu'au cœur du par. 15(1) se trouve la promesse d'une égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugnantes. Cependant, la nature de la discrimination est telle que des attitudes plutôt que des lois ou des règles peuvent être à l'origine de la discrimination. Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, notre Cour a cité un extrait du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* rédigé par le juge Abella, concernant le phénomène de la "discrimination systémique". Aux pages 9 et 10 de ce rapport, le juge Abella explique:

Ce sont les conséquences qui constituent l'essentiel de la "discrimination systémique". Cette dernière suggère qu'il est plus important de se pencher sur l'incidence inexorable de la discrimination sur les particuliers ou les groupes que de chercher à savoir s'il s'agit de discrimination insouciant ou intentionnelle. . . .

La discrimination systémique rend nécessaire l'adoption de mesures systémiques. Plutôt que de voir en la discrimination une seule victime et un seul coupable, l'explication systémique reconnaît qu'en gros ce sont les systèmes et les pratiques que nous avons adoptés, parfois à notre insu, qui préjudicient à certains groupes de la société. Ce sont les répercussions du système, plutôt que les attitudes qui sont à la source, qui justifient l'adoption de mesures correctives. [Je souligne.]

Étant donné que la discrimination se manifeste souvent, inconsciemment ou non, par des pratiques plutôt informelles, il serait tout à fait inconcevable que celles-ci soient jugées insuffisantes pour déclencher l'application de l'art. 15.

Pour les motifs qui précèdent, j'estime que les arguments à l'appui d'une interprétation libérale de l'art. 15 sont convaincants. Il n'est cependant pas absolument nécessaire que notre

Cour parvienne en l'espèce à une conclusion définitive sur cet aspect de l'art. 15, et ce, pour deux raisons. Premièrement, même si l'on retenait l'interprétation la plus restrictive du terme "loi", les lois habilitantes des universités contiennent toutes des dispositions permettant aux intimés de mettre fin à leur guise à leur contrat de travail avec les appelants. Par exemple, *The York University Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 143, prévoit:

[TRADUCTION] **10.** Sous réserve des attributions que la présente loi confère expressément au Sénat, l'administration, la gestion et le contrôle de l'Université et de ses biens, revenus, dépenses, entreprises et affaires relèvent du Bureau qui peut exercer tous les pouvoirs nécessaires à l'exécution de ses obligations et à la réalisation des objectifs de l'Université, notamment sans limiter la généralité de ce qui précède, le pouvoir

...

- c) de nommer et de congédier tous membres du personnel enseignant et administratif de l'Université et tous autres agents et employés, ou de leur accorder des promotions, selon que le Bureau l'estime nécessaire ou opportun aux fins de l'Université; toutefois, les membres du personnel enseignant ou administratif, sauf le président, ne peuvent être nommés, promus ou destitués que sur recommandation du président qui tient compte des engagements et des pratiques de l'Université;
- d) d'établir le nombre, les attributions, le salaire et les autres rétributions des agents et des employés de l'Université;

Voir de même: *l'University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, ch. 56, al. 2(14)b) et c), *l'University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, ch. 120, al. 11b) et c), et la *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, al. 13(1)b) et c). C'est en application de ces dispositions législatives que des plaintes de discrimination ont été portées.

Deuxièmement, même si on adoptait une interprétation plus libérale du terme "loi", on finirait par conclure que les politiques à l'origine de la retraite obligatoire constituent une "loi" au sens de l'art. 15. À l'Université de Guelph, l'âge de la retraite obligatoire prend la forme d'une politique universitaire. Aux universités York et Laurentienne, la retraite obligatoire est

imposée dans les conventions collectives conclues entre les professeurs et l'administration. À l'Université de Toronto, l'âge de la retraite est compris dans la définition de la permanence, laquelle fait partie du contrat de travail entre les membres du corps professoral et l'université. À mon avis, toutes ces façons d'imposer la retraite obligatoire constituent des [TRADUCTION] "règles exécutoires" au sens large. Je partage l'avis du juge La Forest que cela ne change rien que certaines règles découlent d'un processus de négociation ayant abouti à leur incorporation dans les conventions collectives. J'estime également que l'absence de demande d'abrogation de la part des personnes assujetties à ces règles, négociées ou non, n'y change rien. De manière générale, ces pourvois portent sur [TRADUCTION] "la loi du milieu de travail" -- une loi qui peut être établie exclusivement par l'employeur dans le cas des établissements non syndiqués ou par les efforts conjoints du syndicat et de l'employeur dans le cas des établissements syndiqués -- mais une loi néanmoins exécutoire.

Pour les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que les politiques de retraite obligatoire des universités sont sujettes à un examen fondé sur l'art. 15.

2. *L'imposition de la retraite obligatoire est-elle discriminatoire?*

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont conclu que l'imposition de la retraite obligatoire contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Je ne conteste pas cette conclusion. En effet, il serait difficile d'interpréter une règle interdisant l'emploi d'une personne au-delà d'un certain âge comme autre chose qu'un exemple clair de discrimination directe. Je veux cependant ajouter quelques commentaires sur la jurisprudence récente de notre Cour sur l'application de l'art. 15.

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a décrit les étapes à suivre pour se prononcer sur des demandes fondées sur l'art. 15. La première question est de savoir si la règle a pour

but ou pour effet d'établir une distinction entre différents individus ou groupes d'individus. La conclusion qu'un "traitement différent" existe ne met cependant pas fin à l'enquête. Le juge McIntyre a affirmé explicitement que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui donnent lieu à une violation de l'art. 15. Les différences de traitement visées par l'article sont celles qui sont discriminatoires. La deuxième question dans ces affaires portant sur l'égalité est donc de savoir si la distinction, une fois son existence confirmée, engendre une discrimination.

Qu'est-ce que la discrimination? Avant que notre Cour ait eu l'occasion d'examiner l'objet de l'art. 15, un bon nombre de tribunaux d'instance inférieure avaient assimilé la "discrimination" à une différence de traitement pure et simple, rendant ainsi plus ou moins superflue la présence du terme "discrimination" dans l'article. Le juge McIntyre a eu tout à fait raison de rejeter cette interprétation. Aux pages 174 et 175, il affirme que la discrimination:

... peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, le juge McIntyre énumère les diverses interprétations de l'art. 15 proposées par les auteurs et les tribunaux. En particulier, il a décrit ce qui est maintenant connu comme "le point de vue des motifs énumérés ou analogues" qui a finalement été adopté par la Cour comme la façon appropriée d'interpréter l'art. 15. Aux pages 180 et 181, il dit:

Selon ce point de vue, l'analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L'expression "indépendamment de toute discrimination" exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage.

Ces observations ne doivent pas être considérées indépendamment l'une de l'autre. Comme le professeur Gold le fait remarquer dans son article intitulé "Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia*" (1988-89), 34 *McGill L.J.* 1063, à la p. 1079:

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Charte* sur l'égalité sont comme une image en trois dimensions sur une plaque holographique. Bien que l'on puisse briser la plaque en mille morceaux, l'utilisation d'un rayon laser sur n'importe laquelle des miettes reproduira l'image en entier. Il en est de même des notions d'"égalité", de "discrimination", de "caractère raisonnable" et de "justification". L'une ou l'autre de ces notions peut générer tous les principes que nous attribuons aux diverses dispositions de l'art. 15 et de l'article premier.

Notre Cour a implicitement adopté l'opinion exprimée par le professeur Gold dans ses arrêts ultérieurs à l'arrêt *Andrews*. Comme je l'ai déjà souligné dans les présents motifs, l'art. 15 était destiné à protéger contre le fléau des stéréotypes et des préjugés. La garantie d'égalité vise à promouvoir la dignité humaine. Cet intérêt est particulièrement menacé lorsque les stéréotypes et les préjugés conditionnent nos interactions sur une base individuelle ou collective. C'est pour cette raison que la garantie d'égalité porte essentiellement sur ces modes de discrimination que sont les stéréotypes et les préjugés.

Le caractère central de la notion de "préjugé" explique pourquoi le critère de la situation analogue n'a pas sa place dans la jurisprudence sur l'égalité. Malheureusement, les parties concernées par ces pourvois ainsi que certains des commentateurs qui ont écrit sur l'arrêt

Andrews ont continué de recourir à ce critère. Par exemple le professeur Gold, précité, fait remarquer dans son article, à la p. 1065:

[TRADUCTION] L'analyse que fait la Cour du principe de l'égalité formelle soulève un certain nombre de questions. Premièrement, la Cour dit non pas que le principe de l'égalité formelle n'a aucun rôle à jouer dans quelques circonstances que ce soit, mais seulement qu'il serait erroné de tenter de résoudre tous les problèmes avec "une formule limitée et figée". Deuxièmement, sans égard à la sévérité de ses critiques, la Cour ne rejette pas la prémisse qui sous-tend ce principe. Par exemple, le juge McIntyre cite l'extrait suivant à l'appui de la proposition que l'égalité n'exige pas nécessairement un traitement identique: "C'était un homme sage celui qui a dit qu'il n'y avait pas de plus grande inégalité que l'égalité de traitement entre individus inégaux". Si cet "homme sage" n'est pas Aristote, c'aurait certainement pu l'être: ce passage est une pure expression du principe de l'égalité formelle. [Citations omises.]

Voir également Black et Smith, "Note" (1989), 68 *R. du B. can.* 591, aux pp. 600 et 601.

À mon avis, et en toute déférence pour ceux qui ne partagent pas mon opinion, notre Cour a clairement rejeté le critère de la situation analogue comme point de référence à l'application de l'art. 15. Je n'ai pas à répéter les critiques du critère formulé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, ni d'ailleurs aucune des autres critiques du critère formulées par d'autres commentateurs. À mon avis, l'art. 15 est clairement axé sur les préjugés et les stéréotypes.

Dans le contexte des présents pourvois, la question est donc de savoir si la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans donne lieu à une discrimination au sens de l'art. 15. Les universités intimées prétendent que non. Elles soutiennent que ce n'est pas simplement parce que la retraite obligatoire établit une distinction préjudiciable fondée sur le motif énuméré de l'âge que la politique est discriminatoire. Elles affirment que les personnes visées par la retraite obligatoire ne font l'objet d'aucun préjugé et que l'art. 15 n'est donc pas violé. Par contre, les appelants prétendent qu'il ne leur est pas nécessaire d'établir autre chose que l'existence d'une distinction préjudiciable fondée sur un motif prohibé.

À mon avis, ni les intimées ni les appelants n'ont correctement abordé la question que notre Cour doit trancher. Les motifs énumérés à l'art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la société a enfin reconnus comme tels. Leur caractéristique commune est le désavantage et la vulnérabilité sur les plans politique, social et juridique. L'énumération du sexe, de l'âge et de la race, par exemple, ne veut pas dire que toute distinction fondée sur ces motifs est en soi discriminatoire. Leur énumération a plutôt pour but de nous aider à reconnaître le préjugé lorsqu'il existe. Cependant, en même temps, une fois que l'on a établi l'existence d'une distinction fondée sur l'un des motifs énumérés, il serait très difficile d'établir que la distinction n'est pas en fait discriminatoire.

À mon avis, il s'ensuit que le simple fait qu'en l'espèce la distinction soit fondée sur l'âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irréfutable de préjugé. Cette distinction nous force plutôt à nous poser la question suivante: Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de dignité humaine est-il en cause? Les professeurs sont-ils tenus de prendre leur retraite à 65 ans pour la raison non fondée qu'il y a diminution de la compétence et des capacités intellectuelles avec l'âge? Je pense que la réponse à ces questions est clairement affirmative et que l'art. 15 est par conséquent violé.

III. La politique de retraite obligatoire des universités est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

J'ai conclu que la *Charte* s'applique aux universités et que leur politique de retraite obligatoire à 65 ans viole l'art. 15. La question suivante est de savoir si cette politique peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* qui prévoit:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

1. *Le sens de l'expression "règle de droit" à l'article premier*

Cette disposition exige que les limites imposées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* soient prescrites par une règle de droit. Comme je l'ai déjà souligné, l'expression "règle de droit" à l'article premier devrait être interprétée conformément à l'objet visé par la disposition. J'estime que cet objet vise en partie à assurer que seules les limites imposées en application d'une règle de droit soient examinées pour déterminer s'il s'agit de limites raisonnables dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier. Plus simplement, comme le juge Le Dain l'a souligné dans l'arrêt *Therens*, précité, l'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise à établir une distinction entre les restrictions imposées par la loi et les restrictions arbitraires. Ainsi, l'imposition de la retraite obligatoire est-elle prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier?

Notre Cour a eu l'occasion d'examiner à maintes reprises l'exigence que la limite soit prescrite par une règle de droit. Dans l'arrêt *R. c. Therens*, l'intimé avait perdu la maîtrise de son véhicule à moteur qui avait percuté un arbre. Lorsque les policiers sont arrivés sur les lieux de l'accident, ils ont soupçonné l'intimé d'avoir consommé de l'alcool et l'ont donc sommé de fournir un échantillon de son haleine en application du par. 235(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. La disposition prévoit que la personne que l'on somme de fournir un échantillon de son haleine doit obtempérer "dès que possible" et, quoi qu'il en soit, au plus tard dans les deux heures suivant la sommation. *Therens* a accompagné le policier jusqu'au poste de police et a volontairement fourni un échantillon de son haleine. Il a ensuite été accusé et

déclaré coupable, en vertu du par. 236(1) du *Code*, d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son taux d'alcoolémie dépassait la limite prescrite par la loi. Therens a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir que, puisqu'il n'avait pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de sa détention, les échantillons d'haleine avaient été obtenus en violation de ses droits reconnus par la *Charte* et que la preuve concernant son taux d'alcoolémie avait été utilisée de façon irrégulière.

