

LIGNE DIRECTRICE

SUR LA DISCRIMINATION
FONDÉE SUR L'ÂGE



JANVIER 2023



NEW BRUNSWICK
HUMAN RIGHTS COMMISSION

COMMISSION DES DROITS
DE LA PERSONNE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Ligne directrice sur la discrimination fondée sur l'âge
Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick

ISBN 978-1-4605-3361-1 (édition bilingue imprimée)
ISBN 978-1-4605-3362-8 (version anglaise en ligne)
ISBN 978-1-4605-3363-5 (version française en ligne)

Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick
C.P. 6000
Fredericton (N.-B.)
E3B 5H1 Canada

Téléphone : 506 453-2301
Numéro sans frais : 1 888 471-2233
Télécopieur : 506 453-2653

Courriel : hrc.cdp@gnb.ca
Site Web : www.gnb.ca/hrc-cdp

Facebook : www.facebook.com/HRCNB.CDPNB
Twitter : [@HRCNB_CDPNB](https://twitter.com/HRCNB_CDPNB)

Table des matières

<i>Note de la rédaction</i>	4
1.0 Introduction	5
1.1 Définitions du terme « âge »	6
1.2 L'âgisme et la discrimination fondée sur l'âge	8
1.3 Stéréotypes fondés sur l'âge et le vieillissement	9
1.4 Intersectionnalité et discrimination fondée sur l'âge	10
1.5 Discrimination fondée sur l'âge et droit international	12
1.6 Bonnes pratiques pour éviter la discrimination fondée sur l'âge	12
1.7 Pratiques qui témoignent de discrimination fondée sur l'âge	13
2.0 Principes généraux de la jurisprudence sur la discrimination fondée sur l'âge	14
2.1 Application et portée de la <i>Charte</i>	14
2.2 Approche judiciaire de la discrimination fondée sur l'âge en vertu de la <i>Charte</i> et des lois sur les droits de la personne.....	15
3.0 Retraite obligatoire et discrimination fondée sur l'âge	25
3.1 Retraite obligatoire dans les autorités compétentes du domaine des droits de la personne.....	25
3.2 Définition du terme retraite	26
3.3 Arguments à l'appui de la retraite obligatoire.....	27
3.4 Arguments contre la retraite obligatoire	28
3.5 Principes généraux de la jurisprudence sur la retraite obligatoire.....	30
3.6 Avis de la Cour suprême du Canada sur la retraite obligatoire.....	31
3.6.1 Retraite obligatoire en tant que violation de la <i>Charte</i>	31
3.6.2 La retraite obligatoire en tant que violation des lois sur les droits de la personne	34
3.7 Autres principes régissant la retraite obligatoire	37
4.0 ERRR, obligation d'accommodement et contrainte excessive dans la discrimination fondée sur l'âge.....	41
4.1 La contrainte excessive selon la Cour suprême du Canada	42
4.2 Principes de base des exigences reconnues comme étant requises dans les plaintes relatives à la discrimination fondée sur l'âge	43
<i>Notes en fin de texte</i>	47

Note de la rédaction

La Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick (la Commission) élabore des lignes directrices dans le cadre de son mandat consistant à protéger et à promouvoir les droits de la personne dans la province. Les lignes directrices établies sont des ressources éducatives qui visent à éduquer le public et les parties prenantes au sujet de leurs droits et responsabilités en vertu de la *Loi sur les droits de la personne* du Nouveau-Brunswick (la *Loi*).

La *Ligne directrice sur la discrimination fondée sur l'âge* fait état de l'interprétation de la Commission des obligations relatives aux droits de la personne existant dans les situations de discrimination fondée sur l'âge¹. Elle repose sur les décisions pertinentes de commissions d'enquête, de tribunaux et de cours. Il faut la lire en tenant compte de ces décisions et des dispositions applicables de la *Loi*.

Pour plus de renseignements sur vos droits et obligations se rattachant à d'autres motifs de discrimination, veuillez consulter les lignes directrices de la Commission sur ces sujets ou communiquer directement avec cette dernière.

Il est à noter que la présente ligne directrice ne saurait équivaloir à un avis juridique professionnel. En cas de conflit entre la ligne directrice et la *Loi*, cette dernière l'emporte.

¹ La Commission remercie les commissions des droits de la personne de l'ensemble du Canada lui ayant permis d'étudier leurs politiques et documents sur la discrimination fondée sur l'âge, et de s'en inspirer.

1.0 Introduction

La *Loi* interdit la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi, le logement et la vente de biens, ainsi que l'hébergement et les services, les avis et affiches à caractère discriminatoire, de même que la discrimination par les associations professionnelles, de gens d'affaires ou de métiers¹.

L'âge est un motif unique de discrimination parce que contrairement aux autres motifs de distinction illicite, comme la race, la couleur, l'origine nationale ou l'ascendance, l'âge n'est jamais fixe². L'âge d'une personne continue à avancer et notre situation du point de vue de l'âge change constamment. L'âge constitue aussi toutefois, dans une certaine mesure, une catégorie fixe parce qu'il ne peut pas être modifié à quelque moment que ce soit ni à quelque stade que ce soit de la vie d'une personne. Une « jeune » personne demeurera par exemple dans le groupe d'âge des jeunes durant nombre d'années, ce qui fait de cette catégorie d'âge une situation fixe durant un certain temps³.

Les termes « âgé », « personne âgée », « aîné » et « jeune » sont utilisés dans le présent document seulement à titre d'indicateurs généraux de l'âge biologique plutôt que pour classer les personnes à l'intérieur de catégories d'âge fixes. La jurisprudence sur les droits de la personne reconnaît que les personnes d'âge similaire peuvent posséder des capacités physiques, mentales ou cognitives différentes.

Les personnes qui sont actuellement jeunes franchiront, si elles demeurent en vie, divers stades d'âge et parviendront à un « vieil »⁴ âge à un certain point. On peut donc présumer que toutes les personnes qui atteindront un âge avancé vivront les limitations de la vieillesse et seront même confrontées aux stéréotypes ou à la discrimination que peuvent subir les personnes âgées.

Vu la complexité de l'âge comme catégorie, la discrimination fondée sur l'âge s'est avérée relativement difficile à définir, à quantifier et à aborder.

Mentionnons de prime abord les aspects qui suivent à propos de l'âge comme motif de discrimination :

- À l'instar du genre, de la race, de l'ascendance et d'autres formes de discrimination, la discrimination fondée sur l'âge est elle aussi intégrée dans une grande mesure au sein des structures institutionnelles.
- Les personnes victimes de discrimination fondée sur l'âge sont particulièrement vulnérables à la discrimination parce que les politiques discriminatoires basées sur l'âge sont plus susceptibles d'être reconnues comme normales ou justifiées.
- Les personnes qui font face à la discrimination en raison de leur âge sont en outre plus susceptibles d'être vulnérables sous d'autres angles, comme l'incapacité, le genre ou la race, ce qui est encore plus préjudiciable. (L'intersectionnalité est abordée à la section 1.4.)

De façon générale, il y a une tendance dans la société (et dans certaines jurisprudences) à considérer la discrimination fondée sur l'âge comme une pratique moins préjudiciable que les autres formes de discrimination.

Les restrictions imposées par la loi aux personnes de certains groupes d'âge (comme les personnes n'ayant pas encore l'âge légal) ne relèvent pas du champ d'application des protections des droits de la personne touchant l'âge.

- En ce qui a trait, par exemple, à la distribution des prestations comme les prestations de retraite, les indemnités d'assurance ou les prestations d'invalidité, on a tendance à accorder autant d'importance ou même plus aux considérations économiques qu'au droit à l'égalité en matière d'âge⁵.
- On justifie par ailleurs parfois la discrimination fondée sur l'âge en alléguant que tous en souffriront à un certain moment au cours de leur vie, de sorte que tous finiront par vivre la même situation⁶.
 - En d'autres termes, il est allégué que la discrimination contre les personnes âgées devrait être tolérée parce qu'elles ont déjà profité des avantages qu'on leur refuse au cours de la vieillesse⁷.
- La discrimination fondée sur l'âge est également présentée comme une tendance moins préjudiciable parce qu'elle est considérée comme une discrimination contre soi-même ou notre « situation future », plutôt que « contre d'autres groupes bien définis dont l'oppression pourrait s'avérer avantageuse pour nous » [trad.]⁸.

Dans le contexte de l'emploi, la discrimination fondée sur l'âge influe sur les décisions concernant l'embauche, la promotion, la formation et le licenciement, ainsi que sur les politiques de retraite obligatoire.

Comme les employeurs reconnaissent rarement l'âge comme un facteur dans leurs décisions en matière d'embauche ou de licenciement, la discrimination fondée sur l'âge dans le domaine de l'emploi a été difficile à démontrer⁹, sans l'existence d'une preuve claire de discrimination¹⁰.

Dans le contexte de l'emploi, la discrimination fondée sur l'âge influe sur les décisions d'embauche, de promotion, de formation et de licenciement, ainsi que sur les politiques de retraite obligatoire.

1.1 Définitions du terme « âge »

L'âge est un motif protégé dans l'ensemble des autorités compétentes du domaine des droits de la personne au Canada¹¹, qui est également protégé en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*).

La *Loi* ne définit pas l'âge et elle ne fait pas état d'une fourchette d'âges pour assurer la protection de l'âge, de sorte que par implication, la *Loi* étend la protection de l'âge à tous les groupes d'âge, moyennant quelques restrictions¹². Les personnes d'âge avancé sont plus vulnérables à un traitement discriminatoire fondé sur l'âge, mais les personnes de tous les groupes d'âge peuvent devenir victimes de discrimination fondée sur l'âge.

La littérature sur la discrimination fondée sur l'âge définit trois catégories d'âge qui nous aident à comprendre la portée et le sens de l'âge en tant que motif de discrimination, notamment :

L'âge chronologique – Cela précise le nombre d'années qu'une personne a vécues à partir de la date de sa naissance. Une personne peut ainsi avoir un âge biologique de 25, de 51 ou de 77 ans, selon le temps chronologique et le nombre d'années vécues.

- Les politiques d'emploi liées à l'âge et les pratiques fondées sur l'âge en matière de logement et de services utilisent l'âge chronologique pour établir les priorités et prendre des décisions au sujet des personnes de certains groupes d'âge.
- Une telle approche entraîne souvent un traitement discriminatoire, car elle utilise l'âge chronologique comme indicateur général de la compétence ou de la capacité et ignore les différences entre les personnes du même âge.

Les décisions et les politiques qui touchent les personnes âgées, comme la retraite obligatoire, ne tiennent typiquement pas compte de l'âge biologique ou des capacités et de la compétence individuelles, et utilisent l'âge chronologique comme critère.

L'âge biologique – Cela correspond à l'âge de la capacité d'une personne, c'est-à-dire sa vigueur, son aptitude au travail et les autres compétences que possède une personne, peu importe son âge chronologique.

- Les décisions et les politiques qui influent sur les personnes âgées, comme la retraite obligatoire, ne tiennent généralement pas compte de l'âge biologique ni de la capacité et des compétences individuelles, et utilisent l'âge chronologique comme critère.

L'âge social – Les gérontologues (ceux qui étudient le vieillissement) utilisent le terme « âge social » pour décrire la façon dont l'âge est vu par la société.

- Certaines normes sociales sont rattachées à chaque groupe d'âge et les comportements sont jugés appropriés ou non appropriés en fonction de l'âge.
- L'âge désigne une construction sociale parce que les caractéristiques, la capacité et les compétences inhérentes d'une personne sont négligées et réduites à des hypothèses sociétales au sujet de l'âge.
- Dans le même ordre d'idées, cette approche aboutit à des stéréotypes fondés sur l'âge; elle divise la vie en stades, rattachant des rôles sociaux fixes à chaque étape de la vie.

L'âgisme peut prendre de nombreuses formes, notamment des attitudes préjudiciables, une conduite discriminatoire ou des politiques et des pratiques institutionnelles validant les opinions stéréotypées au sujet des personnes âgées.

- Les récompenses et les responsabilités sont donc distribuées de façon différente à chaque groupe d'âge, ce qui transforme l'âge biologique en âge social¹³.

1.2 L'âgisme et la discrimination fondée sur l'âge

La discrimination fondée sur l'âge a généralement trait à un désavantage fondé sur l'âge dans l'emploi, les services ou le logement; l'âgisme, par contre, selon le sens généralement prêté au terme, a davantage trait aux attitudes individuelles et sociales à l'égard de l'âge, ce qui se traduit par des stéréotypes et une discrimination fondés sur l'âge.

Même si les termes comme *racisme* et *sexisme* sont intégrés dans le vocabulaire de la discrimination, le terme *âgisme* est moins communément utilisé en raison de l'importance moindre accordée à l'âge comme motif de discrimination¹⁴.

L'âgisme se manifeste dans les stéréotypes et les mythes, le mépris absolu et l'aversion, ou simplement l'évitement subtil de contacts. De telles attitudes se traduisent par des pratiques discriminatoires en matière d'emploi, de logement et de services.

Le terme *âgisme* a été proposé par le gérontologue américain Robert Butler.

- Dans un article de revue publié en 1969, Butler a défini l'âgisme en tant que préjugé par un groupe d'âge à l'endroit d'autres groupes d'âge et une forme de sectarisme que nous [...] avons tendance à ignorer » [trad.]¹⁵.
- Butler a fait observer la nature intersectionnelle de l'inégalité des âges, signalant l'entremêlement complexe de la discrimination fondée sur la classe, la couleur et l'âge.
- Dans des travaux ultérieurs, Butler a avancé que la vision restrictive que la société a de la vieillesse découle de stéréotypes, de l'exclusion et de la peur des personnes âgées¹⁶.

Certains érudits ont employé le terme « âgisme implicite » pour décrire les façons subtiles dont opère le préjugé fondé sur l'âge.

- À l'instar de tous les préjugés, l'âgisme est intégré dans les façons de penser et le comportement :
 - « les hypothèses tacites, les mythes qui persistent, l'imagerie et l'iconographie populaires, et l'acceptation par la société d'un déclin inévitable en fonction de l'âge¹⁷ [trad.] ».
- Les attitudes à l'égard de l'âge sont intériorisées et se manifestent dans les contacts personnels entre individus ou groupes.

À l'échelon institutionnel, ces attitudes transparaissent dans les politiques et les structures juridiques, politiques et médicales, et celles de l'éducation et de l'aide sociale.