L'une des questions posées à la Cour était de savoir si la limite imposée au droit de l'accusé à l'assistance d'un avocat était prescrite par une règle de droit. Puisque la disposition du *Code* prévoyait que des échantillons d'haleine devaient être fournis dès que possible, la disposition n'entraînait pas une violation expresse, ou par déduction nécessaire, de la *Charte*. Les juges formant la majorité ont donc conclu que la restriction des droits de l'accusé en vertu de la *Charte* découlait de la conduite du policier en question et non du Parlement, et qu'à ce titre elle ne pouvait être sauvegardée en vertu de l'article premier.

On a procédé à la même analyse dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, dans lequel on contestait le par. 234.1(1) du *Code*. Contrairement au par. 235(1), le par. 234.1(1) prévoyait qu'un échantillon d'haleine devait être fourni "sur-le-champ" plutôt que dès que possible. Le juge Le Dain a conclu, au nom de la Cour à l'unanimité, que la disposition violait, par déduction nécessaire, l'al. 10b) de la *Charte* mais pouvait être justifiée en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour devait déterminer si l'interdiction de la publicité destinée à des enfants prévue dans une loi était justifiée en vertu de l'article premier. La loi en question prévoyait un mécanisme par lequel on pouvait déterminer si la publicité visait dans les faits cette partie de la population. En vertu

de l'art. 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, un juge devait déterminer si les messages publicitaires étaient destinés aux enfants en fonction de trois facteurs: (1) la nature et la destination du bien annoncé, (2) la manière de présenter ce message publicitaire, et (3) le moment ou l'endroit où le message doit apparaître. L'intimée se plaignait que ces facteurs étaient trop vagues et ne pouvaient servir de directive suffisante pour permettre à la cour de déterminer si les messages publicitaires étaient destinés aux enfants. On a prétendu que cette absence de directives précises signifiait que la restriction de la liberté d'expression des annonceurs n'était pas prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier. Le juge en chef Dickson, le juge Lamer et moi-même n'avons pas partagé cette opinion. À la page 983, nous avons affirmé:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite "par une règle de droit".

Enfin, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, on a décidé que la disposition qui conférait à un arbitre en matière de relations de travail le pouvoir discrétionnaire d'accorder un redressement pour les violations du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, lui conférait implicitement le pouvoir de rendre des ordonnances limitant les droits reconnus par la *Charte*. Le juge Lamer résume ainsi l'application de cet aspect de l'article premier dans ces circonstances, à la p. 1081:

Pour déterminer si cette restriction est contenue dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut donc évaluer si l'utilisation qui fut faite de la discrétion a pour effet de contenir la restriction dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification

puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si la réponse est positive nous devons conclure que l'arbitre avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance puisqu'il était autorisé à rendre une ordonnance restreignant un droit ou une liberté énoncés à la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables et justifiables. Si la réponse est au contraire négative il faut alors conclure que l'arbitre a excédé sa juridiction puisque le Parlement ne lui a pas délégué le pouvoir de violer la *Charte*. Ayant excédé sa juridiction sa décision est donc nulle et sans effet.

À mon avis, une interprétation semblable doit être adoptée dans les présents pourvois. Bien que les universités ne soient pas des créatures de la loi au même sens que l'arbitre dans l'arrêt *Slaight Communications*, leur pouvoir en matière de relations de travail avec les professeurs et les employés provient de leurs lois habilitantes. Ces dispositions ne violent pas en soi la *Charte*. C'est plutôt la mesure prise conformément à ces dispositions qui a entraîné la violation. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer précisément si les politiques concrètes qui imposent la retraite à 65 ans constituent une "règle de droit" au sens de l'article premier. Pour des motifs semblables à ceux exprimés dans l'arrêt *Slaight Communications*, si les mesures qui prévoient la retraite obligatoire ne sont pas raisonnables et si leur justification ne peut se démontrer, elles ne relèvent pas du pouvoir des universités et doivent être annulées.

2. *La politique de mise à la retraite obligatoire des universités est-elle raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer?*

C'est d'abord dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, que le rôle de l'article premier de la *Charte* a été précisé. Le juge en chef Dickson a résumé brièvement le "critère" de l'arrêt *Oakes* dans l'arrêt ultérieur *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des "préoccupations urgentes et réelles". En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La

proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

C'est ce critère qui doit être appliqué pour déterminer si la politique de retraite obligatoire des universités satisfait aux exigences de l'article premier de la *Charte*.

Même si mes collègues les juges La Forest et L'Heureux-Dubé n'ont pas conclu, comme je l'ai fait, que la *Charte* s'applique aux universités, ils ont tous les deux examiné la constitutionnalité de la politique de retraite obligatoire dans le contexte universitaire. Je partage essentiellement l'opinion du juge L'Heureux-Dubé que la politique de mise à la retraite obligatoire des universités ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier. À mon avis, cette politique ne satisfait pas au critère de proportionnalité.

Les intimés ont prétendu qu'on a appliqué l'élément de "l'atteinte minimale" du critère de l'arrêt *Oakes* de façon moins stricte dans certains cas et ils citent à titre d'exemple les arrêts de notre Cour *Edwards Books* et *Irwin Toy*. Ils prétendent que les facteurs qui ont incité la Cour à agir dans ces deux arrêts sont présents en l'espèce et que l'exigence de l'atteinte minimale devrait être assouplie en l'espèce également.

Dans l'arrêt *Edwards Books*, notre Cour a examiné la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 453. La Loi faisait du dimanche un jour commun de repos dans le commerce de détail, mais prévoyait une exemption pour les petits détaillants qui ne faisaient pas d'affaires le samedi. La Cour à la majorité a confirmé la disposition sur le jour de repos et l'exemption. Après avoir examiné l'application

de l'exemption en tenant compte des intérêts des consommateurs, des détaillants et des employés, le juge en chef Dickson souligne, aux pp. 781 et 782:

Une "limite raisonnable" est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Plus loin, à la p. 782, il ajoute:

À mon avis, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, il incombe au législateur qui adopte une loi sur la fermeture le dimanche de tenter très sérieusement d'atténuer ses effets sur ceux qui observent le samedi. L'exemption du par. 3(4) de la Loi en cause dans les présents pourvois représente un effort satisfaisant en ce sens et est donc acceptable.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, notre Cour a adopté une méthode apparemment semblable pour déterminer si l'interdiction de publicité télévisée destinée aux enfants prévue par la loi était constitutionnellement valide en ce qu'elle ne portait pas trop sévèrement atteinte à la liberté d'expression. Dans cette affaire, la preuve a démontré que la publicité télévisée était particulièrement préjudiciable aux enfants de moins de six ans parce que ce groupe était le moins apte à distinguer la réalité de la fiction. Ils étaient donc les personnes les plus naïves face à des messages publicitaires. La preuve était cependant loin d'être concluante quant aux enfants plus âgés. Tout ce qu'il était possible d'affirmer, c'était que la capacité de regarder d'un {oe}il critique, de manière adulte, les messages publicitaires se développait quelque part entre sept et treize ans. Conscient de l'ensemble des opinions sur ces questions, l'Assemblée nationale du Québec a choisi un régime interdisant toute publicité destinée aux enfants de moins de treize ans.

Le juge en chef Dickson, le juge Lamer et moi-même avons conclu que la disposition était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer au sens de l'article premier. Aux pages 993 et 994, nous avons dit:

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

Appliquant ce raisonnement au problème dont nous étions saisis, nous avons formulé la question que nous devons trancher dans l'arrêt *Irwin Toy* de la façon suivante, à la p. 994:

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

À la page 999, nous avons conclu:

Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables. Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. [Je souligne.]

Les passages qui viennent d'être cités traduisent-ils une volonté de la part de la Cour d'adopter une méthode plus souple quant à cet aspect du critère de l'article premier? Je pense

qu'ils le font clairement. À mon avis, un examen attentif des faits dans les deux instances indique que la Cour avait de bonnes raisons d'adopter cette attitude.

Dans l'arrêt *Edwards Books*, le juge en chef Dickson a examiné, comme je l'ai dit, les rapports entre l'exemption prévue au par. 3(4) et les intérêts des consommateurs, des détaillants et des employés. En ce qui concerne les deux premiers groupes, il a conclu que le régime adopté par le législateur n'était ni meilleur ni pire que tout autre régime proposé. Chacune des façons proposées de traiter les exceptions à l'obligation de fermer les commerces le dimanche comportait des défauts. En ce qui concerne les salariés du commerce de détail, les autres moyens d'obtenir un jour de repos satisfaisant porteraient sérieusement atteinte à leurs intérêts. La Cour a bien tenu compte du fait que, parmi toutes les parties visées de quelque manière que ce soit par les dispositions législatives sur le magasinage le dimanche, les salariés du commerce de détail étaient les plus touchés. Parce que la plupart n'ont pas de formation particulière et ne sont pas représentés, ils ne seraient pas en mesure de résister aux pressions exercées par les employeurs en vue de les inciter à ne pas faire valoir leurs droits. Par conséquent, même si le gouvernement provincial avait pu adopter d'autres régimes acceptables, nul ne pouvait mieux permettre de minimiser les effets de la fermeture des commerces le dimanche sur les consommateurs et les détaillants et, particulièrement, de protéger les intérêts de ceux qui ne pourraient par ailleurs bénéficier d'un jour de congé uniforme.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, les annonceurs intimés ont soutenu qu'il y avait en réalité d'autres moyens de régler le problème de la publicité destinée aux enfants et que ces moyens ne portaient pas aussi sévèrement atteinte aux droits d'expression des annonceurs. Quoi qu'il en soit, on a conclu que ces différents moyens de traiter la question n'invalidaient pas le droit du législateur de procéder comme il l'avait fait. Aucune des autres solutions proposées ne

répondait adéquatement à l'objectif certes raisonnable du législateur de protéger les enfants contre la manipulation que comporte la publicité commerciale. Dans ce contexte, la Cour a refusé de se prononcer après coup sur la sagesse du choix du législateur de protéger les intérêts des enfants vulnérables aux dépens, limités, des droits au discours commercial des annonceurs.

Il me semble que le principal message à tirer des arrêts qui précèdent est que, si on doit faire preuve de retenue envers l'initiative du législateur lorsque différents moyens pourraient porter moins sévèrement atteinte à un droit ou à une liberté garantis, cette manifestation de retenue est particulièrement appropriée lorsqu'il n'y a pas négation pure et simple d'un droit. Lorsque le législateur est forcé d'établir un équilibre entre les revendications de groupes concurrents par exemple, et particulièrement lorsque le législateur a cherché à promouvoir ou à protéger les intérêts des moins favorisés, la Cour devrait aborder l'application du critère de l'atteinte minimale avec une bonne dose de retenue. Comme le juge en chef Dickson l'a dit dans l'arrêt *Edwards Books*, à la p. 779:

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter.

Dans un tel contexte, l'exigence de l'atteinte minimale est remplie lorsque les autres moyens de traiter de l'objectif avoué que visait à servir la disposition en question ne sont pas clairement meilleurs que le moyen adopté par le gouvernement. Ce n'est pas parce que la Cour ne veut pas examiner d'autres options viables. Par exemple, dans l'arrêt *Ford c. Québec*, précité, notre Cour a de toute évidence examiné d'autres moyens de promouvoir le français au Québec qu'elle a finalement jugés préférables à la voie exclusive choisie par le législateur

québécois. De même, cet aspect du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* sera rempli lorsque les moyens choisis par le gouvernement sont les plus raisonnables compte tenu de l'objectif visé.

Les universités intimées tentent de tirer avantage de la norme d'examen du "groupe vulnérable" des arrêts *Edwards Books and Art Ltd.* et *Irwin Toy* en affirmant que leur politique de retraite obligatoire visait à ouvrir des postes pour les professeurs plus jeunes. Elles soutiennent que les professeurs plus jeunes sont "vulnérables" en ce sens que, si les professeurs plus âgés ne sont pas tenus de prendre leur retraite, ils sont privés de la possibilité de faire carrière à l'université compte tenu de la crise financière que traversent actuellement les universités. À mon avis, les jeunes professeurs ne font pas partie du genre de groupe "vulnérable" envisagé dans les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy*. À part l'existence de contraintes financières, il n'y a aucune raison pour laquelle les membres de ce groupe ne peuvent avoir accès à la profession de leur choix. En d'autres termes, leur exclusion ne découle pas du fait qu'ils sont jeunes comme dans l'arrêt *Irwin Toy*, ni de la nature de leurs rapports avec les universités comme dans l'arrêt *Edwards Books*. Elle découle seulement de la politique de restriction budgétaire du gouvernement. En l'absence des pressions auxquelles donne lieu cette politique, rien n'indique que les jeunes professeurs seraient privés de véritables chances d'emploi.

En toute justice, j'estime cependant qu'il convient de souligner les efforts que certaines universités déploient pour recruter les candidats qui avaient été antérieurement privés de chances d'accès équitables à des carrières d'enseignement. À mon avis, si l'un des buts de la politique de la retraite obligatoire avait été d'offrir des chances d'emploi à des minorités visibles, on pourrait prétendre qu'il existe une justification légitime de l'application de la norme d'examen fondée sur la retenue préconisée dans les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy*.

Je ne donne cela qu'à titre d'exemple sans exprimer aucune opinion définitive sur le sujet puisque la question ne nous a pas été présentée. Mais cela permet de souligner que ce qui est en cause dans les présents pourvois ne peut être qualifié de tentative de protéger ou de promouvoir les intérêts de personnes défavorisées.