- À l'échelon institutionnel, ces attitudes transparaissent dans les politiques et les structures juridiques, politiques et médicales, et celles de l'éducation et de l'aide sociale¹⁸.
- Le modèle médical de l'âge et de l'âgisme, qui considère l'âge comme un problème, a engendré des perceptions négatives vis-à-vis des personnes âgées et a gêné leur inclusion sociale.
- Même si la nouvelle économie axée sur le savoir privilégie généralement les jeunes et se révèle discriminatoire contre les travailleurs âgés¹⁹, la discrimination fondée sur l'âge et l'âgisme agissent contre tous les groupes d'âge, y compris les jeunes.
 - Par exemple, la Cour suprême du Canada a statué dans une affaire importante, rejetant les arguments de discrimination contre de jeunes adultes, que les jeunes, en tant que classe, n'ont pas été marginalisés ou sous-évalués dans le passé²⁰.

1.3 Stéréotypes fondés sur l'âge et le vieillissement

Les stéréotypes fondés sur l'âge et le vieillissement sont répandus dans les attitudes sociales et les pratiques institutionnelles. Les stéréotypes en question contribuent aux prises de décisions en milieu de travail et à la répartition des avantages sociaux; ils stigmatisent les personnes âgées et les distinguent d'autrui en vue d'un traitement social inégal.

En créant des hypothèses négatives au sujet des personnes âgées, les stéréotypes fondés sur l'âge traitent le vieillissement comme un problème et soulignent ses conséquences défavorables pour la société.

Les stéréotypes gênent l'empathie, privant les gens de l'expérience des autres même si, comme dans le cas de l'âgisme, les « autres en question sont ce que nous deviendrons dans l'avenir » [*trad.*].

- Par exemple, il est supposé que l'âge diminue l'aptitude au travail d'une personne, ses niveaux de compétence, sa force physique et sa capacité cognitive²¹. Les personnes âgées sont également considérées comme des êtres incapables d'acquérir de nouvelles compétences.
- Il est postulé que la proportion d'aînés augmente et que chaque emploi occupé par un travailleur âgé représente un emploi de moins pour les jeunes travailleurs²².
 - Ce stéréotype est lié à l'idée du « destin démographique » ou de la « démographie apocalyptique », qui crée une panique sociale et un préjugé, la supposition étant que les jeunes générations devront fournir un soutien aux groupes âgés de la population²³. [*trad.*]
- On présume que les personnes âgées à la retraite ont moins de besoins financiers que les personnes actives sur le marché du travail; l'argument est invoqué pour rationaliser les taux des régimes de retraite publics qui sont au niveau de la pauvreté ou au-dessous du niveau de la pauvreté²⁴.

- On croit que les travailleurs âgés deviennent moins prudents au travail au fur et à mesure qu'ils vieillissent et qu'ils sont plus susceptibles de développer une incapacité.

En insistant sur l'importance de l'égalité et de la dignité humaine de tous les groupes, les lois sur les droits de la personne contestent ces stéréotypes de l'âge et des personnes âgées²⁵.

En insistant sur l'égalité et la dignité humaine de tous les groupes, les lois sur les droits de la personne contestent ces stéréotypes de l'âge et des personnes âgées.

Dans les décisions *McKinney* et *Stoffman*²⁶, la Cour suprême du Canada a implicitement accepté que les professionnels âgés (professeurs et médecins, respectivement, dans les deux affaires) ne se trouvent pas « à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées », appuyant l'idée que la créativité diminue avec l'âge.

- La Cour suprême a reconnu que le déclin des niveaux de compétence attribuable à l'âge varie entre les personnes, mais elle a rejeté le recours à des examens de la compétence ou à des évaluations du rendement pour évaluer la compétence individuelle des employés.
- Les juges dissidents dans l'arrêt *Stoffman* ont rejeté le stéréotype fondé sur l'âge inhérent à la retraite obligatoire ou l'idée qu'une personne devient moins apte au travail lorsqu'elle atteint l'âge de la retraite :
 - « Forcer une personne à mettre fin à sa carrière simplement en raison de son âge ne saurait résister à un examen fondé sur la *Charte* puisque l'âge ne détermine pas les capacités ou la compétence [...]. On ne devient pas moins compétent le lendemain de son 65^e anniversaire que la veille de celui-ci. Fondamentalement, il s'agit d'une question de dignité personnelle et de justice. »

1.4 Intersectionnalité et discrimination fondée sur l'âge

L'intellectuelle féministe noire Kimberlé Crenshaw a formulé la théorie de l'intersectionnalité, laissant entendre que les deux réalités qu'elle a vécues (être noire et être une femme) ont convergé ou se sont croisées pour créer son identité.

Le désavantage de l'âge chez les personnes âgées a souvent une intersection avec d'autres caractéristiques personnelles les définissant, comme le genre, la race, l'incapacité et la classe (condition sociale), pour ajouter à l'expérience de discrimination qu'elles vivent.

« Différents types de discrimination – notamment le racisme, le sexisme, l'âgisme, le capacitisme et l'homophobie – interagissent, créant des couches d'oppression dans les vies de personnes et de groupes. Cette oppression est renforcée par les systèmes économique, juridique, médical, commercial et autre. Si nous ne contestons pas cette stigmatisation, nous la reproduisons. »

– Ashton Applewhite,
Voir Note en fin de texte 17

Comme l'ont établi rapidement les études sur le vieillissement, les femmes d'âge avancé font l'objet de « deux poids deux mesures quant au vieillissement » ou d'un obstacle double, parce que l'âge et le genre se recourent pour créer des structures plus complexes de désavantage²⁷.

Dans le cas des femmes âgées racisées, la race devient un troisième facteur supplémentaire de désavantage.

- Même si l'intersectionnalité rend l'expérience de la discrimination fondée sur l'âge plus grave pour les personnes, elle fait parfois en sorte que l'âge est considéré comme un motif qui mérite moins d'attention que la race et le genre, par exemple.
- En d'autres termes, l'âge se perd dans les motifs plus facilement reconnus, comme le genre et la race.
 - Cela a pour effet de rendre l'âge invisible comme indicateur de l'identité ou de se faire ignorer lorsqu'il est question de s'attaquer à la discrimination.
 - On considère aussi que le désavantage de l'âge est un facteur moins sérieux en alléguant que les personnes âgées n'ont pas eu à faire face à la discrimination structurée historique dont les femmes et les races non blanches ont souffert par la voie de lois sexistes et de racisme institutionnalisé, respectivement.
 - Les études ont toutefois révélé que les personnes âgées ont elles aussi été désavantagées dans le passé, mais que leur marginalisation historique est demeurée invisible aux yeux du public²⁸.
- La gérontologie et la science médicale ont déterminé que le vieillissement biologique est lié à des facteurs sociaux et qu'il n'est pas prédéterminé par l'hérédité.
 - Le statut socioéconomique inférieur d'une personne, par exemple, détermine son vieillissement, ce qui rattache le motif de l'âge à d'autres motifs protégés comme la condition sociale²⁹.
- Les politiques d'emploi fondées sur l'âge, comme la retraite obligatoire, créent plus de désavantages pour certains groupes, comme les femmes et les immigrants.
 - Les carrières de maintes femmes ont été abrégées parce que celles-ci ont pris des pauses pour élever leurs enfants et se charger de responsabilités familiales, ce qui les a empêchées d'accumuler suffisamment de prestations de retraite à l'âge conventionnel de la retraite³⁰.
 - De nombreux programmes sociaux ont été conçus à une époque où la main-d'œuvre était principalement masculine, de sorte que ces programmes désavantagent les travailleuses de par leur nature même³¹.

Les politiques d'emploi basées sur l'âge comme la retraite obligatoire créent plus un désavantage chez certains groupes, comme les femmes et les immigrants de première génération.

De nombreux programmes sociaux ont été conçus à une époque où la main-d'œuvre était principalement masculine, de sorte que ces programmes désavantagent les travailleuses par leur nature même.

- Les femmes sont aussi plus vulnérables à l'âgisme et à la discrimination fondée sur l'âge en raison de leur prédominance dans le secteur des services, qui privilégie la jeunesse et la beauté, et sous-évalue les femmes âgées³².
- De même, les immigrants de première génération tendent souvent à avoir des carrières plus brèves dans la population active canadienne, ce qui restreint leurs accès aux régimes de retraite publics et aux autres prestations, et les oblige à continuer à travailler au-delà de la retraite.

1.5 Discrimination fondée sur l'âge et droit international

Les droits des personnes âgées sont implicitement protégés dans la *Charte internationale des droits de l'homme*³³.

- Aucun document des Nations Unies ayant force obligatoire n'accorde toutefois des protections particulières aux personnes âgées³⁴.
- Les Nations Unies ont rendu publics des résolutions, des principes et des plans³⁵ visant la protection des personnes âgées, mais ceux-ci n'imposent aucune obligation juridique aux États membres pour combattre la discrimination fondée sur l'âge³⁶.
- Les États membres ne sont en conséquence pas obligés d'inclure la situation des personnes âgées dans leurs rapports aux organismes s'intéressant aux droits de la personne des Nations Unies.
- L'exclusion de la discrimination fondée sur l'âge des traités et des conventions des Nations Unies relatifs aux droits de la personne accorde aux législatures des États la liberté de réglementer la discrimination fondée sur l'âge uniquement en fonction de considérations nationales internes.

La *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles* (1990) est la seule convention des Nations Unies qui interdit la discrimination fondée sur l'âge dans le contexte restreint des travailleurs migrants.

1.6 Bonnes pratiques pour éviter la discrimination fondée sur l'âge

Voici de bonnes pratiques générales recommandées pour prévenir la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi.

- Les annonces de postes ne devraient pas inclure de limite d'âge, implicitement ou explicitement, ni y faire allusion.
- L'embauche devrait être faite et être jugée être faite en fonction de la capacité et non de l'âge.

- On devrait s'appuyer sur des évaluations du rendement individualisées plutôt que sur l'âge des employés pour évaluer leur compétence au travail ou leur aptitude à travailler.
- Les travailleurs âgés risquant de perdre leur poste devraient avoir l'option de participer à des programmes efficaces de recyclage ou de préparation à la retraite et d'effectuer une retraite flexible ou progressive.
- La retraite obligatoire ne devrait pas être implicitement ni explicitement imposée aux employés.
 - Une vaste part de la littérature contre l'âgisme soutient que la retraite obligatoire devrait être remplacée par des conditions de travail plus flexibles, comme une retraite progressive (ou flexible), une « décennie de retraite » [*trad.*] et du travail à temps partiel pour éviter « l'effet falaise » [*trad.*] traumatisant du passage du travail à temps plein à une retraite complète³⁷.

1.7 Pratiques qui témoignent de discrimination fondée sur l'âge

Les politiques ou les pratiques des milieux de travail que les cours et les tribunaux considèrent comme une preuve de parti pris en fonction de l'âge ou de discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi comprennent, entre autres, les situations suivantes :

Les employeurs doivent mettre en place des politiques neutres sur le plan de l'âge qui favorisent des possibilités égales peu importe l'âge; les politiques devraient être basées sur la compétence individuelle plutôt que sur des critères de rechange liés à l'âge.

- Une personne plus jeune remplace un employé licencié âgé au même poste ou à un poste similaire.
- Des plaintes soudaines et injustifiées au sujet du poste d'un travailleur âgé au moment d'une réduction de l'effectif ou d'une restructuration du lieu de travail³⁸.
- Des commentaires, des allusions ou des insinuations de la direction témoignant clairement d'hypothèses âgistes ou de préjugés à l'égard de l'âge.
- Des documents officiels ou des notes de service montrant des preuves de politiques, de pratiques ou d'attitudes discriminatoires fondées sur l'âge.
- Une tendance vers l'élimination des travailleurs âgés du lieu de travail³⁹.

2.0 Principes généraux de la jurisprudence sur la discrimination fondée sur l'âge

L'âge est un motif protégé au titre des droits à l'égalité au paragraphe 15(1) de la *Charte*⁴⁰. De même, les 14 lois canadiennes sur les droits de la personne incluent l'âge comme motif de distinction illicite.

Ni le paragraphe 15(1) de la *Charte* ni aucune des lois sur les droits de la personne ne précisent une limite ou une fourchette d'âges dans leurs garanties relatives à la protection de l'âge. Théoriquement, donc, tous les groupes d'âge sont inclus dans ces protections⁴¹, avec certaines restrictions.

2.1 Application et portée de la *Charte*

Suivant son paragraphe 32(1), la *Charte* s'applique à tous les domaines « relevant » du Parlement et du gouvernement fédéral, y compris le gouvernement et la législature de chaque province.

- La portée de la *Charte* englobe donc les ministères (fédéraux et provinciaux) ainsi que les lois et politiques adoptées par les législatures du gouvernement fédéral et des provinces.
 - L'application de la *Charte* à certains secteurs, comme les universités et les hôpitaux, est sujette à interprétation et dépend de l'étendue du contrôle que le gouvernement exerce sur ces organismes.
 - Lorsque des plaintes touchent des aspects ne relevant pas de la *Charte*, la discrimination, y compris la discrimination fondée sur l'âge, est contestée en vertu des lois sur les droits de la personne de chaque province et territoire ou du gouvernement fédéral, selon le cas.
 - La Commission ne possède pas le pouvoir d'appliquer les droits garantis en vertu de la *Charte*. Les tribunaux veillent généralement à l'application de ces droits.

La *Charte* garantit les droits à l'égalité sur le plan de l'âge et toutes les autorités régissant les droits de la personne au Canada classifient l'âge comme un motif protégé de distinction. La *Charte* s'applique au secteur public, aux lois et aux politiques gouvernementales, mais elle ne s'applique pas aux entités privées.

2.2 Approche judiciaire de la discrimination fondée sur l'âge en vertu de la *Charte* et des lois sur les droits de la personne

Même si la jurisprudence sur la discrimination fondée sur l'âge comporte certaines incohérences internes, les décisions des cours et des tribunaux ont abouti aux approches générales qui suivent face aux divers aspects de la discrimination fondée sur l'âge.

1) Argument de l'exigence reconnue comme étant réellement requise de discrimination fondée sur l'âge. L'argument de l'exigence reconnue comme étant réellement requise (ERRR) (*bona fide*) est crucial dans les plaintes contre la discrimination fondée sur l'âge en vertu des lois sur les droits de la personne.

Les droits et les libertés conférés dans la *Charte* sont assujettis « aux limites raisonnables prescrites par la loi pouvant être manifestement justifiées au sein d'une société libre et démocratique ».

- Pour que l'argument de l'ERRR soit retenu, les employeurs doivent démontrer qu'ils ont traité un employé âgé différemment afin de satisfaire à une exigence professionnelle (liée au travail) étant réellement requise⁴².
- Les tribunaux analysent rigoureusement les allégations d'exigences reconnues comme étant réellement requises et les employeurs doivent fournir une preuve tangible à l'appui de leurs allégations d'exigences reconnues comme étant réellement requises.
- Outre l'argument de l'ERRR, les employeurs doivent démontrer qu'ils ont exploré toutes les autres solutions pratiques avant de mettre à exécution la règle ou la pratique de discrimination fondée sur l'âge. (Pour plus de renseignements sur les exigences reconnues comme étant réellement requises, consulter la section 4.0.)

2) « Limites raisonnables » en vertu de la *Charte* et de l'ERRR dans les lois sur les droits de la personne : Dans une plainte de discrimination fondée sur l'âge déposée en vertu de la *Charte*, les tribunaux peuvent justifier les violations des droits à l'égalité visant l'âge prévus au paragraphe 15(1) en vertu de l'exception des « limites raisonnables » à l'article premier de la *Charte*, qui est considérée comme l'équivalent de l'exception d'une ERRR au titre des lois sur les droits de la personne⁴³.

Exemple de jurisprudence – Pour justifier une règle de discrimination fondée sur l'âge, les employeurs doivent démontrer que la règle est rationnellement liée à son objectif, qu'elle est raisonnable et a été instituée de bonne foi, et qu'elle a des répercussions défavorables minimales sur les personnes qu'elle touche : Selon les dispositions de leur convention collective, des infirmières âgées de plus de 65 ans avaient droit à des prestations de retraite et des indemnités d'assurance réduites⁴⁴. L'arbitre a convenu que les dispositions contrevenaient au paragraphe 15(1) de la *Charte*, mais

qu'elles étaient justifiées en vertu de l'exception prévue à son article premier. Appliquant le critère établi dans l'arrêt Oakes⁴⁵, l'arbitre a déterminé que le programme de prestations en fonction de l'âge était rationnellement lié à l'objectif d'abolir la retraite obligatoire et d'accorder des prestations raisonnables à tous les employés. Même si des régimes de prestations moins discriminatoires étaient offerts dans d'autres endroits, la municipalité n'était pas obligée d'adopter le « moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif » en vertu du critère de l'atteinte minimale de l'arrêt Oakes. Les répercussions financières négatives qu'avaient subies les infirmières âgées ne dépassaient pas les effets bénéfiques que les dispositions avaient eus sur les régimes de retraite et d'assurance.

3) Régimes d'avantages sociaux et discrimination fondée sur l'âge : Les

tribunaux ont hésité à appliquer une évaluation individualisée aux causes de discrimination fondée sur l'âge touchant des régimes d'avantages sociaux comme les assurances, la retraite et les congés de maladie ou d'invalidité. (Pour plus de renseignements sur les régimes de retraite, voir la section 3.0.)

Dans les plaintes relatives à la discrimination touchant la distribution de prestations, les tribunaux cherchent à établir un équilibre entre les considérations socioéconomiques des régimes de prestations et les droits à l'égalité sur le plan de l'âge des travailleurs âgés.

- Les tribunaux considèrent la viabilité économique de ces régimes et l'effet général des régimes en question sur tous les groupes d'employés plutôt que sur les employés touchés en raison de leur âge seulement.
- Les préjudices individuels que subissent les travailleurs âgés sont parfois jugés justifiés en raison du bien public accru que les régimes d'avantages sociaux visent à offrir.
- Les fournisseurs des régimes d'assurance, de retraite et d'avantages sociaux pourraient devoir faire état de données statistiques pour justifier les règles, les prestations ou les dispositions relatives aux primes ou aux cotisations qui désavantagent certains groupes en fonction de leur âge.
- Les fournisseurs de régimes doivent justifier que les dispositions discriminatoires fondées l'âge dans les régimes d'avantages sociaux sont raisonnablement nécessaires pour que les régimes fonctionnent et soient économiquement viables.
- La Cour suprême du Canada a souligné que l'opportunisme opérationnel ne peut pas à lui seul remplacer les valeurs liées aux droits de la personne et que les fournisseurs de régimes doivent démontrer qu'ils ont

La Cour suprême du Canada a souligné que les valeurs liées aux droits de la personne ne peuvent pas être supplantées par l'opportunisme opérationnel à lui seul et que les fournisseurs des régimes de retraite doivent montrer qu'ils ont exploré toutes les autres solutions de rechange pratiques avant d'adopter une règle exerçant une discrimination fondée sur l'âge.

exploré toutes les autres solutions pratiques avant de mettre en vigueur une règle discriminatoire fondée sur l'âge⁴⁶.

Exemple de jurisprudence – Si la preuve statistique appuie le caractère raisonnable d'une police d'assurance liée à l'âge, une règle à première vue discriminatoire fondée sur l'âge dans la police sera justifiée : Le plaignant avait allégué que sa compagnie d'assurance lui imposait des primes supérieures pour son assurance automobile parce qu'il était un homme célibataire âgé de moins de 25 ans; les primes étaient établies en fonction de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial, et exerçaient donc de la discrimination fondée sur ces motifs⁴⁷. Selon la Cour suprême du Canada, les primes d'assurance supérieures imposées aux jeunes conducteurs non mariés constituaient à première vue une discrimination en vertu du Code des droits de la personne de l'Ontario, mais les taux discriminatoires étaient protégés par l'article 21 (désormais l'article 22) du Code, qui permet de faire des distinctions raisonnables et justifiées, dans l'assurance automobile, en fonction de l'âge, du sexe, de l'état matrimonial, de l'état familial ou un handicap. La preuve statistique présentée à la cour a démontré que les jeunes conducteurs étaient impliqués dans des accidents plus graves que les autres conducteurs, ce qui haussait les demandes d'indemnisation liées à ces groupes; les primes supérieures étaient donc basées sur des pratiques d'assurance avisées et reconnues. Comme on ne disposait d'aucune autre donnée statistique de rechange sur la classification des risques, la compagnie d'assurance avait raison d'imposer des primes supérieures aux jeunes conducteurs. L'opinion dissidente dans le jugement a souligné le fait que l'on n'a pas examiné séparément dans les statistiques utilisées par les assureurs les critères de l'âge, du sexe et de l'état matrimonial pour déterminer le risque et que l'industrie des assurances s'était fiée aux mythes et aux stéréotypes fondés sur l'âge pour imposer sa norme. Comme autre solution, la compagnie d'assurance aurait pu établir des taux pour les conducteurs de moins de 25 ans en fonction du profil d'accidents et de l'expérience de chaque conducteur.

Exemple de jurisprudence – Si un régime d'avantages sociaux fait de la discrimination fondée sur l'âge, les fournisseurs du régime doivent fournir la preuve que la règle liée à l'âge est essentielle au fonctionnement économique du régime : Un régime de congés de maladie qui refusait des congés aux personnes de plus de 55 ans a été jugé discriminatoire en fonction de l'âge⁴⁸. Le Saskatchewan Human Rights Code interdit la discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi, mais l'article 16 du Code prévoit que l'interdiction ne devrait pas rendre « inopérante une condition » [trad.] d'un régime d'assurance d'employés ou d'un groupe normal. La cour a déterminé que le régime de maladie de l'employeur ne répondait pas au critère objectif d'une exigence professionnelle réelle (établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Etobicoke)⁴⁹, c'est-à-dire que la disposition discriminatoire fondée sur l'âge doit être « raisonnablement nécessaire » pour que le régime d'avantages sociaux fonctionne de manière viable et économique.

Exemple de jurisprudence – Si une règle fondée sur l'âge dans un régime d'avantages sociaux n'a pas d'incidence sur les besoins financiers généraux des personnes touchées par la règle, une preuve individuelle de préjudice pourrait ne

pas s'avérer suffisante pour démontrer que la règle est discriminatoire : Les veuves des membres décédés d'un régime avaient contesté la constitutionnalité de deux lois qui réduisaient leurs prestations supplémentaires de décès du gouvernement fédéral proportionnellement pour chaque année que leurs maris avaient plus de 60 et de 65 ans, respectivement, lors de leur décès⁵⁰. La Cour suprême du Canada a confirmé les lois et a rejeté la nécessité d'une évaluation individuelle au cas par cas. S'appuyant sur le critère de l'arrêt Kapp⁵¹, la Cour suprême a reconnu que les dispositions établissaient une distinction fondée sur l'âge, mais qu'il n'existait pas de preuve de stéréotype et de préjugé; de plus, les prestations de décès supplémentaires répondaient aux besoins généraux des épouses survivantes.

4) Stéréotypes, préjugé et perte de dignité dans les plaintes de discrimination fondée sur l'âge :

Il peut être difficile de prouver une discrimination fondée sur l'âge, à moins que les plaignants ne puissent présenter une preuve claire et substantielle de désavantage et de négligence délibérés de la part des employeurs.

Pour prouver une discrimination fondée sur l'âge, les demandeurs doivent démontrer qu'ils ont été traités de façon différente en raison d'une caractéristique liée à l'âge et que le traitement subi était basé sur un stéréotype et a causé un préjudice.

- Les stéréotypes, les préjugés et les atteintes à la dignité à cause de la discrimination fondée sur l'âge ont été difficiles à quantifier sur le plan juridique.
- En l'absence d'autres circonstances à l'appui, les préjudices individuels dont a souffert un plaignant pourraient ne pas suffire pour statuer qu'il y a eu une discrimination fondée sur l'âge.

Exemple de jurisprudence – Les atteintes à la dignité personnelle et les répercussions émotionnelles/psychologiques néfastes des règles d'aide sociale liées à l'âge sont difficiles à démontrer : Le plaignant avait déposé une poursuite en recours collectif au nom d'environ 85 000 personnes dont les taux des prestations d'aide sociale avaient diminué pour se situer au-dessous des niveaux de subsistance en vertu d'une disposition du Règlement sur l'aide juridique du Québec⁵².

✓ Le Règlement a réduit les taux des prestations d'aide sociale des célibataires aptes au travail âgés de 18 à 30 ans; les bénéficiaires avaient l'option d'accroître leur montant d'aide sociale en participant à l'un des trois programmes d'éducation et de formation professionnelle.

Pour statuer qu'il y a discrimination fondée sur l'âge, les tribunaux ont besoin d'une preuve tangible d'existence de stéréotypes fondés sur l'âge et de préjudice contre un plaignant.

✓ Les plaignants ont allégué que le Règlement était discriminatoire en vertu des dispositions qui suivent : l'article 7 de la Charte (droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne); le paragraphe (1) de la Charte (égalité) et l'article 45 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec (assistance financière assurant un niveau de vie décent).

- ✓ Dans une décision partagée, la Cour suprême du Canada a statué que le Règlement du Québec ne contrevenait pas au paragraphe 15(1) de la Charte. La Cour suprême a rejeté l'argument que le Règlement marginalisait les jeunes bénéficiaires de l'aide sociale, qu'il les plaçait dans une situation de risque physique et psychologique, et qu'il violait leur dignité. Le Règlement visait à fournir une formation aux jeunes pour les intégrer dans la population active; ces derniers avaient l'option d'accroître leurs prestations en participant aux programmes de formation. La cour n'a pas trouvé de preuves d'effet préjudiciable du Règlement; les antécédents d'itinérance et de pauvreté du principal plaignant ont été attribués à des « problèmes personnels » plutôt qu'à des failles du système d'aide sociale⁵³.
- ✓ L'opinion dissidente dans l'affaire n'a relevé aucune faille dans la preuve fournie et a souligné les problèmes existant dans les règles d'admissibilité aux programmes de formation. Elle a souligné que le programme infligeait un préjudice psychologique et physique (en fournissant des moyens de subsistance inadéquats), avait une incidence sur la dignité humaine et stéréotypait les jeunes. Le programme violait également l'article 7 de la Charte, qui impose au gouvernement une obligation indéniable de fournir une aide sociale adéquate aux bénéficiaires admissibles.

Exemple de jurisprudence – Les stéréotypes fondés sur l'âge et la perte financière dont souffrent des personnes sont jugés insuffisants pour la confirmation d'une discrimination :

Suivant une disposition de la Loi sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail de l'Ontario, on avait mis fin aux prestations pour perte de gains (PG) d'un employé (lui étant payées en raison d'un accident de travail) quand il a eu 65 ans parce qu'il avait subi l'accident à l'âge de 63 ans⁵⁴. La disposition en question assujettissait à une limite de deux ans les prestations pour PG découlant d'un accident de travail subi par les travailleurs âgés de 63 ans ou plus. Le travailleur a prétendu que l'article exerçait une discrimination fondée sur l'âge et qu'il contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte.⁵⁵ Le tribunal a conclu que même si la Loi créait une distinction fondée sur l'âge, elle n'était pas discriminatoire ou fondée sur un préjugé et des stéréotypes. Aucune violation de la Charte n'a été constatée et la limite de deux ans a été jugée « une mesure efficace pour répondre aux besoins réels du groupe dans son ensemble de manière financièrement avisée et responsable [trad.]⁵⁶. »

L'opinion dissidente dans l'affaire a jugé l'article discriminatoire parce qu'il omettait « de prendre en compte la situation déjà désavantagée du demandeur au sein de la société canadienne à titre de travailleur âgé [...], ce qui perpétuait ou appuyait l'opinion que la personne en question est moins apte ou qu'elle méritait moins de reconnaissance ou avait moins de valeur en tant qu'être humain ou membre de la société canadienne » [trad.].

Exemple de jurisprudence – Une disposition visant des prestations liée à l'âge n'a pas violé la dignité humaine et ne constituait pas une preuve adéquate de discrimination fondée sur l'âge : La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a statué que le paragraphe 32.8(5) de la Loi sur les accidents du travail du Nouveau-Brunswick, qui

gèle les versements des paiements d'indemnités de longue durée lorsqu'un travailleur blessé atteint 65 ans, ne violait pas le paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'elle ne portait pas atteinte à la dignité humaine des personnes de plus de 65 ans et ne marginalisait pas non plus les travailleurs âgés en fonction de leur âge⁵⁷.

- 5) Discrimination fondée sur l'âge à l'égard de jeunes groupes :** La discrimination fondée sur l'âge contre les jeunes personnes s'est avérée difficile à établir auprès des tribunaux parce que ces groupes ne sont généralement pas considérés comme des groupes d'âge historiquement marginalisés.