Jusqu'ici, je n'ai abordé la question de la norme d'examen fondé sur l'article premier qu'en tenant compte du fait que les jeunes professeurs ne constituent pas un groupe "vulnérable" au sens de la jurisprudence. J'ai conclu que puisque les jeunes professeurs ne sont pas "vulnérables" en ce sens, ce motif justifiant l'assouplissement de la norme de l'atteinte minimale ne s'applique pas. Cette conclusion ne met cependant pas fin à l'affaire. Il ressort clairement des extraits de la jurisprudence que j'ai cités qu'un autre facteur a influencé la décision de notre Cour de ne pas appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* dans toute sa rigueur. Comme mon collègue le juge La Forest l'a souligné, notre Cour a également approuvé l'idée que l'exigence de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* peut être appliquée de manière moins sévère dans des circonstances où la concurrence à l'égard de ressources limitées existe et que le législateur est obligé d'établir un compromis. Ces compromis du législateur visant à apaiser les revendications de groupes concurrents devraient-ils faire l'objet de la même retenue judiciaire que les initiatives du législateur visant à protéger des membres vulnérables de la société? Je ne crois pas que les remarques de notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy* commandent un tel résultat.

Il me semble qu'en période de restrictions budgétaires la concurrence à l'égard des ressources limitées constituera presque toujours un facteur dont tiendra compte le gouvernement dans la répartition des bénéfices. En outre, la reconnaissance des droits et des libertés constitutionnels de certains dans ces circonstances comportera presque inévitablement un prix que d'autres auront à payer. Par conséquent, dire de ce prix (en l'espèce, l'absence,

prétend-t-on, de chances d'emploi pour les jeunes professeurs) qu'il justifie une négation des droits constitutionnels des appelants reviendrait à vicier complètement l'objectif de la consécration des droits et libertés dans la Constitution.

Par ailleurs, les circonstances peuvent faire en sorte que d'autres facteurs militent contre l'ingérence des tribunaux lorsque le législateur a tenté de répartir équitablement les ressources. Par exemple, les tribunaux ne devraient probablement pas intervenir lorsque des revendications constitutionnelles concurrentes à l'égard de ressources fixes sont en cause. En d'autres termes, la répartition des ressources ne devrait pas être abordée en l'absence de tout contexte. La Cour devrait toujours pouvoir examiner les motifs du gouvernement de répartir les ressources d'une manière donnée et évaluer ces motifs en regard des valeurs consacrées dans la Constitution.

En l'espèce, comme je l'ai noté, ce n'est qu'en raison de la politique de restrictions budgétaires du gouvernement que les nominations de jeunes professeurs sont limitées. Ils ne forment pas en soi un groupe vulnérable et aucun autre facteur ne justifierait l'application d'une norme d'examen fondée sur la retenue. La question revient donc clairement et simplement à savoir si certains membres de la communauté universitaire, c'est-à-dire les plus jeunes, doivent renoncer à des chances d'emploi en période de restrictions budgétaires en vue de protéger les droits consacrés dans la Constitution de leurs collègues aînés. À mon avis, il ne s'agit pas d'une situation où les exigences de l'arrêt *Oakes* devraient être assouplies.

Quoi qu'il en soit, même si les seules contraintes financières étaient suffisantes pour justifier une interprétation plus souple du critère de l'atteinte minimale, j'estime que les faits en l'espèce ne justifient pas l'application de cette norme d'examen. Comme ma collègue le juge L'Heureux-Dubé l'a souligné, il n'existe pas d'équivalence parfaite entre la retraite d'un

professeur aîné et l'embauche d'un plus jeune professeur. Je partage cependant l'avis du juge La Forest que l'absence d'un rapport étroit ne rend pas l'existence de ce rapport inutile aux fins de l'article premier. Mais j'estime que, parce que la corrélation entre la retraite et l'embauche est indirecte, il n'est pas approprié d'appliquer la norme souple de l'atteinte minimale. Notre Cour a souligné que la norme qui est présumée s'appliquer est celle de l'arrêt *Oakes*. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la rigueur du critère de l'arrêt *Oakes* devrait être assouplie. En l'espèce, il appartenait aux universités intimées de démontrer que l'application d'un critère plus souple en vertu de l'article premier était appropriée. À mon avis, elles ne se sont pas acquittées de cette obligation.

Il convient d'ajouter que même si je décidais qu'il était approprié en l'espèce d'appliquer le critère moins sévère de l'atteinte minimale, je conclurais malgré tout qu'on n'a pas satisfait à cette norme. Pour évaluer le caractère raisonnable en fonction de cette norme, deux facteurs sont pertinents: (1) l'objectif, et (2) la disponibilité d'autres moyens. Dans l'arrêt *Edwards Books*, on a affirmé que la Cour ne devrait pas mettre en question la sagesse du choix du législateur s'il n'existe pas d'autres moyens de réaliser l'objectif qui soient clairement meilleurs tant pour minimiser l'atteinte aux droits reconnus par la *Charte* que pour atteindre cet objectif. Dans le contexte des présents pourvois, on n'a pas démontré l'inexistence de moyens clairement meilleurs. De fait, les appelants ont mentionné que le mécanisme de la retraite volontaire accompagnée de fortes primes de mise à la retraite est non seulement une façon valable de réaliser l'objectif mais une façon efficace d'y parvenir. L'adoption de ce mécanisme comporte l'avantage évident de ne pas porter atteinte aux droits des professeurs aînés et de ne pas complètement sacrifier l'objectif, certes important, de renouveler le corps professoral. J'estime qu'il est difficile d'accepter qu'il n'existe pas de solutions de rechange clairement meilleures au sens de l'arrêt *Edwards Books*, particulièrement lorsque l'on tient compte du succès de ces techniques subsidiaires d'après la preuve.

Dans l'examen de la question de savoir si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, mon collègue le juge La Forest fait valoir que la retraite obligatoire puisse être assortie d'une entente globale attrayante et que certaines catégories d'employés puisse être prêtes à sacrifier leur droit de continuer à travailler au-delà de 65 ans en échange d'une pension généreuse et d'autres avantages. Je ne doute pas qu'il en soit ainsi. Cependant, en vertu du *Code des droits de la personne, 1981*, il faut se préoccuper des personnes qui ne disposent pas de ces ententes globales attrayantes et j'y reviendrai lorsque je traiterai de la constitutionnalité de l'al. 9a) du Code.

La première question que l'argument de l'"entente globale" soulève au regard de la *Charte* est de savoir si les citoyens peuvent écarter par contrat leurs droits à l'égalité en vertu de l'art. 15 ou si l'intérêt public les empêcherait de le faire. Notre Cour a déjà décidé qu'on peut renoncer à certaines garanties juridiques de la *Charte*, mais elle n'a pas été encore appelée à trancher la question de savoir s'il est possible d'écarter par entente les droits à l'égalité. Compte tenu de la nature des motifs pour lesquels la discrimination est interdite à l'art. 15 et du fait que les droits à l'égalité sont au cœur même de la *Charte*, je doute fort qu'on puisse les écarter par contrat. J'estime que chaque droit ou liberté reconnu par la *Charte* doit être examiné séparément pour déterminer s'il a pour objet principal un privilège personnel ou l'intérêt public. Je souligne avec intérêt que la Cour suprême de l'Inde a décidé que si le droit tient d'une interdiction visant le gouvernement et incorporée dans la Constitution pour des motifs d'intérêt public, une personne ne peut y renoncer bien qu'elle puisse être la principale bénéficiaire: voir *Behram Khurshid v. State of Bombay*, A.I.R. (42) 1955 Supreme Court 123, et *Basheshar Nath v. Commissioner of Income-tax*, A.I.R.(46) Supreme Court 149. L'adoption de ce raisonnement permettrait seulement de renoncer ou d'écarter par contrat les droits que l'on peut qualifier de privilèges personnels.

Les tribunaux américains semblent avoir adopté une interprétation similaire, affirmant qu'on peut renoncer à des garanties juridiques comme le droit à l'assistance d'un avocat (*Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Bute v. Illinois*, 333 U.S. 640 (1948)), le droit à un procès devant jury (*Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1 (1966)), le privilège de ne pas s'incriminer (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S., 478 (1964)), la protection contre la double incrimination (*Haddad v. U.S.*, 349 F.2d 511 (1965)), et le bénéfice de l'interdiction de procéder à des fouilles, perquisitions et saisies abusives (*Zap v. United States*, 328 U.S. 624 (1946)).

Je n'ai trouvé aucune source dans quelque ressort que ce soit à l'appui de la proposition qu'il est possible de renoncer aux droits à l'égalité garantis dans la Constitution ou de les écarter par contrat et je préfère que cette question importante soit tranchée dans une instance où elle sera essentielle à l'issue du litige. J'estime qu'il n'est pas nécessaire de me prononcer sur cette question en l'espèce parce que l'autre moyen proposé par les appelants (c'est-à-dire la retraite volontaire) est manifestement, sur le plan constitutionnel, une façon plus souhaitable de réaliser l'objectif de renouvellement du corps professoral que tout contrat qui oblige une personne à quitter son emploi contre son gré en échange d'un gain économique.

Pour les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé ainsi que pour les motifs qui précèdent, je conclus que les dispositions des universités sur la retraite obligatoire à 65 ans ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier.

IV. Quelle est la réparation convenable?

J'examine maintenant la question de la réparation convenable et juste en vertu du par. 24(1).

Les appelants ont demandé: (1) un jugement déclaratoire portant que les universités ont agi contrairement aux art. 7 et 15 de la *Charte*, (2) un jugement déclaratoire portant que les appelants conservent leurs statuts de professeurs et de bibliothécaires à temps plein et qu'ils continuent de bénéficier de tous les droits, privilèges, avantages et rémunérations liés aux emplois réguliers à temps plein, (3) une injonction permanente empêchant les universités de forcer les professeurs et les bibliothécaires à prendre leur retraite contre leur gré, (4) une injonction interlocutoire empêchant les universités de forcer les professeurs et les bibliothécaires à temps plein qui atteignent 65 ans à prendre leur retraite, et de prendre toutes les mesures visant à priver ceux-ci de leur statut et de leurs droits, et (5) des dommages-intérêts pour la perte des droits, des avantages, des privilèges et de la rémunération liés à leur emploi régulier à temps plein.

L'un des aspects uniques de la *Charte* comme document constitutionnel est le fait qu'elle comprend plusieurs dispositions expresses portant sur le pouvoir de la Cour de remédier aux violations de la *Charte*. En particulier, le par. 24(1) confère à la Cour un large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. C'est le par. 24(1) qui habilite notre Cour à accorder, si elle l'estime convenable et juste, les genres de réparation demandés par les appelants dans ces pourvois.

En ce qui concerne d'abord l'opportunité de rendre un jugement déclaratoire portant que les universités ont agi contrairement à la *Charte*, l'Université de Toronto soutient que ce jugement déclaratoire ne devrait pas être accordé. L'avocat soutient que l'effet pratique d'un tel jugement déclaratoire sera de supprimer les dispositions sur la cessation d'emploi dans les contrats de travail entre l'Université et les appelants. L'Université de Toronto soutient que cette réparation n'est pas convenable parce que la condition régissant la cessation d'emploi est une condition fondamentale et donc indivisible du contrat. Par conséquent, il faut supprimer

le contrat de travail en entier, sinon tout jugement déclaratoire reconnaissant son maintien devrait prévoir que le contrat est de durée indéterminée à moins que l'on y mette fin pour un motif valable ou après avoir donné le préavis nécessaire.

Je ne partage pas l'avis de l'avocat de l'Université de Toronto que les principes ordinaires du droit des contrats devraient nécessairement dicter quelles sont les réparations convenables et justes au sens du par. 24(1) de la *Charte*. L'historique de l'adoption de cette disposition est examiné utilement par Dale et Scott Gibson dans leur article "La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Beaudoin et Ratushny (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), aux pp. 873 à 875. L'historique révèle que la portée des réparations prévues par le par. 24(1) ne devait pas être limitée aux réparations disponibles en common law.

En outre, j'estime que des considérations différentes quant à la réparation convenable devraient s'appliquer lorsque des droits et libertés reconnus par la Constitution, par opposition à des droits reconnus en common law, sont en cause. En droit des contrats, les réparations sont régies par le principe de la liberté contractuelle. Puisque la négociation est considérée comme une activité entièrement consensuelle, on estime qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'accorder des réparations dont le résultat, en pratique, revient à imposer une convention nouvelle et différente. Par contre, lorsque des droits constitutionnels sont en jeu, j'estime que la liberté contractuelle doit jouer un rôle moins important. J'estime que dans le contexte de la *Charte* les tribunaux devraient s'efforcer de préserver les accords tout en les débarrassant de leurs éléments inconstitutionnels. J'estime qu'agir autrement rendrait la victoire d'un demandeur plutôt vaine puisque, si le contrat est annulé en entier le défendeur qui a échoué ne serait pas motivé à conclure un nouveau contrat avec son adversaire d'autrefois.

Bien que je sois prête à reconnaître que le maintien du contrat de travail de base ne serait pas approprié dans tous les cas, je ne partage pas l'avis que débarrasser le contrat de travail en l'espèce de ses conditions discriminatoires reviendrait à réécrire l'accord. Les universités vont conserver leurs droits reconnus par la common law et la législation de mettre fin à l'emploi d'un professeur. Ces droits ne seront restreints que dans la mesure où leur exercice viole la *Charte*. Je ne crois pas que l'imposition de cette restriction modifie fondamentalement la nature de ces accords ni que le jugement déclaratoire en fera des contrats d'emploi permanent.