Exemple de jurisprudence – La Cour suprême ne confirme pas l'existence de stéréotypes à l'égard de jeunes personnes : En vertu du Régime de pensions du Canada (RPC), un conjoint ou une conjointe doit être âgé d'au moins 35 ans pour avoir droit à la pension de conjoint survivant⁵⁸. La plaignante était devenue veuve à l'âge de 30 ans, de sorte qu'elle s'était vu refuser la pension de conjointe survivante. Elle a allégué que la disposition du RPC était discriminatoire en fonction de l'âge en vertu du paragraphe 15(1) de la Charte. La Cour suprême du Canada a reconnu que le paragraphe 15(1) empêche les violations de la dignité humaine et interdit les stéréotypes, les préjugés et les désavantages. Toutefois, la cour a souligné que, même si la disposition du RPC établissait une distinction fondée sur l'âge, les jeunes personnes n'étaient historiquement pas marginalisées et faisaient face à moins de risque de désavantage à long terme que les personnes âgées. La disposition visait à faciliter l'existence aux veufs et veuves âgés, et elle n'établissait pas de stéréotypes, n'excluait pas les adultes de moins de 35 ans et ne les dévalorisait pas.

- 6) Congédiement d'employés âgés à cause du rendement :** Si un employeur peut démontrer au moyen d'une preuve concluante que le licenciement d'un employé âgé était attribuable à des problèmes de rendement, il sera difficile d'établir l'existence de discrimination fondée sur l'âge.

Pour justifier le renvoi d'un employé âgé en raison de problème de rendement, un employeur doit fournir une preuve claire des présumés problèmes de rendement.
--

- Cependant, si un travailleur âgé est congédié à cause de problèmes de rendement, la norme de rendement utilisée pour la prise d'une telle décision doit être appliquée avec uniformité, équité et égalité à tous les groupes d'âge.
- Si l'on embauche une jeune personne pour pourvoir le poste d'un travailleur âgé congédié ou que des problèmes de rendement sont soudainement soulevés sans existence d'antécédents de rendement insatisfaisant, les tribunaux seront plus enclins à voir la discrimination fondée sur l'âge comme facteur ayant contribué au traitement préjudiciable.

Exemple de jurisprudence – Le congédiement d’un travailleur âgé à cause de problèmes de rendement était justifié parce que l’employeur avait utilisé des critères d’évaluation généraux identiques pour tous les travailleurs : Un employé de 59 ans ayant de longs états de service a été congédié parce qu’il n’avait pas satisfait aux nouvelles mesures d’évaluation du rendement établies par l’employeur⁵⁹. Le nouveau modèle de travail de l’employeur exigeait de nouvelles compétences et la majorité de l’effectif était constitué d’employés beaucoup plus jeunes. Le tribunal a déterminé que la discrimination fondée sur l’âge n’avait pas constitué un facteur du licenciement : le plaignant avait bénéficié de la même formation que les autres employés; son rendement avait été mesuré au moyen des mêmes normes que les autres employés; et l’employeur n’avait pas contraint les travailleurs âgés à quitter leur emploi⁶⁰.

Avant de discipliner un employé âgé en raison de son rendement, les employeurs doivent fournir des mesures d’adaptation raisonnables à l’employé, comme des options de travail de rechange ou une mutation à un autre poste.

Exemple de jurisprudence – Le congédiement d’un employé âgé a été considéré comme une discrimination fondée sur l’âge parce que l’employeur n’avait pas pu fournir de preuve de mauvais rendement au travail : Le plaignant, un vendeur de 69 ans, était le meilleur employé de l’organisation et son rendement n’avait suscité aucune plainte⁶¹. Il a été licencié à cause de « l’absence de potentiel dans le secteur sous sa responsabilité »; le problème avait toutefois été soulevé la première fois dans la lettre de licenciement. Son poste a ultérieurement été pourvu par une personne plus jeune. La commission d’enquête a jugé que la preuve de discrimination fondée sur l’âge était accablante et aucune autre explication raisonnable pour justifier le licenciement n’était défendable.

Exemple de jurisprudence – L’employeur n’avait pas pris les mesures requises pour faciliter le travail de l’employée âgée, de sorte que son congédiement pour des problèmes de rendement était invalide : L’employeur a congédié une gestionnaire de 59 ans à cause de problèmes de rendement, mais le tribunal a jugé que la discrimination fondée sur l’âge avait constitué un facteur dans le licenciement⁶². L’employée ne possédait pas d’expérience en gestion; elle avait fait l’objet d’une évaluation détaillée du rendement, mais on a tenu une seule réunion pour discuter de ses problèmes de rendement. Aucun plan d’amélioration n’a été préparé et l’employée n’a pas été avisée que son emploi pouvait être en danger. Ces omissions étaient contraires à la politique d’évaluation du rendement de l’employeur, de sorte que la discrimination fondée sur l’âge a été considérée comme un facteur du congédiement.

Exemple de jurisprudence – Le congédiement d’un travailleur âgé ne constituait pas une discrimination fondée sur l’âge parce qu’il existait une preuve claire de rendement insatisfaisant au travail : Une commission d’enquête de l’Ontario a jugé que le congédiement d’un employé âgé était justifié parce qu’il était basé sur un rendement insatisfaisant au travail et parce que l’entreprise apportait des changements pour surmonter ses problèmes financiers⁶³.

7) Programmes spéciaux et discrimination fondée sur l'âge : Les critères liés à l'âge clairement définis dans les conventions collectives, les programmes ou les politiques contreviendront aux lois sur les droits de la personne, à moins qu'ils ne puissent être considérés comme des programmes spéciaux.

S'il est démontré qu'un critère lié à l'âge fait partie intégrante d'un programme spécial légitime, le critère ne sera pas considéré comme discriminatoire en vertu de la loi relative aux droits de la personne.

- Si des mesures à première vue discriminatoires répondent à des exigences légales des programmes spéciaux, elles ne contreviendront pas à la loi sur les droits de la personne. Pour plus de renseignements sur les programmes spéciaux, voir la publication de la Commission intitulée *Les programmes spéciaux et la définition de l'équité et de la discrimination* [[Lignes directrices \(gnb.ca\)](http://lignesdirectrices.gnb.ca)]

Exemple de jurisprudence – Un programme spécial fondé sur l'âge visant à accorder la préférence à des groupes d'âge particulier n'est pas discriminatoire : Une disposition d'une convention collective permettait aux employés ayant 25 ans de service de prendre des congés annuels prolongés à compter de 61 ans; le plaignant qui avait 25 ans de service, mais qui avait moins de 61 ans, alléguait que la disposition exerçait une discrimination fondée sur l'âge contre lui⁶⁴. La Commission a convenu avec l'intimé que les congés annuels accordés aux employés âgés constituaient un programme spécial en vertu de l'article 14 du Code des droits de la personne de l'Ontario. La disposition relative aux congés annuels pré-retraite visait expressément à permettre plus facilement aux travailleurs âgés de faire la transition difficile d'un emploi à temps plein vers une retraite complète.

Exemple de jurisprudence – Si une disposition liée à l'âge ne répond pas aux exigences d'un programme spécial, elle ne sera pas sauvegardée par l'invocation du statut de programme spécial : En guise de mesure de protection des travailleurs âgés, une clause d'une convention collective prévoyait qu'au moins un électricien sur cinq embauchés par l'employeur aurait plus de 50 ans⁶⁵. Lorsque l'employeur a congédié un électricien qui avait plus de 50 ans, le syndicat a déposé un grief alléguant une violation de la convention collective. L'employeur a soutenu que la clause de la convention collective (qui avait été instaurée il y a 30 ans) devait être déclarée nulle, car elle contrevenait au code provincial des droits de la personne en privilégiant un groupe d'âge particulier (travailleurs âgés) au détriment d'un autre (jeunes travailleurs). La commission a jugé que les travailleurs âgés ne constituaient pas un groupe désavantagé et que l'allégation que les travailleurs âgés étaient moins enclins à trouver du travail reposait sur un stéréotype fondé sur l'âge. La commission a également rejeté l'argument voulant que la clause constitue un programme spécial visant à protéger les travailleurs âgés en vertu du paragraphe 14(1) du Code de l'Ontario, car l'existence d'un lien rationnel entre la spécification de l'âge et le but du programme spécial n'a pas été démontrée. La clause protégeant les travailleurs âgés a ainsi été jugée invalide et le congédiement ne contrevenait pas à la convention collective.

- 8) Restructuration des emplois comme prétexte de congédiement d'employés âgés :** Le congédiement d'employés âgés à cause d'une restructuration des emplois pourrait s'avérer discriminatoire, à moins qu'il ne soit démontré que les politiques de discrimination fondée sur l'âge représentent une ERRR ou reposent sur une autre justification raisonnable.

S'il n'est pas démontré qu'une restructuration des emplois constitue une exigence reconnue comme étant réellement requise, le congédiement des travailleurs âgés en vertu de la politique pourrait être jugé discriminatoire.

Exemple de jurisprudence – Si l'on avance qu'une restructuration des emplois justifie une pratique ou une règle discriminatoire fondée sur l'âge, la justification de la règle doit reposer sur une preuve crédible :

Le contrat d'une fonctionnaire de 67 ans n'avait pas été renouvelé lorsque le poste qu'elle occupait a été restructuré⁶⁶. L'employeur a soutenu que le nouveau poste avait été créé pour que les employés puissent assumer de telles fonctions pendant de périodes prolongées de 5, 10 ou 15 ans, et que la plaignante n'était pas susceptible d'occuper le poste pour de telles durées. Selon le tribunal, toutefois, les exigences liées au poste se révélaient discriminatoires contre les employés âgés en vertu du Human Rights Code de l'Alberta et aucune preuve n'avait été présentée pour laisser entendre que la plaignante ne pourrait pas évoluer dans le cadre de telles fonctions et les maintenir. Une discrimination fondée sur l'âge a donc été jugée un facteur dans le congédiement. Cependant, si un employeur peut établir que le traitement différentiel d'un employé est attribuable à des problèmes de rendement plutôt qu'à son âge, il sera plus difficile de démontrer l'existence de discrimination.

- 9) Conduite raisonnable des parties aux plaintes de discrimination fondée sur l'âge :** Pour prendre des décisions basées sur la prépondérance des probabilités, les tribunaux examinent la nature raisonnable de la conduite générale des parties afin de déterminer si une discrimination fondée sur l'âge a constitué un facteur dans le traitement différentiel.

La conduite raisonnable générale des parties représente une considération importante dans l'analyse de la discrimination fondée sur l'âge.

Exemple de jurisprudence – Pour établir une discrimination fondée sur l'âge, les plaignants doivent faire preuve de bonne foi, d'un caractère raisonnable et d'une conduite cohérente : *Un professeur de l'Université du Nouveau-Brunswick avait pris sa retraite à 65 ans⁶⁷. Après qu'une plainte a été déposée auprès de la Commission des droits de la personne, l'Université a accepté de l'employer durant deux autres années universitaires. À la fin des deux années, le professeur a déposé une deuxième plainte auprès de la Commission, alléguant une discrimination fondée sur l'âge parce que l'Université avait refusé de maintenir son emploi. Il a soutenu que l'entente originale était nulle parce qu'elle équivalait à une renonciation aux droits garantis en vertu de la Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick. La Cour d'appel a affirmé que le plaignant avait accepté le règlement de sa première plainte en comprenant pleinement*

sa teneur et que les conditions du règlement étaient claires et exemptes d'ambiguïté. Dans un tel contexte, le règlement était survenu conformément à la Loi et n'équivalait pas à une renonciation illégale de ses protections.

Exemple de jurisprudence – Pour démontrer l'existence de discrimination fondée sur l'âge, un plaignant pourrait devoir démontrer que tous les employés au sein du groupe d'âge ont souffert du même niveau de discrimination : Selon la politique d'un conseil scolaire, les enseignants à la retraite devaient avoir une autorisation d'enseigner le français, la musique, la technologie ou l'éducation de l'enfance difficile s'ils voulaient être engagés comme enseignants suppléants⁶⁸. Toutefois, les nouveaux diplômés en enseignement n'avaient pas besoin de ces autorisations pour figurer sur la liste d'enseignants suppléants. La plaignante, une enseignante à la retraite, s'était vu refuser du travail de suppléance parce qu'elle ne possédait pas les autorisations requises; elle a allégué que la politique était discriminatoire contre les enseignants à la retraite en fonction de leur âge, en vertu du paragraphe 5(1) du Code des droits de la personne de l'Ontario. Le tribunal a jugé que la distinction n'était pas fondée sur l'âge, mais que la préférence était plutôt accordée aux personnes qui avaient le potentiel de devenir des enseignants. De plus, les autres enseignants âgés, comme les enseignants à temps partiel permanents, les enseignants provenant d'autres conseils scolaires et les nouveaux diplômés touchant une pension d'un emploi passé n'étaient eux aussi pas assujettis à l'exigence relative à l'autorisation d'enseigner, ce qui démontrait que l'âge ne constituait pas une considération dans la politique. La décision rendue a laissé supposer que, pour démontrer l'existence à première vue de discrimination fondée sur l'âge dans l'emploi, un plaignant pourrait devoir démontrer que la discrimination touchait tous les travailleurs âgés.

10) Les tribunaux des droits de la personne ont une compétence concurrente pour entendre les plaintes de discrimination basées sur des conventions collectives : Dans les plaintes basées sur des conventions collectives, une commission d'arbitrage est le premier forum d'arbitrage, mais cela n'empêche pas les tribunaux ou les commissions des droits de la personne d'entendre les plaintes en question. Les commissions et les tribunaux des droits de la personne ont une compétence concurrente à l'égard des plaintes relatives aux droits de la personne découlant des conventions collectives⁶⁹.

- L'arbitrage dans le domaine du travail s'attarde à l'interprétation et à l'application des conventions collectives, alors que les tribunaux des droits de la personne statuent sur les violations aux lois sur les droits de la personne⁷⁰.
- Selon un principe fondamental de la jurisprudence sur les droits de la personne, les conventions collectives ne doivent pas violer les obligations relatives aux droits de la personne ni s'y soustraire. Les conventions collectives ne doivent donc pas renfermer de dispositions discriminatoires à l'égard de l'âge, comme la retraite obligatoire. (Pour plus de renseignements sur la retraite obligatoire, voir la section 3.0.)

3.0 Retraite obligatoire et discrimination fondée sur l'âge

La retraite obligatoire a été adoptée pour la première fois au début du 20^e siècle dans les économies occidentales industrialisées pour permettre le remplacement des travailleurs âgés moins productifs; des dispositions relatives à la retraite obligatoire ont graduellement été incorporées dans les lois, les programmes de sécurité sociale et les régimes de pension⁷¹.

La retraite obligatoire peut être instaurée par le truchement des politiques d'emploi, des contrats d'embauche, des conventions collectives ou des régimes d'emploi, de pension et de retraite.

Jusqu'à récemment, la retraite obligatoire constituait le mécanisme systémique le plus répandu de discrimination institutionnalisée fondée sur l'âge⁷².