Je m'empresse d'ajouter que, même si notre Cour devrait décider que le contrat devrait être annulé en entier, les intimés se retrouveraient en bonne partie dans la même situation que si seulement la clause de cessation d'emploi était annulée. Je ne crois pas que, si le contrat était annulé, les intimés seraient tout à fait libres de refuser de conclure un autre contrat avec les appelants. À mon avis, ce refus traduirait une intention inconstitutionnelle et pourrait bien fournir aux appelants une autre cause d'action en vertu de l'art. 15.

Je pense donc que les appelants ont droit à un jugement déclaratoire portant que les politiques de mise à la retraite obligatoire à 65 ans adoptées par les universités violent l'art. 15 de la *Charte* et que les dispositions de leurs contrats qui mettent à exécution cette politique sont inopérantes.

Quant à la demande d'un deuxième jugement déclaratoire affirmatif, j'estime que cette réparation est également convenable et juste eu égard aux circonstances. Le jugement déclaratoire demandé ressemble beaucoup à ce qui est connu dans le contexte du droit du travail comme des "ordonnances de réintégration". Bien que la réintégration n'ait pas généralement été accordée dans les cas de congédiement illégal, elle est souvent accordée par les décideurs plus spécialisés en droit du travail, comme les arbitres, les commissions des

relations du travail et les tribunaux des droits de la personne. À mon avis, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui accorde le par. 24(1), la Cour devrait suivre cette tendance plus généreuse des spécialistes des relations du travail.

Les circonstances en l'espèce indiquent fortement que la réintégration est une réparation convenable et juste. La preuve démontre la rareté des postes d'enseignement dans les universités à l'heure actuelle. Pour les professeurs plus âgés écartés injustement de leur poste, la probabilité de trouver du travail comparable est faible. Parce que les appelants sont plus âgés et parce qu'ils ont tous obtenu la permanence, il est moins probable qu'ils trouveront un travail approprié et semblable. En outre, il convient de souligner que les droits des appelants qui ont été violés se rapportent à leur dignité, à leur valorisation personnelle et à leur estime de soi comme membres appréciés de la collectivité, et donc à des valeurs qui sont au cœur même de la *Charte*. À mon avis, il ne suffirait pas de rendre une ordonnance qui ne cherche pas à réparer le préjudice qui découle des violations de ce droit. La réintégration est certainement le moyen le plus efficace de corriger le tort qui a été causé aux appelants. Je suis donc d'avis d'ordonner la réintégration complète des appelants avec tous les avantages qui s'y rattachent.

De même, j'estime qu'il est convenable et juste dans les circonstances d'accorder des dommages-intérêts compensatoires pour la perte de revenus et d'avantages résultant de la violation des droits qu'ont les appelants en vertu de l'art. 15. L'indemnisation des pertes qui découlent directement de la violation de droits constitutionnels devrait normalement être accordée sous réserve de raisons sérieuses contraires. Pareilles raisons sérieuses n'ont pas été soumises en l'espèce. Je reconnais que la mise à la retraite obligatoire des appelants n'était pas motivée par une intention inconstitutionnelle mais plutôt par les restrictions budgétaires sévères en fonction desquelles les universités doivent fonctionner. Je suis également

consciente que le fait d'accorder des dommages-intérêts en plus de la réintégration impose un fardeau financier supplémentaire à ces institutions qui sont déjà à court d'argent. Cependant, le manque d'argent et la bonne foi ne peuvent servir de justification valable pour refuser d'accorder des dommages-intérêts compensatoires. Ces dommages font clairement partie de l'éventail des réparations qui servent à rétablir la situation d'une partie lésée. Par conséquent, je suis d'avis d'accorder une indemnité pour les pertes subies, l'affaire étant renvoyée au juge de première instance pour qu'il en fixe le montant.

Enfin, quant aux demandes d'injonctions interlocutoire et permanente, je ne crois pas qu'elles devraient être accordées en l'espèce. À mon avis, les appelants sont rétablis dans leur situation en raison du jugement déclaratoire, de l'ordonnance de réintégration et de l'ordonnance de dommages-intérêts qui leur ont été accordés. Cette réparation additionnelle n'est justifiée par aucun besoin apparent et je la refuse pour cette raison.

V. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* contrevient-il à l'art. 15 de la *Charte*?

Compte tenu de ma conclusion quant à l'applicabilité de la *Charte* aux universités, il n'est pas vraiment nécessaire que j'examine les questions constitutionnelles relatives au *Code des droits de la personne, 1981*. Cependant, puisque mes collègues ont abordé la question de la retraite obligatoire sous l'angle du Code, il pourrait être utile que j'exprime également mon opinion sur la question. Les dispositions pertinentes du *Code des droits de la personne, 1981* sont les suivantes:

[TRADUCTION] 4 (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

9 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la partie I et à la présente partie.

- a) "âge" Dix-huit ans ou plus, sauf au paragraphe 4(1), où le terme "âge" s'entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans.

23 (1) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 4, à un traitement égal en matière d'emploi le fait:

...

- b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge, le sexe, l'existence d'un casier judiciaire ou l'état matrimonial, si l'âge, le sexe, le casier judiciaire ou l'état matrimonial du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;

L'alinéa 9a) n'impose pas la retraite obligatoire. Il restreint plutôt les protections qu'offre le Code aux personnes âgées de 18 à 65 ans dans le contexte du travail. Le Code leur accorde une protection contre la discrimination en matière d'emploi sauf si la "discrimination" est le résultat de l'application d'une exigence professionnelle normale. Puisque ces pourvois se rapportent à une discrimination envers les personnes de plus de 65 ans, je n'exprime aucun avis sur le seuil de 18 ans que fixe l'al. 9a). La question que doit trancher notre Cour est donc de savoir s'il y a violation de la *Charte* lorsque toute protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi est refusée aux personnes de plus de 65 ans.

Les intimés ainsi que certains des intervenants ont soutenu que cette restriction de la portée du Code ne contrevient pas à la *Charte* parce qu'au départ la province n'était pas tenue d'accorder une protection contre la discrimination. Ils affirment qu'en l'absence d'une telle obligation, il ne peut y avoir d'examen constitutionnel du fait que l'État n'est pas allé assez loin en légiférant en matière de protection des droits de la personne. Selon moi, il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la *Charte* pour

avoir omis d'agir. La question de savoir si la Constitution entre en jeu lorsque l'État omet de faire quelque chose est une question qui a tourmenté les tribunaux américains depuis nombre d'années. En effet, Tribe a souligné que c'est précisément lorsque l'État n'a pas agi que les tribunaux sont appelés à rendre les décisions les plus difficiles concernant la portée de la Constitution: voir *Constitutional Choices*, précité, aux pp. 246 et suiv. Puisqu'il ne s'agit pas d'un cas où la province a complètement omis d'agir, nous n'avons pas heureusement à nous prononcer sur une question si difficile dans ces pourvois et je m'abstiendrai de le faire. Je pense cependant qu'il est évident que lorsque le gouvernement décide d'accorder une protection il doit le faire d'une manière non discriminatoire. Il me semble clair qu'en l'espèce la province a omis d'accorder une protection égale. La prétention que la *Charte* ne s'applique pas dans ces circonstances doit donc être catégoriquement rejetée: voir *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.).

Comme les appelants l'ont souligné dans leur mémoire, l'al. 9a) est discriminatoire parce qu'il ne fait pas de distinction entre ceux qui sont capables de travailler et ceux qui ne le sont pas. Ainsi, la disposition a pour effet de perpétuer le stéréotype selon lequel la personne plus âgée est improductive, inefficace et incompétente. En ne protégeant pas ces travailleurs, le Code a pour effet de renforcer le stéréotype selon lequel les employés plus âgés ne sont plus des membres utiles de la population active et on peut donc librement et arbitrairement se passer de leurs services. L'alinéa 9a) du Code contrevient donc à l'art. 15 de la *Charte*.

VI L'alinéa 9a) du Code des droits de la personne, 1981 peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*?

On prétend au nom des intimés que parce que le gouvernement n'était pas tenu, au départ, d'adopter une loi en matière de droits de la personne et parce que l'objet global de cette loi est

d'étendre les droits plutôt que de les restreindre, le Code devrait faire l'objet d'un examen moins sévère. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que cette interprétation n'est pas acceptable. En effet, j'aurais à tout le moins cru que la législation en matière de droits de la personne, dont le but est de préserver, protéger et promouvoir la dignité humaine, la valorisation personnelle et l'estime de soi, devrait faire l'objet d'un examen plus sévère que les autres types de lois. Je rejette donc les arguments à l'appui d'une norme d'examen moins sévère de l'al. 9a) du Code.

L'application conjointe de l'al. 9a) et de l'art. 4 du Code a pour effet d'imposer la retraite obligatoire sans limite ni restriction. Puisque je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé que la retraite obligatoire dans les universités est inconstitutionnelle, il s'ensuit que l'al. 9a) contrevient à la *Charte* dans la mesure à tout le moins où il permet cette pratique discriminatoire. J'estime cependant que l'al. 9a) du Code contrevient à la *Charte* pour des motifs beaucoup plus généraux.

L'alinéa 9a) ne fait pas que permettre implicitement la retraite obligatoire, il a également pour effet implicitement de permettre toute forme de discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi à l'égard de ceux qui ont plus de 65 ans. Par exemple, la discipline, la rémunération et la classification des postes d'une manière discriminatoire ne sont pas non plus interdites par le Code. Ainsi, même si le Procureur général a restreint ses arguments concernant le Code à la valeur de la retraite obligatoire dans la poursuite des objectifs du législateur, il est clair que l'al. 9a) n'est pas ainsi limité. À mon avis, parce que cette disposition du Code ne porte pas exclusivement sur la retraite obligatoire et ne se restreint pas aux objectifs avoués du législateur lorsqu'il l'a adoptée, le critère de l'arrêt *Oakes*, en ce qui concerne le lien rationnel, n'est pas rempli. Cette affirmation est extrêmement importante parce qu'en choisissant la bonne solution de la contestation constitutionnelle la Cour doit tenir compte de l'étendue de

l'incompatibilité de la disposition avec la *Charte*. À mon avis, la portée de la violation est tellement grande en l'espèce qu'il n'y a pas vraiment d'autre choix que d'annuler l'al. 9a) en entier. Je partage donc l'opinion de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé que la disposition est inconstitutionnelle en entier et inopérante.

Même si je suis prête à fonder sur ce seul motif ma décision sur cet aspect de ces pourvois, je partage la conclusion de ma collègue que l'al. 9a) ne pourrait pas de toute façon survivre au deuxième volet du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, c'est-à-dire l'atteinte minimale.

Le Procureur général a tenté de justifier la disposition en affirmant qu'elle préserve la liberté contractuelle. En particulier, le Procureur général affirme que la retraite obligatoire fait partie d'une entente globale en vertu de laquelle les employés plus âgés bénéficient d'un certain nombre d'avantages en échange de la renonciation à leur droit constitutionnel de continuer à travailler après l'âge de 65 ans. À mon avis, même si notre Cour décidait que les citoyens peuvent écarter par contrat les droits que l'art. 15 leur reconnaît (ce qui est une question importante que je ne juge pas nécessaire de trancher dans ces pourvois), ces ententes globales attrayantes ne sont pas à la portée de tous les employés. Par exemple, en ce qui concerne l'argument du Procureur général sur les pensions, il est clair qu'un grand nombre de travailleurs de la province de l'Ontario n'ont pas la chance de bénéficier de régimes de pension privés. La preuve indique qu'il y a une corrélation très étroite entre l'existence de ces régimes de pension et la syndicalisation. Mais les statistiques révèlent que la vaste majorité des travailleurs ne sont pas syndiqués. Le maintien des régimes de pension n'a donc pas vraiment d'importance pour la majorité des travailleurs en Ontario. Ce problème est d'autant plus grave lorsqu'on examine les statistiques démographiques de cette partie de la population active. Les immigrants, les femmes et les travailleurs non spécialisés représentent un pourcentage très disproportionné des travailleurs non syndiqués. Ce groupe représente les employés les plus

vulnérables. Ce sont eux qui, s'ils sont obligés de prendre leur retraite à 65 ans, seront les plus durement touchés par l'absence de protection législative.

En outre, même en ce qui concerne la partie syndiquée de la population active, il y a encore de graves problèmes. Les statistiques révèlent que les femmes au travail sont généralement moins en mesure d'accumuler suffisamment de prestations de retraite au cours de leur vie active parce que la probabilité qu'elles interrompent leur travail pour des questions de maternité et d'éducation des enfants est élevée. Par conséquent, l'imposition de la retraite obligatoire ne soulève pas seulement des questions de discrimination fondée sur l'âge mais vise également d'autres droits reconnus par l'art. 15.

À mon avis, si la majorité des personnes touchées par une loi subissent un préjudice démesurément grave par suite de la violation de leurs droits, on ne peut affirmer que la loi contestée porte le moins raisonnablement possible atteinte aux droits des personnes visées par celle-ci. Je conclus donc que, même s'il est acceptable que les citoyens écartent par entente leurs droits fondamentaux en échange d'un gain économique (et j'entrevois de réels dangers à l'égard des membres les plus vulnérables de notre société à ce propos), il reste que la majorité des travailleurs de la province n'ont pas accès à de tels arrangements. J'estime donc que le critère de l'atteinte minimale n'est pas rempli.

VII. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour le motif que la *Charte* s'applique aux intimés, que la politique de mise à la retraite obligatoire des intimés viole l'art. 15 de la *Charte* et qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier.

Je suis d'avis de rendre un jugement déclaratoire portant que les intimés ont agi de manière contraire à la *Charte*, d'ordonner aux intimés de réintégrer les appelants dans leurs fonctions, et d'accorder aux appelants des dommages-intérêts dont le juge de première instance fixera le montant. Je suis d'avis de rejeter les demandes d'injonctions permanente et interlocutoire.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef de la façon suivante:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Non.

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

Oui.

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Non.

Je suis d'avis d'accorder aux appelants leurs dépens tant devant notre Cour que devant les tribunaux d'instance inférieure.

//Le juge L'Heureux-Dubé//

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) -- J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et, en toute déférence, je diffère d'opinion. Bien que je ne sois pas entièrement en désaccord avec son affirmation que les universités ne font pas partie du gouvernement aux fins de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis souscrire à ses conclusions concernant l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53. Le 30 août 1988, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*

des droits et libertés en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?
4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?
5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Mon collègue examine d'abord les troisième, quatrième et cinquième questions et, bien que je convienne que les universités ne possèdent peut-être pas tous les éléments de nature gouvernementale nécessaires pour être considérées comme des organismes publics, elles ne peuvent pas non plus être considérées comme des organismes entièrement privés. En plus d'établir que les décisions internes d'une université sont sujettes au contrôle judiciaire, l'arrêt *Harekin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, reconnaît que leur création, leur financement et leur fonctionnement sont régis par des lois.

Le fait que les universités sont financées de façon substantielle à même les fonds publics ne peut, à mon avis, être facilement écarté. Mon collègue en traite lorsqu'il dit à la p. 000:

Il est vrai qu'il existe des cas où les tribunaux américains ont conclu que la participation financière importante du gouvernement suffisait à déclencher l'application des garanties constitutionnelles, mais il s'agissait dans bien des cas de discrimination raciale, principale cible du Quatorzième amendement.

Il convient cependant de rappeler qu'au Canada, contrairement aux États-Unis, l'âge va de pair avec la race, le sexe, la religion, etc., en ce qui concerne le droit à l'égalité que protège l'art. 15.

En outre, la distinction entre les universités privées et les universités publiques ou d'État, si courante aux États-Unis, est considérablement atténuée au Canada.

Quoi qu'il en soit, bien que les universités puissent exécuter certaines fonctions publiques qui justifieraient un contrôle fondé sur la *Charte*, je reconnais que l'embauche et le renvoi de leurs employés ne tombent pas vraiment dans cette catégorie. Dans l'arrêt *Harrison v. Univ. of B.C.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145, un pourvoi connexe entendu en même temps que celui-ci et dont les motifs sont rendus simultanément, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a analysé les rapports entre le gouvernement et les universités en examinant la loi habilitante de l'université et les lois auxquelles elle est assujettie. L'Université de la Colombie-Britannique est un organisme créé par la loi dont le mandat est identique en ce qui concerne le fonctionnement à celui des universités intimées aux fins de ce pourvoi. Après avoir examiné minutieusement les rapports entre le gouvernement et l'université, la cour conclut, aux pp. 152 et 153, que:

[TRADUCTION] . . . le fait que ces lois rendent l'université responsable financièrement ne prouve pas que le gouvernement exerce un contrôle ou une influence sur les fonctions essentielles de l'université et, en particulier, sur les politiques et les contrats dont il est question en l'espèce.

. . . Ni le législateur ni le pouvoir exécutif n'ont ordonné ou proposé à l'université d'adopter son régime de retraite obligatoire ni ne l'ont amenée à le faire. . .

. . .

[En outre, ce] sont les contrats d'emploi privés de l'université que l'on prétend être en conflit avec la *Charte*, et non les fonctions publiques qui lui ont été déléguées. Sans vouloir laisser entendre que la conduite de l'université ne peut jamais être assujettie à la *Charte*, il semble clair que la conduite qui ressort de ces contrats ne l'est pas. [Je souligne.]

Je suis d'accord. Ce faisant, cependant, je n'entends pas être en désaccord avec le test proposé par ma collègue le juge Wilson quant à l'étendue du gouvernement et de l'action

gouvernementale aux fins du par. 32(1) de la *Charte*. Mais, même en vertu de ce test large, je demeure d'avis que les universités intimées ne peuvent être qualifiées de gouvernement, essentiellement pour les motifs exposés par mon collègue le juge La Forest. J'ajouterais seulement qu'une analyse historique donne le même résultat que la méthode fonctionnelle: les universités ne résistent pas au test. Les universités canadiennes ont toujours défendu féroce­ment leur indépendance. Cela remonte au début des colonies française et britannique. À la Confédération, il y avait 17 institutions qui accordaient des diplômes dans les provinces fondatrices. L'université King's College, maintenant à Halifax, a été fondée en 1789. Un des premiers établissements d'enseignement supérieur a été le Séminaire de Québec, fondé par monseigneur Laval en 1663, qui est plus tard devenu l'Université Laval en 1852. Laval est demeurée une université confessionnelle et autosuffisante pendant une centaine d'années. Encore aujourd'hui, bien que financée dans une grande mesure par des fonds publics, elle est autonome: elle est régie par un organisme qu'elle a elle-même choisi et elle établit ses politiques sans intervention gouvernementale. De même, l'Université McGill a un conseil des gouverneurs qui agit indépendamment, même si elle a besoin de fonds gouvernementaux pour survivre. On peut dire la même chose de la plupart, sinon de la totalité, des universités canadiennes. On peut même penser à la survie des universités sans financement gouvernemental. Le financement gouvernemental ne peut pas en soi signifier "gouvernement", sinon même les petites et moyennes entreprises, qui reçoivent des subventions gouvernementales, pourraient se voir accoler l'étiquette de "gouvernement" aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Je n'entretiens aucun doute que cette interprétation n'a jamais été voulue et qu'on ne peut raisonnablement interpréter l'art. 32 de cette manière. Suivant le sens qu'on lui attribue généralement et dans mon esprit, le mot "gouvernement" n'a jamais englobé les universités telles qu'elles étaient et telles qu'elles sont actuellement constituées.

Étant donné cette conclusion quant à la troisième question constitutionnelle, soit que l'entente contractuelle en question entre les universités et leurs employés n'est pas de nature "gouvernementale", il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de répondre aux quatrième et cinquième questions. Il faut néanmoins reconnaître le rôle complexe des universités lorsqu'il s'agit d'évaluer les critères de proportionnalité et d'atteinte minimale en vertu du *Code des droits de la personne, 1981*, les divers organismes qui s'y rattachent et son absence de protection contre la retraite obligatoire des professeurs d'université et des autres employés de plus de 65 ans. J'entreprends donc l'examen des première et deuxième questions constitutionnelles qui portent sur ces questions.

L'alinéa 9a) du Code des droits de la personne, 1981

Le *Code des droits de la personne, 1981* a été adopté en 1981, donc avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en avril 1982. Comme le juge Blair, dissident en Cour d'appel (1987), 63 O.R. (2d) 1, l'a affirmé à la p. 66:

[TRADUCTION] Ainsi, lorsque le Code a été adopté, le législateur avait toute l'autorité voulue pour priver les personnes de plus de 65 ans de toute protection en matière d'emploi. Les extraits des débats de l'assemblée législative mentionnés par mes collègues indiquent qu'on a adopté le Code en sachant qu'il était possible d'obliger les employés de la province à prendre leur retraite à l'âge de 65 ans. Il est inutile de tenter de savoir si le Code aurait été adopté sous cette forme après l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la Charte en 1985. Le Code doit être accepté tel qu'il existe.

En outre, comme le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario l'a soutenu en ce qui concerne les lois antérieures à la *Charte* dans l'arrêt *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), à la p. 125:

[TRADUCTION] Cette loi suprême a été adoptée bien après la *Loi sur les jeunes délinquants* et on ne peut présumer que le législateur a eu l'intention d'agir de manière constitutionnelle compte tenu d'une loi dont il ne pouvait pas, à l'époque, prévoir l'adoption.

La question est donc de savoir si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* porte atteinte à l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 15 de la Charte

L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* prévoit que:

- 9.** (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la partie I et à la présente partie.
- a) "âge" Dix-huit ans ou plus, sauf au paragraphe 4(1), où le terme "âge" s'entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans.

Le paragraphe 4(1) dispose que:

4. (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit ce qui suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Il est maintenant clairement établi que les droits et libertés garantis par la Constitution doivent recevoir une interprétation large et libérale. L'interdiction de discrimination établie à l'art. 15 a pour but d'assurer que les entités visées par la *Charte* traitent chaque personne [TRADUCTION] "sur un pied d'égalité, avec la même attention et le même respect, pour veiller à ce qu'elle bénéficie des meilleures chances d'épanouissement": *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), à la p. 529. L'article 15 prévoit que les personnes doivent être traitées selon leurs propres valeur, aptitudes et mérite et non en fonction de caractéristiques externes ou arbitraires qui restreignent artificiellement les chances individuelles.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre définit la discrimination de la façon suivante, aux pp. 174 et 175:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [Je souligne.]

Comme le juge Abella l'explique dans son article intitulé "Limitations on the Right to Equality Before the Law", dans de Mestral et autres, éd., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, à la p. 226:

[TRADUCTION] L'égalité signifie que nul n'est privé de chances pour des raisons étrangères aux capacités inhérentes de la personne. Elle signifie une égalité d'accès sans obstacle arbitraire. La discrimination signifie qu'il y a un obstacle arbitraire entre les aptitudes d'une personne et ses possibilités d'en faire la preuve. Si l'accès est vraiment possible d'une manière qui accorde à chacun la chance de pleinement développer son

potentiel, nous parvenons à une certaine égalité. C'est ce que l'article 15 de la *Charte* reconnaît: une égalité définie comme une exemption égale de toute discrimination.

Dans ce contexte, la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes dont l'objet ou l'effet est de limiter le droit d'une personne ou d'un groupe de bénéficier des chances généralement offertes en raison de caractéristiques attribuées plutôt que réelles. Ce qui gêne le développement intégral du potentiel ne dépend pas des aptitudes individuelles mais d'un obstacle extérieur artificiel. [Je souligne.]

L'alinéa 9a) est discriminatoire à sa face même. Il soustrait clairement des groupes précis de la société à la protection par ailleurs accordée par le Code. En outre, cette exclusion est strictement fondée sur l'âge, un motif spécifiquement énuméré au par. 15(1). Comme le juge MacGuigan l'a dit dans l'arrêt *Headly c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235 (C.A.), à la p. 245:

La Constitution elle-même, je crois, impose cette distinction entre le motifs qui sont énumérés et ceux qui ne le sont pas. Le fait notamment que le législateur ait énoncé comme motifs de discrimination les principales réalités naturelles et immuables propres aux êtres humains . . . peut seulement signifier, à mon sens, qu'il appartient aux gouvernements de justifier les distinctions défavorables importantes fondées sur ces catégories en invoquant l'article 1, plutôt qu'aux plaignants de prouver qu'il y a contravention de l'article 15. En somme, certains motifs de distinction sont, par présomption, si défavorables qu'ils sont considérés comme discriminatoires en soi.

L'inclusion de motifs précis énumérés au par. 15(1) de la *Charte* avait pour but d'éviter un bon nombre des difficultés que les tribunaux américains ont rencontrées en tentant de déterminer la portée de la protection offerte par le Quatorzième amendement, dont la délimitation n'est pas aussi claire. Comme Neil Finkelstein l'a dit dans son article intitulé "Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience," [1985-86] 6 *Advocates' Q.* 188, à la p. 192:

[TRADUCTION] . . . le Quatorzième amendement ne donne aux tribunaux aucune indication quant aux types de classifications qui devraient être examinées le plus minutieusement. La disposition est formulée en des termes absolus. On peut la comparer

au par. 15(1) de la Charte qui, bien qu'il interdise toute discrimination, énumère à tout le moins une liste des catégories qui exigent une attention plus particulière. Les tribunaux canadiens sont avisés qu'ils doivent examiner minutieusement les raisons et l'objet de chaque loi qui établit des distinctions fondées sur l'une des classifications énumérées. [Je souligne.]

Comme mon collègue le juge La Forest et pour les raisons qu'il exprime, je conclus que l'al. 9a) prive ouvertement des personnes de la même protection et du même bénéfice du Code, et établit donc contre celles-ci une distinction fondée uniquement sur l'âge, un motif spécifiquement énuméré à l'art. 15 de la *Charte*. L'alinéa 9a) constitue un obstacle arbitraire et artificiel qui empêche les personnes de 65 ans et plus de porter plainte lorsque leur droit à l'égalité de traitement en matière d'emploi a été violé en raison de l'âge. La disposition est donc incompatible avec les valeurs fondamentales consacrées au par. 15(1), la protection et la reconnaissance de la dignité humaine, l'établissement de chances égales et le développement du potentiel de chaque personne en fonction des aptitudes individuelles. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a dit dans l'arrêt *Blainey*, à la p. 530:

[TRADUCTION] En réalité, il est quelque peu anormal de trouver dans une loi conçue pour interdire la discrimination une disposition qui la permet spécifiquement.