La Compagnie de la Baie d'Hudson a été le premier employeur canadien à adopter des dispositions relatives aux congés de maladie et à la sécurité de la vieillesse à l'intention de ses employés au cours du 18^e siècle et la Grand Trunk Railway a instauré le premier régime de retraite industriel au Canada. La *Loi sur la sécurité sociale* du Canada a été adoptée en 1951 et la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a été restructurée au cours des années 1960 et 1970; en 1965, le Régime de pensions du Canada/Régime des rentes du Québec (RPC/RRQ) est entré en vigueur et a normalisé la retraite dans le cadre du cheminement de la vie.

– Lynn McDonald, Voir
Note en fin de texte 14

3.1 Retraite obligatoire dans les autorités compétentes du domaine des droits de la personne

L'ensemble des autorités compétentes du domaine des droits de la personne interdisent la retraite obligatoire parce qu'elle exerce une discrimination fondée sur l'âge, motif interdit dans les 14 lois sur les droits de la personne. Toutefois, la retraite obligatoire est permise dans certaines exceptions, qui varient légèrement entre les provinces et les territoires.

- Toutes les lois sur les droits de la personne permettent la retraite obligatoire s'il peut être démontré que la mesure est une ERRR⁷³.
- De plus, la retraite obligatoire est permise lorsque des lois fédérales ou provinciales particulières réglementent l'âge de la retraite obligatoire dans le cas de certaines professions, comme les pilotes de ligne, les pompiers, les policiers et les juges fédéraux.
- À part cette exception, certaines autorités compétentes du domaine des droits de la personne prévoient des exceptions supplémentaires permettant la retraite obligatoire dans des contextes particuliers.

« La retraite obligatoire représente à la fois la principale forme de discrimination fondée sur l'âge et la force d'impulsion derrière le développement amplifié de l'âgisme dans les sociétés modernes. C'est un processus social de discrimination fondée sur l'âge qui vise à exclure en masse les personnes âgées de la main-d'œuvre » [trad.].

– Alan Walker,
Voir Note en fin
de texte 72

- Au Canada, les lois sur les droits de la personne de cinq provinces et territoires interdisent expressément la retraite obligatoire, sauf s'il peut être démontré qu'il s'agit d'une ERRR⁷⁴.
- Les lois sur les droits de la personne de huit provinces et territoires canadiens permettent la retraite obligatoire dans les régimes de pension en vertu d'une exception stricte. Dans ces provinces et territoires, pour justifier l'inclusion d'une disposition imposant la retraite obligatoire dans un régime de pension, le fournisseur du régime doit démontrer que la règle de la retraite obligatoire est essentielle au fonctionnement et à la viabilité du régime de retraite⁷⁵.
- Au Nouveau-Brunswick, la *Loi* permet l'inclusion de la retraite obligatoire dans les régimes de pension si les fournisseurs du régime peuvent démontrer qu'il s'agit d'un régime effectif et qu'il est établi de bonne foi à l'intention de tous les employés⁷⁶.

Cinq autorités compétentes au Canada interdisent explicitement la retraite obligatoire, alors que l'Alberta, la Colombie-Britannique, Terre-Neuve-et-Labrador, les Territoires du Nord-Ouest, la Nouvelle-Écosse, le Nunavut, l'Île-du-Prince-Édouard et la Saskatchewan permettent la retraite obligatoire à l'intérieur des régimes de retraite en vertu d'exceptions strictes.

3.2 Définition du terme retraite

Il est reconnu dans les œuvres savantes sur la retraite que la retraite est difficile à définir, en particulier dans le contexte actuel, parce que la nature du travail contemporain a changé au cours des vingt dernières années.

Au lieu de trajectoires professionnelles stables et linéaires, le travail à court terme et à la demande est désormais répandu; les travailleurs sont plus enclins à changer d'emploi et

de carrière durant leur vie, se retrouvant ainsi avec des antécédents de travail et des profils professionnels complexes. Dans l'environnement économique postmoderne, le concept traditionnel de la retraite est en train d'évoluer.

Dans son sens général, la retraite obligatoire est une pratique organisationnelle selon laquelle « la relation de travail prend fin à un âge fixe » [trad.]⁷⁷; c'est une cessation d'emploi imposée en fonction de l'âge.

Le concept traditionnel de la retraite évolue en raison des impératifs changeants de l'économie postmoderne.

La retraite est également conçue et décrite d'autres façons :

- un « retrait complet » de la main-d'œuvre;
- une réduction marquée des heures de travail et des tâches;
- une réduction de l'engagement professionnel ou une « retraite progressive », soit par une réduction graduelle des fonctions auprès du principal employeur soit par l'acceptation d'un poste « de transition » moins exigeant;
- l'obtention d'une pension de l'employeur, d'une pension gouvernementale ou d'une pension de sécurité de la vieillesse⁷⁸.

3.3 Arguments à l'appui de la retraite obligatoire

Deux grandes sortes d'arguments surgissent dans le débat sur la retraite obligatoire : premièrement, les arguments soulignant l'importance des impératifs économiques supérieurs, comme la croissance des organisations, la viabilité financière des régimes de pension; et deuxièmement, les arguments attirant l'attention sur les circonstances individuelles des personnes au sein de ce qu'on appelle le groupe de l'âge de la retraite, c'est-à-dire leur compétence professionnelle, le besoin de continuer à travailler, les facteurs personnels et sociaux, etc.

« 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. »

– Observation dissidente dans *McKinney*

De nombreux arguments appuyant la retraite obligatoire reposent sur des stéréotypes à l'égard de l'âge ou des opinions âgistes au sujet de l'incompétence relative des employés âgés. De tels arguments privilégient les impératifs économiques au détriment des droits individuels; ils incluent les points de vue qui suivent.

La plupart des arguments appuyant la retraite obligatoire sont basés sur des stéréotypes fondés sur l'âge ou des opinions âgistes au sujet de l'incompétence. Ces arguments accordent la priorité aux besoins économiques au détriment des droits individuels.

- Les employés âgés sont moins capables de s'adapter aux changements technologiques que les jeunes travailleurs.
- Une baisse statistique de la production est associée au vieillissement :
 - La baisse de productivité empêche l'employeur de miser sur l'innovation et de maximiser les profits.

- La retraite obligatoire permet le partage de postes entre travailleurs âgés et jeunes travailleurs⁷⁹ :
 - Comme les jeunes travailleurs ont une famille à soutenir, ils méritent plus que les travailleurs âgés de garder leur emploi.
- La retraite obligatoire préserve la dignité des travailleurs âgés qui ne sont plus capables d'accomplir adéquatement leurs fonctions parce qu'elle leur épargne l'humiliation d'un renvoi.
- Les évaluations de rendement individuelles des travailleurs âgés (au lieu de la retraite obligatoire) sont dispendieuses et lourdes tant pour les employeurs que pour les employés, en plus de faire surgir des perceptions de traitement discriminatoire⁸⁰.
 - Sans la retraite obligatoire, les entreprises engageront des coûts pour surveiller le rendement des travailleurs âgés, ce qui détournera des ressources d'autres initiatives et réduira la productivité.

3.4 Arguments contre la retraite obligatoire

Voici un résumé des arguments avancés contre l'imposition de la retraite obligatoire.

- Le déclin des capacités physiques et mentales ne survient pas soudainement lorsqu'une personne atteint un certain âge (65 ans, par exemple); il y a plutôt une grande variation dans les capacités physiques et cognitives des personnes de différents groupes d'âge.
- Les travailleurs âgés forcés de prendre leur retraite se heurtent à d'importants obstacles au réemploi. Ils sont susceptibles de toucher des prestations de pension gouvernementales plus tôt que s'ils avaient continué à travailler, ce qui exerce une pression sur le système fiscal ainsi que sur les systèmes de pension et de soins de santé.
- L'imposition d'un âge de retraite particulier prive d'un libre choix les personnes qui veulent ou qui doivent continuer à travailler. De nombreux travailleurs âgés ont des obligations financières et familiales, et ne peuvent pas se permettre une retraite hâtive.
- Il n'existe pas de preuve empirique que la capacité de travailler diminue avec l'âge, sauf dans les professions qui exigent une force et une endurance physiques :
 - Les travailleurs âgés sont tout aussi créatifs et innovants.
 - Les emplois fondés sur le savoir post-industriel nécessitent moins de dextérité physique, mais exigent de la prudence, un sens des responsabilités, des connaissances, de l'expérience et un leadership, que les travailleurs âgés peuvent offrir⁸¹.

Les classifications comme la génération âgée, les enfants de l'après-guerre, la génération de l'aide sociale, etc., peuvent être trompeuses, parce qu'il existe une diversité marquée parmi les sous-groupes de la population et l'attribution de caractéristiques générationnelles peut aboutir à des stéréotypes fondés sur l'âge et à des choix politiques sans fondement.

– John Macnicol, Voir Note en fin de texte 13

- Le maintien des travailleurs âgés au sein du marché du travail réduira les pénuries de travailleurs et contribuera à la stabilité des programmes de pension et de prestations gouvernementales.
 - Les effets de la retraite obligatoire varient selon le statut économique.
 - Le jeune retraité typique prévu par les groupes en faveur de la retraite fait partie d'une minorité : des professionnels bien rémunérés qui prennent leur retraite en bénéficiant de pensions de salariés et qui arrondissent leur revenu en offrant des services de consultation et en travaillant à temps partiel.
 - Les groupes au bas de l'échelle économique, soit les travailleurs manuels, les travailleurs industriels ou du secteur du commerce de détail faiblement rémunérés, la « sous-classe marginale des retraités » [trad.]⁸², souffrent infiniment de l'imposition de la retraite obligatoire; beaucoup sont poussés à s'en remettre aux prestations de soutien du revenu ou d'invalidité.
- Les groupes au bas de l'échelle économique, soit les travailleurs manuels, les travailleurs industriels ou du secteur du commerce de détail faiblement rémunérés, la « sous-classe marginale des retraités », souffrent infiniment de l'imposition de la retraite obligatoire; beaucoup sont poussés à s'en remettre aux prestations de soutien du revenu ou d'invalidité.
- Au lieu d'utiliser des critères approximatifs de l'âge sommaire pour imposer la retraite obligatoire, les employeurs devraient réaliser des évaluations individualisées du rendement en vue d'évaluer les capacités de travail des travailleurs âgés.
- La retraite obligatoire crée des problèmes psychosociaux pour les personnes éliminées de la population active sous la contrainte. Les groupes en question doivent faire face à la pauvreté, à l'exclusion, à l'isolement social et à la perturbation de leurs réseaux sociaux : ils sombrent dans la maladie ou l'invalidité en grands nombres, alourdissant les systèmes de santé et d'aide sociale.
 - Avec la durée accrue de la vie, la phase de la retraite après l'âge limite traditionnel de 65 ans, par exemple, pourrait maintenir les gens dans la phase de la retraite durant 20 à 30 ans, ce qui exercera une pression sur les systèmes de sécurité sociale et de pension.
 - Les concepts comme la pension et la retraite sont des constructions de l'ancien État providence.
 - Dans l'économie postmoderne, les parcours vers la retraite sont complexes, diversifiés et multidimensionnels.
 - Le déroulement traditionnel de la vie définissant la vie par générations⁸³ (jeunesse, âge moyen, vieillesse) est en train de changer; la société deviendra davantage « sans âge », car le vieillissement actif devient la norme sociale⁸⁴.
 - Au lieu d'utiliser des calculs approximatifs de l'âge sommaire pour imposer la retraite obligatoire, les employeurs devraient réaliser des évaluations individualisées du rendement en vue d'évaluer les capacités de travail des travailleurs âgés.

3.5 Principes généraux de la jurisprudence sur la retraite obligatoire

Même si les plaintes relatives à la retraite obligatoire sont abordées dans le cadre de leurs situations et contextes particuliers, la jurisprudence relative aux droits de la personne a établi dès le départ que les règles régissant la retraite obligatoire ne peuvent être appliquées de manière arbitraire, discriminatoire ou déraisonnable⁸⁵.

La jurisprudence sur les droits de la personne se penchant sur la retraite obligatoire a établi dès le départ que les règles régissant la retraite obligatoire ne peuvent être appliquées de manière arbitraire, discriminatoire ou déraisonnable.

Dans l'une des premières affaires sur le sujet, la Cour suprême du Canada a dégagé deux arguments généraux avancés par les employeurs à l'appui de la retraite obligatoire : les facteurs économiques et la sécurité publique⁸⁶.

- Si la sécurité publique constitue la principale raison d'une politique d'imposition de la retraite obligatoire, il est généralement plus facile pour les employeurs de justifier leur règle visant la retraite en la qualifiant d'exigence reconnue comme étant requise.
- Au contraire, si les employeurs soutiennent que la mise en place d'une politique de retraite obligatoire vise à assurer la productivité économique de leur entreprise, il sera relativement difficile de justifier la politique à titre d'exigence reconnue comme étant requise sans évaluer la capacité individuelle des travailleurs prenant leur retraite.
- S'il est démontré qu'il existe une solution de rechange pratique à la retraite obligatoire, cette dernière pourrait être jugée déraisonnable et discriminatoire⁸⁷.
- Une ERRR ne devrait pas imposer un fardeau excessif aux employés visés⁸⁸.
- Lorsqu'une règle discriminatoire (retraite obligatoire) est jugée déraisonnable selon la preuve existante, les employeurs devraient songer à l'option d'une évaluation individualisée pour évaluer la compétence des employés âgés⁸⁹.
- Si un certain âge de la retraite est prescrit dans une loi ayant reçu la sanction royale, il sera difficile de contester la retraite obligatoire en vertu de ce cadre législatif⁹⁰.
- La retraite involontaire (lorsqu'une personne prend sa retraite à contrecœur), ayant recours à des formes subtiles de pression sur les employés pour qu'ils prennent leur retraite, n'a pas reçu l'attention judiciaire qu'elle méritait.
 - Selon l'Organisation de coopération et de développement économique, une retraite involontaire survient « lorsque des collègues, des syndicats et la société en général contraignent les retraités à partir et à laisser la place à des personnes plus jeunes ou que les travailleurs en question craignent de perdre leur sécurité d'emploi à long terme »⁹¹.

La viabilité économique des régimes de pension ou de retraite et la santé et la sécurité des employés ou du public constituent deux volets cruciaux d'une analyse de la retraite obligatoire.

3.6 Avis de la Cour suprême du Canada sur la retraite obligatoire

Dans l'une des premières décisions rendues sur la retraite obligatoire, la Cour suprême du Canada a donné le ton sur la position qu'elle prendrait sur la question lorsqu'elle a établi une distinction entre la « retraite » et le « congédiement » (renvoi)⁹².