L'article premier de la Charte

Étant donné ma conclusion concernant le par. 15(1), je vais maintenant examiner si la violation de l'égalité peut se justifier en vertu de l'article premier. Comme notre Cour l'a affirmé dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le gouvernement doit d'abord s'acquitter de son fardeau de prouver que l'objectif visé par les mesures contestées se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la

Constitution. Deuxièmement, si le gouvernement peut faire la preuve d'un tel objectif, il doit établir que les mesures choisies sont proportionnelles ou appropriées à ces fins. Ce dernier critère ne peut être satisfait que si l'on fait la preuve de trois éléments:

- a) la mesure restrictive doit être soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question ou avoir un lien rationnel avec cet objectif et elle ne peut être arbitraire, injuste ou fondée sur des considérations irrationnelles;
- b) la mesure ne doit pas déraisonnablement porter atteinte au droit en question compte tenu du contexte et des circonstances en présence; et
- c) les effets de la mesure restrictive ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

1. L'objectif

Je partage la conclusion de mon collègue le juge La Forest que la Cour d'appel de l'Ontario a été trop restrictive lorsqu'elle a évalué la constitutionnalité de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* dans le contexte exclusif des universités. Cependant, ce contexte constitue un cadre approprié d'évaluation des ramifications de la disposition. Dans son analyse de l'application [TRADUCTION] "par défaut" de la *Charte*, c'est-à-dire présumant qu'elle s'applique aux universités, la proposition implicite que semble avancer le juge La Forest est que la retraite obligatoire est la contrepartie d'un système de permanence où l'évaluation par les pairs est réduite au minimum, et est nécessaire pour assurer aux jeunes candidats une véritable possibilité de gagner leur vie. Mon collègue estime également que le régime de

retraite existant est un objectif valable qui ne se justifie que par l'imposition de la retraite obligatoire.

À mon avis, il n'existe aucune preuve convaincante que le régime de retraite obligatoire et le système de permanence sont aussi intimement liés que le dit mon collègue. L'évaluation par les pairs ne constitue pas et ne devrait pas constituer une menace à la liberté d'enseignement et ces évaluations sont très courantes même dans les universités qui ont choisi de continuer à imposer la retraite obligatoire. Le facteur-clé devrait être le mérite plutôt que l'âge. En réalité, la valeur et la qualité du système de permanence pourraient même être rehaussées par l'aval constant des collègues. Dans ses motifs, le juge La Forest indique à la p. 000 que l'abolition du régime actuel de la retraite obligatoire minerait la liberté d'enseignement:

La retraite obligatoire est donc intimement liée au système de la permanence. Il est vrai que plusieurs universités et collèges aux États-Unis ne prévoient pas la retraite obligatoire, mais ils ont conservé un système de permanence. Cela ne touche cependant en rien la rationalité des politiques parce que la retraite obligatoire justifie clairement le système de la permanence. En outre, comme la Cour d'appel l'a souligné, une telle conception commanderait une autre méthode de congédiement qui nécessiterait vraisemblablement la tenue d'audiences sur la compétence et le renvoi motivé. Cette conception serait donc d'application difficile et coûteuse, et constituerait un grave affront à la dignité personnelle.

Ce passage soulève plusieurs aspects sur lesquels je me permets de différer d'opinion. La valeur de la permanence est menacée par l'incompétence et non par le vieillissement. Cette incompétence peut se manifester à n'importe quelle étape et la présomption d'une incapacité d'enseigner à 65 ans n'est pas bien fondée. Si l'abolition de la retraite obligatoire engendre une méritocratie plus stricte, la permanence n'en souffre pas. En réalité, son importance peut augmenter, car la situation de permanence traduira la continuité de l'excellence en matière d'enseignement au lieu de constituer un "certificat" irrévocable une fois accordé.

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

J'ai peine à accepter l'affirmation que l'abolition de la retraite obligatoire des professeurs et bibliothécaires des universités menacerait la permanence en raison de l'augmentation des évaluations de rendement. En réalité, les évaluations de rendement des professeurs font continuellement et intégralement partie de la vie universitaire et on n'a jamais laissé entendre que ce processus menace la permanence, la collégialité ou la liberté d'enseignement. Les évaluations de rendement ont lieu au moment de l'embauche ainsi qu'au moment de décider si on accordera ou non la permanence, si on accordera ou non une promotion à des professeurs permanents, quels seront les professeurs permanents qui occuperont des postes administratifs et qui bénéficieront de subventions de recherche, et si des augmentations au mérite seront consenties aux professeurs permanents et quel en sera le montant.

Les universités qui ont aboli la retraite obligatoire des professeurs et des bibliothécaires n'ont pas connu un accroissement des évaluations de rendement soi-disant dévastatrices ni de violation de la liberté d'enseignement ou de la collégialité. Le système de la permanence demeure fermement en place. Par exemple, aux États-Unis, aucune université n'a aboli la permanence bien que 15 pour 100 des universités n'aient pas fixé d'âge de retraite obligatoire pour les professeurs permanents. Les modifications apportées en 1986 à l'*Age Discrimination in Employment Act*, qui interdit maintenant aux universités de forcer un professeur permanent à prendre sa retraite avant l'âge de 70 ans, prévoient que le plafond quant à l'âge sera

totalement aboli lorsque les dispositions transitoires expireront en 1993: voir 29 U.S.C. {SS} 631(d).

De plus, toute "autre méthode de congédiement" requise par l'abolition de la retraite obligatoire sera plutôt sans conséquence. Le nombre de ceux qui choisissent de poursuivre une carrière d'enseignement active et productive après 65 ans est relativement peu élevé. En outre, la permanence continuera d'exister et les professeurs permanents vont bénéficier d'une forte présomption en faveur du maintien de leur poste. Cette présomption ne devrait cependant pas être irréfragable, ni à 45 ans ni à 65 ans. Quant à la description que fait le juge La Forest (à la p. 000) d'un "système fermé ayant des ressources limitées", il n'est pas évident que ces ressources soient figées ni qu'en permettant aux professeurs plus âgés de profiter de leur part méritée de ces ressources les plus jeunes en soient totalement privés.

Il est exagéré de conclure que l'excellence dans nos institutions d'enseignement ne peut être maintenue que par le remplacement des professeurs plus âgés par des professeurs plus jeunes. La qualité d'un professeur devrait être évaluée selon le mérite plutôt qu'en fonction de l'âge. Les membres plus âgés ne peuvent être les seuls à se sacrifier pour favoriser les chances d'emploi des jeunes. La *Charte* interdit ce type d'isolement d'un groupe cible qui est expressément protégé par une disposition constitutionnelle précise.

En outre, ce régime ne peut être justifié ni par les besoins en matière d'éducation ni par la nécessité. Rien n'indique que les plus âgés sont moins compétents. L'expérience des grandes universités reconnues à travers l'Amérique du Nord qui abolissent progressivement la retraite obligatoire révèle que le maintien d'un tel système n'est pas nécessaire pour conserver leur efficacité et leur efficience. Cette tendance reflète ce qu'on estime comme étant "raisonnable"

dans l'examen de la raison d'être de la retraite obligatoire et de sa proportionnalité par rapport à de prétendus objectifs.

Je ne suis pas en désaccord avec mon collègue le juge La Forest lorsqu'il dit, à la p. 000, que "[b]ien que le processus de vieillissement varie d'une personne à l'autre, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, après avoir examiné la preuve, qu'en moyenne il y a détérioration des capacités intellectuelles à partir de 60 ans". Mais à mon avis, cette simple affirmation n'amène pas nécessairement à conclure que l'âge limite applicable à un emploi ou à une profession doit être de 65 ans. Voilà précisément ce qu'est la discrimination fondée sur l'âge. Qu'en est-il des juges nommés par le fédéral, dont l'âge de la retraite est fixé à 75 ans? Qu'en est-il des gens d'affaires qui travaillent pour leur propre compte, ou encore des politiciens et des chefs d'État dont certains (parmi lesquels il y a eu sir Winston Churchill) servent leur pays bien après l'âge de 65 ans? La détérioration des capacités intellectuelles comporte plusieurs facettes -- de quelles capacités s'agit-il, et concernant quelles tâches? L'écart entre les capacités physiques et intellectuelles parmi les différents groupes d'âge peut être amplement compensé par une plus grande expérience, une plus grande sagesse et des compétences plus étendues acquises au cours des années.

La retraite obligatoire devrait être justifiée autrement que par la détérioration des capacités mentales. L'agilité et la vivacité d'esprit sont très subjectives -- elles varient considérablement d'une personne à l'autre. Bien que la sénilité soit beaucoup plus courante chez les personnes très âgées, la lucidité est la norme. En outre, les gens sont généralement conscients de l'affaiblissement de leurs propres facultés, tant dans le milieu de l'enseignement que dans les sports. Les athlètes qui sont "usés" à l'âge de 35 ans sont nombreux et n'offrent plus le même rendement. Cependant, plusieurs demeurent compétitifs même après avoir atteint la

quarantaine alors que des athlètes plus jeunes continuent de lutter pour obtenir le statut de professionnel sans toutefois y parvenir vraiment.

La difficulté et le coût du processus d'évaluation ne peuvent supplanter les mérites d'un tel système, surtout si l'on tient compte qu'une certaine procédure d'évaluation existe déjà. L'expérience démontre que l'argument du fardeau financier est spécieux. Certains régimes de retraite offrent maintenant aux professeurs qui prennent leur retraite jusqu'à 90 pour 100 du salaire annuel moyen touché au cours de leurs cinq dernières années de travail. Économiquement, il est logique de leur permettre de contribuer pleinement à un "coût" marginal, pour les universités, de 10 pour 100 de leur salaire.

Le juge La Forest nous rappelle la retenue dont a toujours fait preuve notre Cour à l'égard du jugement du législateur. À la page 000, mon collègue affirme:

... que, dans ces cas, la question clé est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu des éléments de preuve présentés, à conclure que la loi porte le moins possible atteinte à un droit garanti, compte des objectifs urgents et réels du gouvernement. [Je souligne.]

La preuve réfute la partie soulignée de la conclusion. Dans le paragraphe qui suit immédiatement, mon collègue lui-même reconnaît, à la p. 000, qu'il existe "une tendance croissante à la retraite anticipée", et que, à la p. 000, "[l]es statistiques relatives aux travailleurs qui choisiraient volontairement de rester au travail après 65 ans varient de 0,1 à 0,4 pour 100 de la population active". Ces données n'indiquent pas vraiment que le gouvernement fait face à une difficulté "urgente et réelle". Voici comment mon collègue conçoit la retraite obligatoire:

... [i]l s'agit d'une entente négociée dans le secteur privé et elle ne peut relever de la *Charte* que de façon indirecte parce que le législateur a tenté de protéger, et non pas de contester, une valeur reconnue par la *Charte*.

Toute protection offerte ici est parfaitement illusoire. Le groupe exclu en raison de l'âge est celui qui a le plus besoin de protection contre des décisions arbitraires en matière d'emploi.

La menace qu'un régime d'évaluation "constitue un grave affront à la dignité personnelle" (à la p. 000) est difficile à accepter. Les normes objectives d'évaluation du rendement au travail constituent-elles un grave affront à la dignité personnelle? Certainement pas lorsqu'on les compare à la perspective d'être [TRADUCTION] "viré" automatiquement à un âge précis, et que l'on voit ses ex-collègues plus jeunes continuer à accepter une incompétence relative au nom de la "dignité" que procure un régime de permanence. Les personnes âgées sont particulièrement prédisposées aux sentiments d'inutilité et de vieillissement. Si, "[d]ans une société axée sur le travail, ce dernier est inextricablement lié à l'identité personnelle et à la valorisation de l'individu" (à la p. 000), cela veut-il dire que la personne qui atteint 65 ans perd tout intérêt en matière d'identité et de valorisation personnelles? C'est précisément à ce moment que ces valeurs revêtent le plus d'importance et que les personnes deviennent particulièrement vulnérables aux diminutions perçues de leur capacité de contribuer à la société.

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

actuellement de manière non discriminatoire à l'égard des personnes âgées ou en fonction de stéréotypes négatifs.

De plus, comme on le dit dans l'article de McDougal, Lasswell et Chen, intitulé "The Protection of the Aged from Discrimination", dans *Human Rights and World Public Order* (1980), aux pp. 779 à 782:

[TRADUCTION] Le traumatisme causé par la perte subite des rôles habituels, précipité par la retraite involontaire, est immense et profond. Comme l'a résumé sèchement Rosow:

[L]a perte des rôles exclut les personnes âgées de toute participation significative à la vie sociale et les dévalorise. Elle les prive de fonctions vitales qui sous-tendent leur valorisation, leur identité et leur estime de soi. Bref, elles sont dévalorisées et deviennent marginales et aliénées par rapport à la société dans son ensemble. Peu importe leurs capacités, elles sont jugées de façon injuste, comme si leur contribution aux affaires de ce monde était sans importance.

...

Le choc de la retraite obligatoire peut être grand au point de causer un état permanent d'angoisse et même de dépression. Sans égard au processus du vieillissement ordinaire, la condition psychosomatique des personnes âgées peut être brutalement et indûment compromise et exacerbée par le choc de la retraite involontaire. Des compétences autrefois jugées utiles sont mises au rancart en l'espace d'une nuit. [En italique dans l'original.]

À mon avis, ces répercussions peu souhaitables minent sérieusement l'objectif allégué en l'espèce. Il ne faut pas considérer à la légère les départs forcés des membres plus âgés de la population active comme un objectif "suffisant pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution". Cependant, en supposant qu'un objectif légitime existe réellement, je vais maintenant évaluer si les mesures choisies satisfont au deuxième volet du "test de l'article premier".

2. Les moyens

Dans son rapport intitulé *Égalité pour tous*, aux pp. 23 et 24, le Comité parlementaire fédéral sur les droits à l'égalité a décrit, en 1985, la retraite obligatoire de la façon suivante:

De l'avis du Comité, la retraite obligatoire est un exemple classique de négation de l'égalité pour motif abusif. Elle consiste en un traitement arbitraire d'individus simplement parce qu'ils sont membres d'un groupe identifiable. La règle de la retraite obligatoire ne permet pas de tenir compte des caractéristiques individuelles, même si ceux à qui elle s'applique sont susceptibles de réunir bon nombre des aptitudes nécessaires à l'emploi. C'est là un moyen facile de se montrer sélectif en invoquant en tout ou en partie des stéréotypes fondés sur le rendement des travailleurs âgés. En dernière analyse, des citoyens se voient privés de chances égales pour ce qui est des avantages économiques, de la dignité et de l'autosatisfaction que procurent l'appartenance ainsi que le sentiment d'appartenance à la population active. [Je souligne.]

Le *Code des droits de la personne, 1981* restreint la protection contre la discrimination fondée sur l'âge à ceux qui ont entre 18 et 65 ans. Les personnes de plus de 65 ans sont exclues de la protection du seul fait de leur âge et non pas pour une raison liée à des exigences professionnelles normales ou à l'incapacité de remplir une fonction requise. Ainsi, sans égard aux circonstances, les personnes de plus de 65 ans qui font face à une mesure discriminatoire simplement en raison de leur âge sont privées de la protection et des redressements de la législation en matière de droits de la personne.

Dans l'historique détaillé qu'il fait de la question, le juge La Forest souligne à la p. 000 que "[c]'est généralement à Bismark qu'on attribue l'idée d'établir à 65 ans l'âge de la retraite". L'époque de Bismark est cependant révolue depuis longtemps. Depuis ce temps, les progrès de la science médicale et l'amélioration des conditions de vie ont considérablement augmenté l'espérance de vie et haussé la qualité de la vie. En moyenne, la personne qui a aujourd'hui 65 ans est en meilleure santé et en meilleure forme que ne l'était la personne de 45 ans à l'époque de la révolution industrielle. En outre, l'effort physique requis par plusieurs emplois a diminué avec l'avènement des ordinateurs et la spécialisation du travail. Avec l'avènement

de toutes sortes de spécialisations, les gens peuvent évoluer au même rythme que leurs descriptions de tâches.

Le fait que "la retraite obligatoire [fasse] maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays" (à la p. 000) est sans rapport avec le présent examen dans la mesure où il ne tient pas compte de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du *Code des droits de la personne, 1981*. En outre, je m'oppose fortement à l'affirmation, à la p. 000, que "[d]e façon générale, ceux qui ont plus de 65 ans risquent beaucoup moins de souffrir des effets préjudiciables du chômage que les plus jeunes". Bien qu'il puisse en être ainsi pour une petite "élite" qui peut se permettre de prendre sa retraite, il n'en est certainement pas ainsi de la majorité des retraités, surtout en période de grande inflation. Ce sont les pauvres qui souffrent le plus cruellement des effets néfastes de la retraite obligatoire. Les personnes âgées sont souvent aux prises avec des difficultés financières épouvantables; l'indexation des pensions n'a pas suivi le rythme de l'inflation et le dollar épargné autrefois en vue de la retraite ne vaut plus que quelques sous aujourd'hui. Cela est surtout vrai en ce qui concerne les travailleurs non syndiqués, qui représentent actuellement 50 pour 100 de la population active canadienne.

Le revenu moyen des plus de 65 ans est inférieur de moitié au revenu moyen du Canadien moyen, et il existe un écart très grand entre ceux-ci puisque plusieurs d'entre eux ne touchent pas de revenu d'un régime de retraite privé ou n'en touchent qu'un très minime. En outre, les femmes sont particulièrement touchées par cette déficience. Lorsqu'elles atteignent l'âge de 65 ans, les femmes n'ont souvent aucun revenu de pension ou seulement un très maigre revenu de pension puisque la plupart d'entre elles occupent des emplois où elles sont moins susceptibles de se voir offrir un régime de pension. Les femmes sont plus susceptibles d'interrompre leurs emplois, en partie à cause des responsabilités liées aux soins des enfants,

ce qui peut les priver des bénéfices d'un régime de retraite. En outre, les femmes sont prédisposées à avoir, au cours de leur vie active, des revenus plus bas en fonction desquels les prestations de retraite sont établies.

L'alinéa 9a) prive de protection contre la discrimination en matière d'emploi les plus de 65 ans, qu'il existe ou non un régime de retraite adéquat dans le milieu du travail en question, que l'intégrité du régime de retraite existant soit ou non touchée si les employés ne prennent pas leur retraite à 65 ans et que l'employeur ait ou non l'intention de remplacer, ou qu'il remplace effectivement, les employés retraités par de plus jeunes travailleurs. Bref, l'al. 9a) permet d'établir une discrimination contre les travailleurs plus âgés même lorsque ceux qui prennent leur retraite ne sont pas remplacés par des employés plus jeunes et lorsque le régime de retraite n'est touché d'aucune façon. Comme on l'a affirmé dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, à la p. 770:

L'exigence d'un lien rationnel nous oblige à vérifier dans quelle mesure l'ensemble législatif est adapté à son objet.

Lorsqu'on évalue les répercussions matérielles de la disposition en cause, le tissu cède aux coutures. En outre, il n'appartient pas aux tribunaux de corriger les faiblesses constitutionnelles des parties de la loi qui violent la *Charte* en leur accordant un sens plus restreint.

Les restrictions fondées sur l'âge qu'impose l'application du *Code des droits de la personne, 1981* le dépouillent de son objet même. L'âge "traditionnel" de la retraite, c'est-à-dire 65 ans, a été fixé à une époque entièrement différente de la nôtre; la science médicale et la spécialisation du travail ont changé le monde dans lequel nous vivons et travaillons. Le Code

est une loi réparatrice -- il est paradoxal d'exclure de sa portée un groupe qui a désespérément besoin de sa protection.

L'argument de la nécessité législative perd beaucoup de son poids face à l'adoption continue de la retraite volontaire à travers le continent et à l'abolition par le gouvernement fédéral de la retraite obligatoire pour ses employés. En outre, trois provinces canadiennes, le Québec, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, ont aboli la retraite obligatoire et n'ont subi aucun des effets néfastes que l'on prétend associés à l'élimination de ces régimes. Les universités n'ont pas été tenues d'abandonner leur système de permanence, les régimes de retraite existants sont demeurés intacts et il n'existe pas de preuve qu'il s'ensuit une augmentation du chômage chez les jeunes candidats au travail.

En réponse à l'argument de la proportionnalité, mon collègue exprime l'avis, à la p. 000, que "le système qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activité n'a rien d'absurde". Mais le Code ne fournit aucune protection aux personnes âgées. Peu importe les contraintes qu'on leur impose, le Code ne permet pas d'y remédier au moyen d'un examen fondé sur ses dispositions parce que ce groupe est précisément soustrait à son application. Cette justification se transforme donc en un cercle vicieux et, en réalité, le régime qu'il vise à rationaliser favorise la retraite obligatoire. Il permet de manipuler les intérêts d'un groupe dont les droits et les recours ont été neutralisés par la loi! Que l'on veuille défendre cette procédure en fonction d'une atteinte minimale est particulièrement inquiétant.

Dans l'ensemble, il ne semble pas y avoir de justification raisonnable à l'appui d'un régime qui établit l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans. Il est discriminatoire, dans le sens le plus préjudiciable du terme, de faire des généralisations quant à la diminution des capacités ou de

la productivité en fonction seulement du fait qu'on a atteint un certain âge. Puisque le nombre de personnes qui a) atteignent cet âge et qui b) veulent continuer à travailler après cet âge, et sont physiquement et intellectuellement capables de le faire, n'est pas considérable, il est difficile de conclure que la population active en subira un effet néfaste.

Les définitions prévues dans le *Code des droits de la personne, 1981* doivent être évaluées en vertu de l'article premier d'une manière un peu plus large. Bien qu'elles aient un effet évident sur la retraite obligatoire, ces définitions ne protègent pas non plus les personnes de plus de 65 ans contre une forme de discrimination beaucoup plus envahissante. Par exemple, l'employeur qui décide de verser à tous les travailleurs de plus de 65 ans un salaire inférieur à celui qu'il verse aux moins de 65 ans ne pourrait être poursuivi en vertu de la loi sur les droits de la personne parce que cette loi ne reconnaît pas la discrimination contre les personnes de plus de 65 ans comme une discrimination fondée sur l'âge.

Je suis d'accord que la loi sur les droits de la personne a un objet compatible avec celui de la *Charte* elle-même, à savoir la promotion des droits de la personne. On a prétendu que puisque cette loi s'applique dans un domaine qui ne serait pas par ailleurs touché par la *Charte* (les opérations privées), il faudrait alors appliquer la norme d'examen la moins rigide et la plus souple en vertu de la *Charte*. Je reconnais qu'il y a effectivement un équilibre délicat à établir. La *Charte* devrait viser à prévenir la discrimination manifeste dans les lois sur les droits de la personne, mais elle ne devrait pas être appliquée de manière à décourager les provinces d'utiliser cette loi ou à porter atteinte à une décision légitime du législateur de la province de ne pas accorder de droits dans un domaine particulier.

Il y a cependant des limites à l'application de cette interprétation. Par exemple, j'estime que si les provinces choisissaient d'adopter des lois sur les droits de la personne qui n'interdisent

que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l'âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la loi interdit la discrimination fondée sur l'âge et définit le terme "âge" d'une manière qui prive une partie importante de la population de cette protection, la *Charte* devrait alors s'appliquer. Par conséquent, si la province choisit d'accorder un droit, elle doit l'accorder en conformité avec la *Charte*.

Puisque la définition contestée prive, pour la seule raison de l'âge, une partie de la population de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge, je ne crois pas qu'elle puisse être justifiée en vertu de l'article premier. Je fais miens les motifs du juge Blair, dissident en Cour d'appel à la p. 77:

[TRADUCTION] À mon avis, l'al. 9a) ne satisfait pas à la troisième condition du test de l'arrêt *Oakes* que le moyen choisi "[soit] de nature à porter "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question" [. . .] L'alinéa 9a) ne fait pas que limiter ou restreindre le droit des appelants en vertu du par. 15(1) de la Charte. Il le supprime parce qu'aux termes du Code aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi n'est accordée après 65 ans. L'absence de toute réserve quant à la suppression totale d'un droit reconnu par la Charte [. . .] fait en sorte que l'al. 9a) échoue le test de l'arrêt *Oakes*. [Je souligne.]

Par conséquent, l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* constitue une discrimination déraisonnable et injuste envers les personnes de plus de 65 ans pour les raisons suivantes:

- a) l'omission d'accorder aux personnes de 65 ans ou plus la protection que confère le Code contre la discrimination en matière d'emploi n'est pas justifiée en l'absence de preuve que ces personnes ne peuvent faire leur travail;

- b) l'alinéa 9a) du Code empêche les employés de porter plainte contre toute forme de discrimination en matière d'emploi, notamment en matière d'embauche, de rétrogradation, de mutation ou de réduction de salaire, même si son objectif avoué ne visait qu'à permettre la retraite obligatoire;
- c) quant à la retraite obligatoire elle-même, ses effets négatifs supplantent de façon significative tout bénéfice que l'on prétend associé à son maintien. La retraite obligatoire empêche arbitrairement une personne de mener une vie active et de gagner un revenu, sans égard à ses capacités intellectuelles ou physiques réelles, à ses moyens financiers, à ses années d'expérience sur le marché du travail ou à ses préférences personnelles. La possibilité de continuer à travailler apporte à plusieurs personnes une forme de valorisation et de réalisation de leur potentiel et procure en outre un statut social, du prestige et des contacts sociaux utiles; et
- d) compte tenu de la preuve, rien ne justifie de priver une partie de la population, c'est-à-dire les personnes âgées de 65 ans et plus, de la protection de la loi qui est d'une importance fondamentale dans le domaine de la discrimination en matière d'emploi, étant donné particulièrement que les objectifs qui seraient visés par l'al. 9a) du Code pourraient être atteints par d'autres moyens qui n'ont pas d'effets aussi sévères sur les personnes.

La violation de la *Charte* qui résulte de l'application du Code n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Il n'y a aucune preuve que le gouvernement soit pris dans un dilemme urgent ou réel face au grand nombre de personnes âgées qui cherchent à s'attarder au-delà de leur période prescrite de productivité. Quels que soient les besoins législatifs qui puissent justifier

une procédure de discrimination fondée sur l'âge en matière d'accès au Code, ils ne sont pas proportionnels à l'exclusion absolue de toutes les personnes de plus de 65 ans. L'exclusion de toutes les personnes de plus de 65 ans est une atteinte importante au droit constitutionnel de tous de bénéficier d'un traitement égal, tel que prévu expressément à l'art. 15 de la *Charte*.

La réparation

Même si les régimes de retraite obligatoire étaient justifiés pour tous les employés de plus de 65 ans, les répercussions de l'al. 9a) vont beaucoup plus loin que ce régime. Bien que l'intention première ait pu être de permettre aux employeurs et aux employés d'établir leur propre âge de retraite, l'effet est de priver les gens de plus de 65 ans d'une vaste gamme d'avantages. Ils ne bénéficient d'aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge. La protection dont ils peuvent avoir besoin n'est en aucun cas restreinte à la retraite. Après 65 ans, il serait interdit aux employés de porter plainte dans les cas de discrimination fondée sur l'âge dans le domaine des salaires, des conditions d'emploi et des autres avantages liés au travail. Les employés de moins de 65 ans bénéficient de toutes ces protections seulement en raison de leur âge.