La Cour suprême a statué qu'un employeur n'a pas la même responsabilité de justifier une retraite que celle qu'il a de justifier un congédiement, accordant implicitement aux employeurs une possibilité de mettre à la retraite les employés âgés au moyen de divers mécanismes de retraite.

3.6.1 Retraite obligatoire en tant que violation de la *Charte*

Au cours des années 1990, la Cour suprême du Canada a rendu des décisions dans quatre affaires sur la retraite obligatoire qui contestaient toutes la retraite obligatoire en vertu de la *Charte*.

Les affaires touchaient des universités, un hôpital et un collège communautaire, secteurs dans lesquels l'applicabilité de la *Charte* est sujette à interprétation.

- La Cour suprême a d'abord statué sur la question de l'applicabilité de la *Charte* à ces secteurs.
 - La Cour suprême a déclaré que la *Charte* s'appliquait non pas aux universités ni à l'hôpital à l'étude, mais aux collèges communautaires.
 - Selon la Cour suprême, si la *Charte* s'appliquait aux universités, la règle de la retraite obligatoire contreviendrait aux droits à l'égalité relatifs à l'âge en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte*.
 - Une telle violation serait toutefois justifiée en vertu de l'exception des « limites raisonnables » de l'article premier de la *Charte*.
- De plus, comme les quatre affaires provenaient de l'Ontario et de la Colombie-Britannique (dont la loi sur les droits de la personne à l'époque protégeait contre la discrimination fondée sur l'âge jusqu'à 65 ans), la Cour suprême a statué pour établir si cette protection limitée contrevenait au paragraphe 15(1) (droits à l'égalité relatifs à l'âge) de la *Charte*.
- La légalité de la retraite obligatoire des plaignants a été déterminée dans le contexte des deux questions ci-dessus, c'est-à-dire la portée des droits à l'égalité en vertu de

Selon la Cour suprême du Canada, la retraite obligatoire contrevient à la *Charte*, à moins que l'on ne puisse démontrer qu'il s'agit d'une limite raisonnable des droits accordés par la *Charte* en vertu de l'article premier.

la *Charte* et la question de savoir si la *Charte* s'applique aux secteurs comme les universités et les hôpitaux.

Affaire McKinney⁹³
Retraite obligatoire justifiée dans un contexte universitaire

L'affaire mettait en cause huit professeurs et un bibliothécaire employés dans quatre universités de l'Ontario qui avaient contesté leur retraite obligatoire à 65 ans. La Cour suprême a jugé que la Charte ne s'appliquait pas aux universités parce qu'elles constituaient des corps légalement autonomes, indépendants du gouvernement dans toutes leurs affaires internes⁹⁴. Les décisions internes des universités, y compris en ce qui a trait à la retraite, ne constituaient donc pas des décisions du gouvernement. Cependant, selon la Cour suprême, si la Charte s'appliquait aux universités, les politiques de mise à la retraite obligatoire contreviendraient au paragraphe 15(1) de la Charte, mais seraient justifiées à titre de limite raisonnable en vertu de l'article premier. La Cour suprême a accepté les objectifs des politiques de retraite obligatoire avancés par les universités : la souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral, l'amélioration de la liberté académique et la réduction des modes intrusifs d'évaluation de rendement. Selon la Cour suprême, l'alinéa 9a) du Code des droits de la personne de l'Ontario (maintenant abrogé – l'alinéa précisait que l'âge était 65 ans, ce qui légalisait la retraite obligatoire après 65 ans) protégeait contre la discrimination fondée sur l'âge, mais préservait également l'intégrité des régimes de pension et des possibilités d'emploi à l'intention des jeunes travailleurs.

« 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. »

– Observation dissidente dans *McKinney*

En outre, dans l'**affaire Harrison⁹⁵**, qui concernait les mêmes questions que l'arrêt *McKinney*, la Cour suprême du Canada a eu recours aux arguments avancés dans l'arrêt *McKinney* pour valider la retraite obligatoire et appuyer les définitions existantes de l'âge (au moyen de limites d'âge) figurant dans le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique à ce moment-là.

Affaire Vancouver General Hospital⁹⁶

Retraite obligatoire justifiée dans un contexte hospitalier

Les médecins du Vancouver General Hospital ont allégué que la retraite à l'âge de 65 ans contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte et aux protections relatives à l'âge de la Human Rights Act (Loi sur les droits de la personne) de la Colombie-Britannique. La Cour suprême du Canada a jugé que le règlement pertinent de l'hôpital constituait non pas une disposition législative lui ayant été déléguée, mais une règle sur la gestion interne des hôpitaux. Malgré le contrôle gouvernemental marqué sur ses activités et sa gouvernance, le Vancouver General Hospital jouissait d'indépendance dans sa gestion et son administration, y compris en ce qui avait trait aux décisions concernant la retraite obligatoire. La Cour suprême a statué que la Charte ne s'appliquait pas à la politique de mise à la retraite obligatoire de l'hôpital; répétant son raisonnement dans le cadre de l'arrêt McKinney, la Cour suprême a déclaré que, même si la Charte s'était appliquée à l'hôpital, la violation de la Charte aurait été justifiée à titre de limite imposée au titre de l'article premier aux droits à l'égalité des médecins âgés.

Le contexte sociodémographique du milieu de travail a considérablement changé depuis les années 1990 (au moment où la Cour suprême a revu la retraite obligatoire pour la dernière fois). La retraite obligatoire est désormais reconnue comme un problème social urgent qui influe sur les droits à l'égalité fondée sur l'âge de divers groupes marginalisés.

Affaire Douglas College⁹⁷

La retraite obligatoire du corps professoral du College contrevient à la Charte

Un collège communautaire de la Colombie-Britannique avait obligé, conformément à sa convention collective, deux membres du corps professoral à prendre leur retraite lorsqu'ils avaient atteint 65 ans. La Cour suprême du Canada a confirmé la décision de l'arbitre et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique établissant que la Charte s'appliquait au collège communautaire et que la disposition relative à la retraite obligatoire contrevenait au paragraphe 15(1) de la Charte. La Cour suprême a reconnu qu'une convention collective constituait une « loi » au sens du paragraphe 15(1) de la Charte; que l'arbitre était « un tribunal compétent » au sens du paragraphe 24(1) de la Charte; et qu'un arbitre avait le pouvoir de trancher les plaintes soumises en vertu de la Charte au sujet de l'interprétation de la convention collective entre un collège et son association professorale⁹⁸. Selon la Cour suprême, les universités et les collèges communautaires dépendaient du financement gouvernemental, mais les collèges communautaires étaient gérés directement par le gouvernement et n'étaient pas libres de gérer leurs affaires internes. Un collège communautaire était un genre d'organisme de l'État par le truchement duquel le gouvernement gérait un réseau d'éducation postsecondaire. La Charte s'appliquait donc

Les recherches ont établi que la retraite obligatoire enfreint les droits à l'égalité de divers groupes vulnérables, notamment les femmes, les travailleurs touchant le salaire minimum, les immigrants, les néo-Canadiens et ainsi de suite.

aux collègues communautaires et la politique de retraite du collège contrevenait aux droits à l'égalité prévus au paragraphe 15(1).

- La Cour suprême du Canada n'a pas délibéré sur la question de la retraite obligatoire depuis les années 1990.
 - Le contexte sociodémographique du milieu de travail a considérablement changé depuis et la retraite obligatoire est désormais reconnue comme un enjeu social urgent.
 - Par exemple, les études et les recherches ont établi que la retraite obligatoire contrevient aux droits à l'égalité de divers groupes vulnérables, notamment les femmes, les travailleurs touchant le salaire minimum, les immigrants, les néo-Canadiens, et ainsi de suite.

3.6.2 La retraite obligatoire en tant que violation des lois sur les droits de la personne

Dans quatre de ses premières décisions sur la retraite obligatoire, la Cour suprême du Canada a analysé la question de la retraite obligatoire en tant que violation des lois sur les droits de la personne. Les affaires en question laissent entendre que la validité des règles imposant la retraite obligatoire en vertu des lois sur les droits de la personne dépend de la possibilité que l'employeur puisse prouver qu'il s'agit d'une ERRR.

Dans les contestations de la retraite obligatoire en vertu des lois sur les droits de la personne, il incombe aux employeurs de justifier que la retraite obligatoire constitue une ERRR.

Affaire *Etobicoke*⁹⁹

Il revient à l'employeur d'établir une ERRR

Dans un verdict unanime, la Cour suprême du Canada a affirmé que la retraite de pompiers à l'âge de 60 ans contrevenait au Code des droits de la personne de l'Ontario parce que l'employeur n'avait pas pu démontrer que sa politique de mise à la retraite obligatoire constituait une ERRR. L'employeur a fourni une preuve « impressionniste » et a fait des déclarations générales sur le métier de pompier qui est une affaire de jeune homme. La preuve était dépourvue de détails essentiels sur la nature des fonctions effectuées par les pompiers, les conditions de leur lieu et travail et l'effet de ces conditions sur les employés, en particulier ceux approchant de l'âge de la retraite. La Cour suprême du Canada a également rejeté l'argument selon lequel la disposition prévoyant la retraite obligatoire

Les parties à une convention collective ne peuvent pas renoncer par contrat à l'application de la loi sur les droits de la personne, qui repose sur une politique publique et des principes juridiques fondamentaux.
– Cour suprême dans *Etobicoke*

était justifiée parce qu'elle avait été acceptée par les parties à la convention collective. Les parties à une convention collective ne peuvent renoncer par contrat à l'application de la loi sur les droits de la personne, qui repose sur une politique publique et des principes juridiques fondamentaux¹⁰⁰.

Affaire Winnipeg School Division¹⁰¹

Les conventions collectives ne peuvent pas renoncer par contrat à l'application des lois sur les droits de la personne

Dans une décision unanime, la Cour suprême du Canada a confirmé les décisions des tribunaux inférieurs affirmant que la retraite obligatoire à 65 ans d'un enseignant, conformément à la convention collective, contrevenait à l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge de la Loi sur les droits de la personne du Manitoba. La Cour suprême a rejeté l'argument voulant que la disposition pertinente de la Loi sur les écoles publiques puisse être interprétée comme une exception à la Loi sur les droits de la personne. Elle s'est dite en désaccord avec l'affirmation voulant qu'un employeur et le syndicat puissent renoncer par contrat aux dispositions d'une loi sur les droits de la personne, réitérant le statut de la loi sur les droits de la personne à titre de loi fondamentale ayant préséance sur les autres lois.

Les lois sur les droits de la personne sont des lois quasi constitutionnelles qui ont préséance sur les autres lois en cas de conflit.
– Cour suprême du Canada

Affaire Ville de Saskatoon¹⁰²

Établissement de la retraite comme ERRR et exclusion du recours aux tests individuels

La Cour suprême du Canada a rétabli une décision d'une commission qui avait jugé que le plaignant n'avait pas subi de discrimination en vertu de la Human Rights Act (Loi sur les droits de la personne) de la Saskatchewan lorsqu'il avait dû prendre sa retraite du poste de chef de la prévention des incendies à l'âge de 60 ans. S'appuyant sur le critère de l'arrêt Etobicoke¹⁰³, la Cour a jugé que la qualification de l'âge était imposée de bonne foi et qu'elle était raisonnablement nécessaire au rendement du titulaire du poste. Réitérant sa position antérieure, la Cour suprême du Canada a exclu le recours à un test individualisé pour déterminer l'aptitude au travail; elle a avancé que l'application de la règle de l'exigence reconnue comme étant réellement requise à des groupes d'employés constitue une approche plus raisonnable et plus pratique. Le jugement a laissé entendre que les employeurs peuvent invoquer l'âge des employés (60 ans dans ce cas ici) comme critère de rechange pour établir des règles concernant la retraite, au lieu de faire une évaluation individuelle de l'aptitude au travail des employés âgés.

Affaire Dickason¹⁰⁴

Retraite obligatoire jugée raisonnable dans les circonstances

Dans une décision partagée de quatre contre trois, la Cour suprême du Canada a confirmé la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans d'une professeure de l'Université de l'Alberta. La plaignante avait contesté sa retraite en vertu de l'Individual Rights Protection Act de l'Alberta, la loi provinciale sur les droits de la personne à l'époque. Le paragraphe 7(1) de la Loi prévoyait une protection contre la discrimination fondée sur l'âge des personnes âgées de 18 ans ou plus, alors que l'article 11.1 de la Loi permettait des violations de la Loi dans des « circonstances raisonnables et justifiables » [trad.]. S'appuyant sur le raisonnement de l'arrêt McKinney¹⁰⁵, la Cour suprême a statué que, même si la politique de retraite obligatoire de l'université contrevenait au paragraphe 7(1) de la Loi, elle était justifiée en vertu de l'exception à l'article 11.1. Selon la cour, les parties ne peuvent pas renoncer par contrat à l'application de la loi sur les droits de la personne par contrat, mais une convention collective peut être basée sur une preuve justifiant le caractère raisonnable d'une pratique qui semble à première vue discriminatoire. Une politique qui découle d'une convention collective équitablement et librement négociée appuie le sens du caractère raisonnable prévu à l'article 11.1 de la Loi. La Cour suprême a admis que les objectifs de l'établissement de la retraite obligatoire par l'université (protection de la titularisation, renouvellement du corps universitaire, planification et gestion des ressources, et retraite avec dignité) étaient rationnellement liés à la politique et justifiaient la restriction de l'égalité des droits en matière d'âge¹⁰⁶.

L'observation dissidente dans l'affaire a rejeté le point de vue que l'âge correspondait à un déclin intellectuel et la jeunesse à l'innovation; elle a attiré l'attention sur l'impact de la retraite forcée sur la santé et l'estime de soi du professeur mis à la retraite.

– Observation dissidente dans *Dickason*

Affaire Potash¹⁰⁷

L'alinéa 4(6)a) de la Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick permet la retraite obligatoire dans les régimes de pension et de retraite effectifs

La seule autre cause relative à la retraite obligatoire sur laquelle s'est prononcée la Cour suprême du Canada visait à définir le sens d'un régime de pension ou de retraite effectif, mentionné à l'alinéa 4(6)a) de la Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick. Selon la Cour suprême du Canada, un régime de retraite ou de pension effectif désigne, au sens de l'alinéa 4(6)a), un régime légitime ayant été adopté de bonne foi et ne cherchant pas à contrevenir aux droits protégés en vertu de la Loi. D'après la Cour suprême, l'alinéa 4(6)a) a un objectif différent de la disposition relative à une ERRR à l'article 2.2 de la loi. Ce dernier article oblige les employeurs à justifier la discrimination à titre d'ERRR, mais l'alinéa 4(6)a) ne prévoit pas la même exception au titre d'une ERRR dans le cas des régimes de retraite ou de pension. Donc, l'alinéa 4(6)a) ne nécessite pas le recours au critère de l'arrêt Meiorin¹⁰⁸ pour évaluer la légitimité d'une retraite obligatoire

dans les régimes de retraite ou de pension effectifs. Les fournisseurs des régimes ont seulement à démontrer que le régime de retraite ou de pension est effectif, c'est-à-dire qu'il est légitime ou véritable (il est enregistré en vertu de la Loi sur les prestations de pension) et qu'il a été adopté de bonne foi, conformément à de bonnes pratiques d'affaires, et non dans le but de frauder les participants au régime¹⁰⁹.

3.7 Autres principes régissant la retraite obligatoire

Outre les décisions de la Cour suprême résumées ci-dessus, des décisions pertinentes des cours et tribunaux inférieurs font part d'approches judiciaires supplémentaires par rapport à la retraite obligatoire. Les principes en question peuvent être résumés ainsi :

Il revient aux employeurs ou aux fournisseurs de régime de pension d'établir le lien rationnel, la bonne foi et le caractère raisonnable d'une règle relative à la retraite.
--

- La preuve de discrimination fondée sur l'âge doit être claire et, si une ERRR est invoquée à l'appui de la retraite obligatoire, la preuve doit être abondante et cohérente¹¹⁰.
 - Il revient aux employeurs ou aux fournisseurs de régimes de pension d'établir un lien rationnel, la bonne foi et le caractère raisonnable d'une règle relative à la retraite.

- Les employeurs ne doivent pas adopter de mesures ni se comporter de façon à se retrouver à forcer un employé âgé à songer à une retraite anticipée.
 - Les tribunaux examinent le contexte et les circonstances entourant le comportement et les décisions d'un employeur pour déterminer si une discrimination fondée sur l'âge a constitué un facteur dans une situation donnée.
 - Un tribunal a établi une distinction entre l'offre d'un incitatif à la retraite et la manière dont un incitatif est offert. Ce n'est pas discriminatoire si l'incitatif à la retraite est communiqué et offert à un employé éventuellement intéressé. Toutefois, s'il existe des signes de recours à la coercition pour exercer une pression sur l'employé afin qu'il accepte la proposition de retraite, cela équivaudra à une discrimination fondée sur l'âge¹¹¹.
 - Par exemple, une conversation informelle d'un gestionnaire avec un employé au cours d'une pause-café au sujet des projets de retraite de ce dernier n'a pas été jugée discriminatoire¹¹².
 - Il n'est pas discriminatoire de fournir à un employé des renseignements au sujet de ses options de retraite, en particulier lorsque ce dernier a demandé les renseignements en question.
 - Les tribunaux ont reconnu qu'un employeur a le droit de planifier sa dotation en personnel et ses autres besoins opérationnels. Il est donc légitime pour les employeurs de considérer la retraite éventuelle d'un employé dans le cadre d'une telle planification.

- Si, par exemple, un employeur offre un programme de formation, il peut décider d'omettre de la formation un employé qui est sur le point de prendre sa retraite en s'appuyant sur l'idée que l'employé ne bénéficierait pas de la formation. Ce différent traitement serait vu comme une mesure découlant des projets de retraite volontaire de l'employé plutôt que de la discrimination fondée sur l'âge.
- Un tribunal a toutefois jugé qu'un employeur avait eu recours à des tactiques coercitives lorsque son gestionnaire avait appelé deux connaissances à la retraite et les avait fait entendre à un employé âgé à un téléphone haut-parleur afin qu'ils lui expliquent les avantages de la retraite¹¹³.
- Dans le même ordre d'idée, cela revenait à de la discrimination fondée sur l'âge lorsque le gestionnaire avait découragé un employé âgé de postuler à un poste permanent, évoquant la concurrence face au poste.

Toute forme de coercition exercée pour obliger un employé âgé à prendre sa retraite est interprétée par les tribunaux comme une preuve de traitement discriminatoire à l'égard de l'âge.

Exemple de jurisprudence – Cela a été jugé discriminatoire de questionner un employé au sujet de ses projets de retraite et de lui demander de fixer une date de retraite.

Un tribunal a jugé que les questions posées au sujet des projets de retraite d'un employé par son employeur étaient discriminatoires¹¹⁴. L'employeur se préoccupait du rendement d'un employé de 58 ans, dont les problèmes de rendement n'étaient pas suffisamment graves pour justifier un licenciement. Il lui a demandé en deux occasions de fixer une date de retraite. L'employeur n'avait pas de politique obligeant les employés à communiquer une date de retraite. Le tribunal en a conclu que l'employeur n'aurait pas posé de telles questions à un employé plus jeune.

Exemple de jurisprudence – Les difficultés financières auxquelles doivent faire face les employés âgés après un licenciement pourraient ne suffirent pas à établir une discrimination fondée sur l'âge en l'absence d'autres preuves de discrimination.

Un employé de 50 ans a été licencié durant une restructuration de son lieu de travail¹¹⁵. Il aurait été admissible à une pension de retraite anticipée complète à l'âge de 53 ans, mais il a dû se contenter d'une pension considérablement réduite. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'âge n'avait pas constitué un facteur dans son licenciement; aucune autre preuve ne laissait supposer que le processus de restructuration visait à éliminer les travailleurs âgés. Les difficultés financières qu'un travailleur âgé pourrait éprouver à la suite d'un licenciement ne suffirent pas à constituer une discrimination fondée sur l'âge.

Exemple de jurisprudence – Un employeur qui licencie des travailleurs âgés devra prendre en considération les perspectives d'emploi de ces travailleurs.

Les tribunaux ont pris en considération les perspectives de réemploi comme facteur du licenciement de travailleurs âgés. Par exemple un tribunal a déterminé qu'un opérateur de machine de 70 ans avait droit à un préavis de 18 mois en raison de ses perspectives d'emploi limitées¹¹⁶. Dans une autre affaire, le tribunal a ordonné que la période de préavis d'un employé âgé soit prolongée d'un mois pour permettre à l'employé de participer à un programme de prestations¹¹⁷.

Exemple de jurisprudence – Une règle relative à une ERRR pour la retraite obligatoire doit être cohérente, raisonnable et s'appliquer de manière égale à tous les intéressés.

Un chauffeur d'autobus d'un conseil scolaire du Nouveau-Brunswick qui avait passé tous les examens médicaux et tests d'aptitudes requis et qui avait un dossier de conduite parfait a été démis de son poste à l'âge de 65 ans en raison d'une clause de la Loi sur

Si des considérations touchant la sécurité sont traitées comme une ERRR, l'employeur devra démontrer que la norme de sécurité a été appliquée de façon uniforme à tous les employés.

l'éducation provinciale¹¹⁸. Le Ministère a soutenu qu'il ne pouvait pas employer de chauffeurs d'autobus scolaire ayant plus de 65 ans à cause de considérations liées à la sécurité. Selon le Ministère, il n'existe pas de test parfait pour évaluer l'aptitude des chauffeurs âgés, de sorte que la date limite de 65 ans a été adoptée comme critère d'âge raisonnable pour la retraite des chauffeurs. Selon le conseil, toutefois, le Ministère permettait aux chauffeurs de plus de 65 ans de transporter des enfants au cours de voyages organisés à l'intérieur et à l'extérieur de la province, ce qui contredisait sa logique de l'établissement d'un âge de retraite obligatoire de 65 ans pour les chauffeurs à temps plein. La règle relative à la retraite n'était pas justifiée à titre d'ERRR. Il a été demandé au Ministère de concevoir des évaluations de la sécurité viables pour les chauffeurs de plus de 65 ans au lieu de créer une règle générale d'imposition de la retraite contrevenant à l'égalité fondée sur l'âge¹¹⁹.

Exemple de jurisprudence – Une offre de retraite généreuse n'atténue pas l'existence de discrimination fondée sur l'âge.

L'entreprise était en train de réduire son effectif en vue de dynamiser le lieu de travail, de réduire les coûts et de réorganiser ses priorités professionnelles¹²⁰. Conformément à cet objectif, les employeurs ont été rencontrés et informés de la nécessité de réduire le personnel. Pour déterminer quels employés licencier, il était question dans les documents de l'entreprise de l'intérêt de conserver les personnes ayant un « potentiel de carrière », ce que la commission a interprété comme un euphémisme pour une discrimination fondée sur l'âge. Même si un généreux programme de retraite anticipée avait été offert au plaignant, cela n'a pas empêché la commission de juger que la discrimination fondée sur l'âge avait constitué un facteur dans la décision de licenciement.

Exemple de jurisprudence – Les programmes spéciaux ne peuvent pas constituer une discrimination interne contre les groupes qu'ils sont censés protéger.

Le ministère de la Santé avait fourni des aides visuelles à des personnes de moins de 25 ans, tandis que le plaignant, un homme de 71 ans, s'était vu refuser l'aide visuelle parce qu'il ne répondait pas aux critères d'âge du programme¹²¹. La Cour d'appel a rejeté l'argument que l'initiative constituait un programme spécial en vertu du paragraphe 14(1) du Code des droits de la personne de l'Ontario. Même si les programmes spéciaux étaient protégés des contestations de discrimination, ils devaient soutenir une égalité réelle plutôt qu'une simple égalité formelle. Il devrait y avoir un lien rationnel entre les restrictions et les objectifs des programmes spéciaux. Les programmes ne devraient pas constituer non plus de la discrimination interne contre les groupes désavantagés qu'ils sont censés protéger.

Les programmes spéciaux sont exemptés des contestations évoquant une discrimination s'ils encouragent une égalité réelle (et non pas seulement une égalité formelle), s'ils sont rationnellement liés à leurs objectifs et s'ils n'exercent pas de discrimination interne contre les groupes qu'ils visent à protéger.

Exemple de jurisprudence – Si on établit sans équivoque l'existence de stéréotypes fondés sur l'âge, il s'agit là d'une preuve solide pour conclure à l'existence de discrimination.

Dans cette affaire ancienne, un homme de 40 ans s'était vu refuser un apprentissage¹²². L'employeur avait embauché de nombreuses personnes âgées de 40 à 65 ans, mais il n'avait embauché personne dans cette catégorie d'âge pour le programme d'apprentissage. La preuve a démontré que l'employeur avait tenu compte de l'âge des employés pour déterminer s'ils pouvaient s'adapter à certaines exigences du travail, comme l'exécution de tâches subalternes, la prise en charge d'une responsabilité minimale ou l'acceptation d'une faible rémunération et du travail par roulement. La commission a conclu que le stéréotype fondé sur l'âge constituait l'une des raisons du refus d'embauche et a statué en faveur du plaignant.

4.0 ERRR, obligation d'accommodement et contrainte excessive dans la discrimination fondée sur l'âge

La jurisprudence sur les mesures d'adaptation à l'égard des travailleurs âgés n'est pas aussi détaillée que les mesures d'adaptation face à d'autres motifs, comme l'incapacité, la race, le sexe, etc.¹²³

- Les tribunaux concilient généralement l'obligation d'accommodement d'un employeur à l'égard des travailleurs âgés et les besoins financiers et liés au rendement d'une entreprise ou d'un lieu de travail¹²⁴.
- Dans les plaintes relatives à la retraite obligatoire, l'âge a été reconnu comme une ERRR dans une part importante de la jurisprudence.
 - Toutefois, en dehors de la retraite obligatoire, il est généralement plus difficile pour les employeurs de démontrer qu'un traitement différentiel fondé sur l'âge représente une ERRR.
- Les employeurs ont une obligation d'accommodement indéniable pour répondre aux besoins raisonnables des employés âgés en mesures d'adaptation.
 - Toutefois l'obligation d'accommodement prend fin lorsqu'elle constitue une contrainte excessive ou qu'elle devient excessivement difficile pour l'employeur¹²⁵.
- La législation sur les droits de la personne reconnaît que les mesures d'adaptation imposent une « certaine contrainte ».
 - Seule une « contrainte excessive » [trad.] peut justifier un refus de l'employeur de prendre des mesures d'adaptation¹²⁶.

Les employeurs ont une obligation indéniable d'accommodement à l'égard des besoins et des demandes d'accommodement raisonnable des employés âgés. L'obligation d'accommodement à l'égard d'un employé âgé prend fin lorsqu'elle constitue une contrainte excessive ou qu'elle devient excessivement difficile pour l'employeur.

- La Cour suprême du Canada a précisé les paramètres généraux d'une contrainte excessive en ce qui a trait à l'obligation d'accommodement de l'employeur.

4.1 La contrainte excessive selon la Cour suprême du Canada

Selon la Cour suprême, on peut considérer qu'un employeur est soumis à une contrainte excessive si l'obligation d'accommodement à l'égard d'un employé a l'une des conséquences suivantes¹²⁷.

- Le coût financier de la mesure d'adaptation est tellement élevé qu'il modifierait la nature ou la viabilité des activités ou de l'entreprise de l'employeur.
- Les risques potentiels pour la santé ou la sécurité (des travailleurs, des membres du public ou de l'environnement) sont tellement graves qu'ils l'emportent sur la mesure d'adaptation demandée¹²⁸.
- L'employé demandant une mesure d'adaptation est incapable d'exécuter les tâches essentielles du poste.
 - Les employeurs ne devraient toutefois pas présumer que les employés âgés seraient incapables d'accomplir leurs tâches.
 - La décision au sujet de la compétence professionnelle doit être prise après une évaluation précise, éthique et individualisée, plutôt que simplement être basée sur l'âge d'un employé.
- La mesure d'adaptation porterait atteinte à une convention collective.
- La mesure d'adaptation causerait des problèmes de moral chez les autres employés et aurait un impact sérieux sur le travail et leurs fonctions.
- La mesure d'adaptation contribuerait à l'interchangeabilité des effectifs et des installations.

L'employeur doit fournir une preuve directe et objective de l'existence d'une contrainte excessive. Par exemple, pour justifier des coûts financiers excessifs à titre d'ERRR, l'employeur doit présenter des estimations claires et quantifiables des coûts.

Il faut prendre en considération d'autres facteurs pour déterminer si son obligation d'accommodement à l'égard d'un employé constituerait une contrainte excessive pour l'employeur, notamment :

- les efforts précédents de l'employeur pour offrir des mesures d'adaptation;
- la réaction de l'employé et sa participation aux tentatives d'accommodement de l'employeur, car les tribunaux ont reconnu qu'une mesure d'adaptation constitue un processus de collaboration entre l'employé et l'employeur et, dans certains cas, le syndicat¹²⁹;
- la taille du milieu de travail et la disponibilité d'autres options de travail;

- la santé financière générale de l'entreprise de l'employeur.