Cependant, même si l'on restreignait l'application de l'al. 9a) à la retraite obligatoire, la disposition ne fait pas de distinction entre les industries ou les emplois en fixant à 65 ans l'âge approprié de la retraite. Bien que la retraite obligatoire puisse être justifiée dans le cas de certains emplois comme une exigence professionnelle raisonnable et normale, l'al. 9a) permet la retraite obligatoire dans plusieurs industries où l'âge n'est clairement pas une exigence professionnelle normale.

Par conséquent, bien qu'en limitant l'application de l'al. 9a) à la retraite obligatoire on supprimerait sans aucun doute certains de ses éléments contestables, l'application sans distinction de la retraite obligatoire demeurerait. À mon avis, une application en fonction de chaque cas, régie par des considérations professionnelles appropriées, serait la solution préférable. Le *Code des droits de la personne, 1981* le permet déjà et l'al. 9a) peut donc être supprimé entièrement. Une justification légitime de l'établissement entre les employés de distinctions fondées sur l'âge peut être invoquée au moyen d'autres dispositions du Code.

L'alinéa 10a) du Code prévoit:

[TRADUCTION] **10** Constitue une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la partie I l'existence d'une exigence d'une qualité requise ou d'une considération imposée qui ne constitue pas une discrimination fondée sur un motif illicite, mais qui entraîne l'exclusion ou la préférence d'un groupe de personnes identifié par un motif illicite de discrimination et dont la personne est membre, ou l'imposition d'une restriction à ce groupe, sauf dans l'un des cas suivants:

- a) l'exigence, la qualité requise ou la considération imposée est établie de façon raisonnable et de bonne foi dans les circonstances; . . .

L'alinéa 23b) prévoit que:

[TRADUCTION] **23** (1) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 4, à un traitement égal en matière d'emploi le fait:

...

- b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge, le sexe, l'existence d'un casier judiciaire ou l'état matrimonial, si l'âge, le sexe, le casier judiciaire ou l'état matrimonial du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;

Ces dispositions peuvent prévoir certains régimes de retraite obligatoire lorsqu'ils sont justifiés par la description particulière de l'emploi en cause. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, notre Cour a examiné une politique de retraite obligatoire à 60 ans imposée aux pompiers. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, a formulé la procédure appropriée relative aux dispositions du Code en matière d'exigences professionnelles normales ("EPN"), à la p. 208:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur.

Quant à la question de savoir ce que constitue une exigence professionnelle normale ou réelle, le juge McIntyre dit, à la p. 208, que:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. [Je souligne.]

À la page 209, le juge McIntyre établit une distinction entre la retraite obligatoire imposée pour des motifs purement économiques et la retraite obligatoire justifiée par des motifs de sécurité publique:

Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la

capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Alberta (Human Rights Commission) c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489, le juge Wilson reprend les critères établis par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, ainsi que leur application aux arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, et conclut, à la p. 514, que:

Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pourquoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN.

De plus, comme le juge Sopinka l'a affirmé au nom de la Cour concernant l'évaluation des exigences professionnelles normales appropriées dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pp. 1313 et 1314:

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

Il convient de souligner qu'en l'espèce conclure que l'al. 9a) du Code est inconstitutionnel n'a pas pour effet d'abolir la retraite obligatoire. Au contraire, une telle conclusion permet simplement aux personnes de 65 ans ou plus de se plaindre auprès de la Commission des droits de la personne que leur mise à la retraite obligatoire constitue de la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi, contrairement à l'art. 4 du Code. Il serait encore loisible à l'employeur d'établir devant la Commission, comme il peut actuellement tenter de le faire dans le cas de la retraite obligatoire avant 65 ans, que l'âge est une [TRADUCTION] "qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi" en vertu de l'al. 23(1)b) du Code.

Le régime du *Code des droits de la personne, 1981* permet facilement de supprimer la définition du terme "âge" sans supprimer la protection contre la discrimination fondée sur l'âge. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a affirmé dans l'arrêt *Harrison*, à la p. 164:

[TRADUCTION] À notre avis, lorsque ce critère [de fin d'emploi] est appliqué aux dispositions de la Human Rights Act, la définition de l'âge n'est pas si inextricablement liée au reste de la Loi que le reste ne peut survivre indépendamment.

Le résultat serait semblable à celui auquel on est parvenu dans l'arrêt *Blainey* où l'exception au principe général interdisant toute discrimination fondée sur le sexe a été supprimée, laissant ainsi le principe sans restriction.

Conclusion

Il n'est pas nécessaire de qualifier les universités d'"organismes gouvernementaux", quoique l'indice des fonctions publiques qu'elles remplissent les élève à une norme supérieure en vertu du Code. En outre, le Code doit être interprété en fonction de son objet. Exclure les personnes

de plus de 65 ans a pour effet pratiquement de soustraire tous les régimes de retraite obligatoire à la portée d'un examen fondé sur les droits de la personne. Tel ne devrait pas être l'objet d'une loi réparatrice. D'autres provinces, dont le Québec, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, ont adopté la retraite volontaire et n'ont subi aucune des répercussions appréhendées. Le Code établit le mécanisme par lequel les personnes dans la situation des appelants peuvent bénéficier de la *Charte*. Soustraire ces personnes à l'application du Code les priverait de tout recours contre une inégalité flagrante. Telle qu'elle se lit actuellement, la loi ontarienne qui interdit la discrimination est incontestablement discriminatoire.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Non.

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

Non.

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

//Le juge Sopinka//

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA -- J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest, Wilson et L'Heureux-Dubé. Ils sont arrivés à des conclusions différentes pour résoudre le problème juridique et social épineux sur lequel portent principalement ces pourvois. La question de la retraite obligatoire est très importante pour notre pays et touchera la vie de milliers de Canadiens. Il s'agit d'une question sur laquelle les Canadiens de bonne volonté sont profondément divisés. Cette division se manifeste dans les opinions de mes collègues. Leurs motifs de jugement reflètent également les arguments convaincants qui peuvent être invoqués à l'appui des deux côtés de la question. Dans ces circonstances, je me sens obligé d'exposer, quoique brièvement, les raisons pour lesquelles je partage l'opinion de mon collègue le juge La Forest selon laquelle la retraite obligatoire n'est pas inconstitutionnelle.

Je souscris aux raisons qu'invoque le juge La Forest pour conclure qu'une université n'est pas une entité gouvernementale aux fins de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je n'irais pas jusqu'à dire qu'aucune des activités d'une université n'est de nature gouvernementale. Pour les motifs exposés par mon collègue, je suis d'avis que les fonctions principales d'une université ne sont pas gouvernementales et par conséquent ne sont pas directement assujetties à la *Charte*. Cette opinion s'applique *a fortiori* aux rapports qu'entretient l'université avec son personnel qui, dans le cas des présents pourvois, reposent sur une base consensuelle.

En ce qui concerne la question de savoir si les politiques et les pratiques des universités en matière de retraite obligatoire constituent une loi, je préférerais ne pas exprimer d'opinion finale sur cette question en l'espèce. Je trouve difficile de classer les activités d'une entité en fonction de l'hypothèse qu'elle constitue quelque chose qu'elle n'est pas en réalité. Ce ne sont pas tous les actes d'un organisme gouvernemental qui peuvent être qualifiés de loi. En fait, ce ne sont pas toutes les activités d'une entité qui exerce généralement les fonctions du gouvernement qui seront de nature gouvernementale. Lorsqu'on tente de classer la conduite d'une entité dans une affaire donnée, il est important de savoir, premièrement, qu'il s'agit d'un organisme gouvernemental et, deuxièmement, qu'elle agit en cette qualité à l'égard de la conduite que l'on cherche à assujettir à un examen fondé sur la *Charte*. Après tout, nous devons garder à l'esprit que la *Charte* a pour rôle de protéger le particulier contre le pouvoir coercitif de l'État. Ou, comme un avocat l'a souligné, [TRADUCTION] "de permettre au citoyen de s'opposer au conseil municipal". Il en ressort qu'il doit y avoir un élément de coercition pour que les dispositions adoptées par une institution puissent être qualifiées de loi. Un bon nombre des facteurs dont l'absence a amené le juge La Forest à conclure qu'une université n'est pas une entité gouvernementale sont hautement pertinents pour décider si les politiques et les pratiques de celle-ci constituent une loi. Pour décider cela, je devrais

présumer que ces facteurs sont présents. Une telle décision reposerait sur des considérations entièrement artificielles et ne ferait que déformer la loi. Dans ces circonstances, je préférerais ne pas trancher cette question et, pour aborder la question capitale sur laquelle porte le présent pourvoi, je présumerais non seulement qu'une université est une entité gouvernementale, comme le fait le juge La Forest, mais également que ses politiques et ses pratiques constituent une loi.

Une question clé en l'espèce est de savoir si les politiques et les pratiques de l'Université de Guelph qui fixent à 65 ans l'âge de la retraite obligatoire de son personnel enseignant sont contraires à l'art. 15 de la *Charte*. Donner à cette question une réponse favorable aux appelants aurait pour effet d'interdire la retraite obligatoire à l'égard de tous les employés du gouvernement. De plus, on soulève la question tout aussi importante de savoir si les dispositions législatives sur les droits de la personne, en ne protégeant pas les personnes âgées de plus de 65 ans contre la discrimination fondée sur l'âge, portent atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. Donner à cette question une réponse favorable aux appelants aurait pour effet d'étendre l'interdiction de la retraite obligatoire au secteur privé.

Relativement à ces deux questions clés, ma collègue le juge Wilson, à l'opinion de laquelle souscrit le juge L'Heureux-Dubé, a déterminé que les politiques et les pratiques ainsi que les dispositions du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, violent l'art. 15 et ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier. Par ailleurs, mon collègue le juge La Forest conclut qu'elles sont justifiées aux termes de l'article premier et que, par conséquent, la retraite obligatoire ne contrevient pas à la *Charte*. En toute déférence pour les opinions contraires, je suis d'avis de souscrire à la conclusion du juge La Forest et à ses motifs. En plus de préférer son raisonnement, je suis d'avis que la solution qu'il apporte au problème est plus conforme aux principes démocratiques que la *Charte* est destinée à maintenir.

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. Qui plus est, les employeurs et les employés peuvent, dans le cadre du processus de la négociation collective, déterminer eux-mêmes s'il y a lieu de fixer un âge de retraite obligatoire et quel devrait être cet âge. Ils l'ont fait dans le passé et la position adoptée par les syndicats à l'égard de cette question indique qu'ils veulent que ce processus se poursuive. Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit. Ironiquement, la *Charte* serait utilisée pour limiter la liberté de bien des gens pour promouvoir les intérêts de quelques-uns. Bien que la reconnaissance des droits et libertés des particuliers comporte en soi une certaine restriction des droits d'autrui, la nature et l'étendue de la restriction en l'espèce serait tout à fait injustifiée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge La Forest.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY -- Je partage les motifs de ma collègue le juge Wilson quant aux critères qu'elle propose pour déterminer si les entités dont il est évident en soi qu'elles ne font pas partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement font néanmoins partie du gouvernement auquel s'applique la *Charte canadienne des droits et libertés*.

De même, je partage ses conclusions que les universités font partie du "gouvernement" aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et, par conséquent, que leurs politiques de mise à la retraite

obligatoire sont sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 et que ces politiques établissent une discrimination fondée sur l'âge et contreviennent donc à l'art. 15.

Je partage toutefois la conclusion de mon collègue le juge La Forest que les politiques de mise à la retraite obligatoire des universités relèvent de l'article premier et survivent ainsi à un examen fondé sur la *Charte*.

En outre, je partage l'avis du juge La Forest que, même si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, contrevient au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, il constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

Ma collègue le juge Wilson a indiqué que, même si cela n'était pas nécessaire à sa décision, elle n'était pas certaine qu'une personne puisse écarter par contrat les droits à l'égalité prévus à l'art. 15. Je ne veux pas que l'on pense que je partage entièrement cette position. Je ne suis pas certain que cette conclusion soit juste en ce qui concerne les questions qui se rapportent à l'âge. Par exemple, dans le cadre de la négociation d'une convention collective, il peut se révéler que la très grande majorité des membres du syndicat est en faveur d'un accord qui prévoit la retraite obligatoire en contrepartie de salaires plus élevés accordés à un âge plus jeune, un âge où il faut acheter une maison et élever des enfants, c'est-à-dire à un moment où les besoins financiers de la famille sont les plus importants.

Il arrive souvent qu'avant de conclure une convention collective les membres du syndicat aient reçu, non seulement de leurs représentants syndicaux mais également d'économistes et d'avocats compétents, des conseils très précis concernant ses conditions et leur importance. La convention collective représente une entente globale où plusieurs facteurs et intérêts sont

conciliés. Elle représente l'opinion réfléchie de ses membres qu'il serait dans leur meilleur intérêt d'accepter le contrat proposé. Les ententes conclues où l'on prévoit que des salaires plus élevés sont versés à un âge plus jeune en échange de la retraite obligatoire à un âge fixe et précis peuvent fort bien conférer un véritable avantage au travailleur et ne toucher d'aucune façon à sa dignité ou à valorisation personnelles. Si ces contrats étaient déclarés invalides, on porterait atteinte aux fondements mêmes de la négociation collective et on pourrait fort bien mettre en péril certains droits durement acquis en matière de travail.

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

*Pourvoi rejeté***, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.*

Procureurs des appelants: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

*** Voir Erratum, [1991] 3 R.C.S. iv

Procureurs de l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université York: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs de l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.