L'employeur doit présenter une preuve directe et objective de l'existence de tout facteur de contrainte excessive susmentionné. Par exemple, pour montrer que les mesures d'adaptation sont assorties de coûts financiers excessifs, des estimations claires et quantifiables doivent être présentées. Des impressions vagues au sujet des dépenses possibles ne suffisent pas.

4.2 Principes de base des exigences reconnues comme étant requises dans les plaintes relatives à la discrimination fondée sur l'âge

Voici les principes de base des exigences reconnues comme étant réellement requises dans la jurisprudence sur les droits de la personne et la discrimination fondée sur l'âge.

- La Cour suprême du Canada a affirmé qu'une demande d'ERRR comporte des volets subjectif et objectif¹³⁰.
 - Le volet subjectif du critère de l'ERRR nous assure que la règle discriminatoire à l'égard de l'âge a été adoptée de bonne foi¹³¹ et qu'elle représente une exigence professionnelle (liée au travail) valide et ne constitue pas de discrimination contre un employé¹³².
 - Le volet objectif du critère des exigences reconnues comme étant réellement requises assure qu'une règle discriminatoire est raisonnablement nécessaire pour un rendement efficace au travail et pour la sécurité des employés et du public.
 - L'employeur doit fournir une preuve tangible justifiant la règle à première vue discriminatoire.
 - Par exemple, pour justifier l'imposition de la retraite des policiers à l'âge de 60 ans à titre d'ERRR, l'employeur a présenté une preuve solide sur la maladie cardiovasculaire et le déclin des capacités aérobiques chez les policiers après 60 ans¹³³. Il a été jugé qu'une telle preuve satisfaisait au volet objectif du critère des exigences reconnues comme étant réellement requises.
 - Il est à noter que le critère composite de l'arrêt *Meiorin*¹³⁴ a désormais remplacé les critères auparavant subjectif et objectif de la Cour suprême du Canada.
- Une règle générale relative à la retraite fondée sur l'âge visant toutes les situations pourrait ne pas être considérée comme une ERRR.

Une règle générale relative à la retraite fondée sur l'âge visant toutes les situations pourrait ne pas être considérée comme une ERRR.

- Si la règle discriminatoire s'appliquait aux employés d'un certain groupe d'âge, l'employeur pourrait démontrer que des tests individuels d'évaluation de la compétence des employés ne constituent pas une solution de rechange viable à la règle.
- Il incombe à l'employeur de démontrer que les tests individuels représenteraient une contrainte excessive¹³⁵.

Si une règle discriminatoire désavantage les employés d'un certain groupe d'âge, il incombera à l'employeur de démontrer que l'évaluation de la compétence des employés âgés au moyen de tests individuels représenterait une contrainte excessive pour lui.

Exemple de jurisprudence – Une ERRR non défendable en l'absence d'une preuve solide : Dans cette décision sur la plausibilité d'une allégation d'ERRR, une commission d'enquête a rejeté l'argument d'ERRR invoqué par l'employeur pour mettre un pompier à la retraite à l'âge de 60 ans¹³⁶. L'employeur n'avait pas réussi à établir que le service continu du plaignant représentait une menace pour la sécurité publique. S'appuyant sur des pratiques exemplaires pour évaluer la retraite obligatoire, la commission a jugé qu'une décision de mise à la retraite ne devrait pas être imposée en vertu de la norme générale de l'âge chronologique, mais qu'elle devrait être évaluée en fonction de la capacité individuelle d'exécution du travail. La commission n'a trouvé aucune preuve de dégénérescence physique ou mentale qui influencerait sur les fonctions du pompier; au contraire, elle a affirmé qu'à titre de capitaine de quart, le plaignant devait comme principale fonction assurer un leadership, ce sur quoi son âge n'avait aucune incidence.

Exemple de jurisprudence – Acceptation de tests physiques pour l'évaluation de l'aptitude au travail en guise d'ERRR : La politique de l'entreprise obligeait les employés temporaires à passer un test de dextérité manuelle pour être admissibles à des postes permanents de commis des postes avec Postes Canada¹³⁷. Les employés âgés alléguaient que le test représentait une discrimination fondée sur l'âge parce qu'il les plaçait en situation de désavantage par rapport aux jeunes employés. Le tribunal a jugé que le test de dextérité constituait un outil fiable pour évaluer le rendement au travail et l'aptitude des candidats, de sorte qu'il constituait une exigence reconnue comme étant une exigence réellement requise et, qu'en l'absence du test, cela représenterait une contrainte excessive pour l'employeur qui devrait engager des coûts supérieurs de formation et d'organisation du personnel. Le tribunal n'a pas exploré l'option des mesures d'adaptation au cas par cas.

Exemple de jurisprudence – Une ERRR devrait être raisonnablement nécessaire aux fins citées : Un candidat de 64 ans s'était vu offrir un emploi comme préposé d'aréna à la condition qu'il passe un test comportant le soulèvement d'objets lourds¹³⁸. Durant le test, le rythme cardiaque du plaignant a dépassé un certain niveau et l'employeur a retiré son offre d'emploi. Il a allégué que la norme relative au rythme cardiaque était essentielle pour assurer la sécurité de l'employé durant le travail. Appliquant le critère de l'arrêt Meiorin¹³⁹, le tribunal a conclu que la norme était rationnellement liée au rendement au travail et qu'elle avait été adoptée de bonne foi, mais qu'elle n'était pas raisonnablement nécessaire au travail d'un préposé d'aréna. Aucune preuve n'a révélé que le plaignant était médicalement inapte à exercer les fonctions du poste ou que l'augmentation de son rythme cardiaque représentait un risque accru pour sa santé. De plus, l'employeur avait omis de démontrer qu'il souffrirait de contrainte excessive en modifiant la norme du rythme cardiaque ou en effectuant une évaluation individualisée¹⁴⁰.

Une règle ou une norme appliquée aux travailleurs âgés doit répondre aux trois exigences du critère Meiorin de la Cour suprême : elle doit être adoptée dans un but rationnellement lié au rendement de l'emploi; elle doit être adoptée de bonne foi; et elle doit être raisonnablement nécessaire pour l'atteinte du but lié au travail légitime.

Exemple de jurisprudence – La compétence des employés devrait faire l'objet d'un test individuel et ne pas reposer sur un critère universel fondé sur l'âge : Dans cette ancienne affaire, un grutier d'expérience au chantier de la Saint John Shipbuilding a été forcé de prendre sa retraite à 65 ans¹⁴¹. La politique relative à la retraite était strictement basée sur l'âge et ne prenait pas en considération les compétences professionnelles ou physiques, même s'il s'agissait d'un poste critique pour la sécurité exigeant de la vigilance, une bonne ouïe et une compétence visuelle. La politique relative à la retraite s'appliquait automatiquement à tous les employés, plutôt que seulement à ceux qui manœuvraient des grues ou exécutaient d'autres travaux pouvant s'avérer dangereux. L'intimé a allégué que, comme la politique s'appliquait également à tous les employés, elle n'établissait pas de distinction entre les employés et n'était pas discriminatoire. Il a allégué que l'âge constituait une ERRR en raison de la nature dangereuse du travail. La commission a rejeté l'argument de l'ERRR parce que l'entreprise appliquait une politique universelle fondée sur l'âge chronologique. Le plaignant a été réintégré à son poste, sous réserve de la réussite d'examen médicaux visant à déterminer son aptitude à exercer les fonctions du poste.

- Dans certaines professions, comme les pilotes de ligne, les pompiers et les chauffeurs d'autobus, on présume que les considérations relatives à la sécurité constituent une ERRR. Toutefois les employeurs doivent tout de même démontrer que les travailleurs prenant leur retraite présenteraient un risque important pour la sécurité des employés, du public ou de l'environnement.

Dans certaines professions, comme les pilotes de ligne, les pompiers et les chauffeurs d'autobus, on présume que les considérations relatives à la sécurité constituent une ERRR. Toutefois, les employeurs doivent tout de même démontrer que les travailleurs prenant leur retraite présenteraient un risque important pour la sécurité des employés, du public ou de l'environnement.

Exemple de jurisprudence – S’il est établi qu’une règle discriminatoire à l’égard de l’âge protège la sécurité du public, elle sera reconnue comme exigence justifiée : Lors de son embauche initiale de chauffeurs d’autobus, une société de transport par autobus a refusé d’embaucher des personnes âgées de plus de 40 ans, alléguant qu’une telle pratique représentait une exigence justifiée en vertu de l’alinéa 15(1)a) de la Loi canadienne sur les droits de la personne¹⁴². Le tribunal a reconnu que l’intimé avait adopté la politique de bonne foi, de sorte qu’il satisfaisait au volet subjectif du critère des exigences reconnues comme étant réellement requises ou « justifiées ». En ce qui concerne le volet objectif du critère, le tribunal a fait observer que, si des chauffeurs âgés de plus de 40 ans débutaient à des postes de premier échelon avec peu d’ancienneté, ils devraient faire face à beaucoup de stress au travail. Vu qu’il n’existe aucun moyen de prévoir la capacité de quelqu’un à surmonter le stress, il était raisonnable d’utiliser l’âge comme indicateur pour évaluer une telle capacité. Comme la conduite d’un autobus a un impact sur la sécurité publique, la preuve de stress basée sur l’âge était acceptable pour libérer l’employeur du fardeau de la preuve quant à l’existence d’une ERRR. Il était donc justifié de ne pas embaucher de chauffeurs âgés.

Exemple de jurisprudence – Si un employeur justifie une règle basée sur l’âge en invoquant le motif de la sécurité publique, sans fournir de preuve solide à l’appui, la règle ne constituera pas une ERRR : L’employeur a été incapable d’établir que sa politique de refus d’embauche de nouveaux chauffeurs âgés de plus de 35 ans constituait une ERRR¹⁴³. Le tribunal a rejeté la preuve qu’il existe un lien entre l’âge et l’incapacité de surmonter le stress. Il a souligné que la politique de l’employeur remontait à une année antérieure à l’adoption de la loi sur les droits de la personne et qu’il était concevable que la politique originale ait été intentionnellement discriminatoire à l’égard de l’âge, comme le reconnaît le droit actuel relatif aux droits de la personne¹⁴⁴. L’affaire a été soumise en appel d’abord auprès du Tribunal canadien des droits de la personne, puis de la Cour d’appel fédérale, qui ont tous deux confirmé que la société de transport par autobus n’avait pas démontré que sa limite d’âge d’embauche de 35 ans constituait une ERRR¹⁴⁵.

Exemple de jurisprudence – Si une règle discriminatoire à l’égard de l’âge ne repose pas sur une preuve, elle ne répondrait pas au critère des exigences reconnues comme étant réellement requises : Air Canada exigeait que les candidats aux postes de pilotes qui étaient âgés de plus de 27 ans possèdent plus de compétences que les jeunes candidats¹⁴⁶. Air Canada cherchait à justifier sa politique en fonction de la sécurité et de motifs économiques, mais la mesure n’a pas été considérée comme une ERRR parce qu’il n’existait pas de preuve justifiant la spécification de l’âge comme mesure de sécurité. Dans une autre affaire fédérale, il fallait déterminer si un groupe de pilotes et d’agents de bord avait été victimes de discrimination lorsqu’ils n’avaient pas été mutés du ministère des Transports au ministère de la Défense nationale¹⁴⁷. La Cour d’appel fédérale a jugé que l’âge avait été un facteur dans la décision relative à la mutation et le Ministère n’avait pas pu démontrer la viabilité de la spécification de l’âge à titre d’ERRR dans les circonstances.

Notes en fin de texte

¹ *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, art. 2.1 et art. 3 à 8 [Loi].

² D'autres motifs de distinction, comme la religion, l'état matrimonial ou la condition sociale, peuvent eux aussi changer comme indicateurs de l'identité d'une personne, soumis à un changement en fonction de la situation ou des choix de vie changeants d'une personne.

³ Pnina Alon-Shenker, « 'Age is Different': Revisiting the Contemporary Understanding of Age Discrimination in the Employment Setting » (2013) 31 *Canadian Labour and Employment Law Journal* aux pp 38-39. [Alon-Shenker, « Age is Different »].

⁴ Les termes « âgé », « personne âgée », « aîné » et « jeune » sont notamment utilisés dans la présente ligne directrice comme indicateurs généraux de l'âge biologique et non comme moyen de regrouper les personnes en typologies d'âge fixes. La littérature anti-âgisme et la jurisprudence sur les droits de la personne reconnaissent que les personnes d'un même âge biologique ont des capacités physiques, mentales et émotives différentes; c'est pourquoi une caractérisation rigide des personnes sous les épithètes « âgé » ou « jeune » induit en erreur et est inexacte. Donc, lorsque ces termes sont employés dans la présente ligne directrice, il faut les lire en tenant compte des mises en garde qui y sont rattachées. Il est à noter, par exemple, que l'Organisation mondiale de la Santé reconnaît que le terme « âgé » constitue une construction sociale qui « définit les normes, les rôles et les responsabilités escomptés chez une personne âgée et est fréquemment employé dans un sens péjoratif » [trad.]. Organisation mondiale de la Santé, *Rapport mondial sur le vieillissement et la santé*, Genève, Organisation mondiale de la Santé, 2016 [OMS].

⁵ Par exemple, un arbitre a souligné dans une décision rendue en 2010 que « l'âge diffère des autres motifs de distinction illicite » [trad.] et « que contrairement aux autres motifs, avoir un âge donné est un attribut que chaque membre de la majorité devrait éventuellement partager » [trad.]. La décision a reconnu que les parties à la plainte subiraient un certain préjudice en raison de leur âge, mais elle a souligné que les distinctions fondées sur l'âge devraient permettre « la considération voulue des pratiques et des valeurs socioéconomiques importantes » [trad.]. *Ontario Nurses Association c Chatham-Kent (Municipality)* (2010), 88 CCPB 95, 202 LAC (4e) 1.

⁶ C. T. Gillin et Thomas R. Klassen, « The Shifting Judicial Foundation of Legalized Age Discrimination » dans C. T. Gillin, David MacGregor et Thomas R. Klassen, dir, *Time's Up! Mandatory Retirement in Canada*, Toronto, Lorimer, 2005, 45-73. Les auteurs soutiennent qu'étant donné que la Cour suprême du Canada a justifié la discrimination fondée sur l'âge selon des motifs sociaux et économiques dans *McKinney c Université de Guelph*, [1990] 3 RCS 229 [McKinney] et d'autres affaires, de telles raisons ont été reconnues comme légitimes dans une analyse subséquente de la discrimination fondée sur l'âge.

⁷ Appuyant implicitement cette opinion, la Cour suprême du Canada a affirmé que chacun vivra une période de jeunesse et une période de vieillesse et que ce fait amoindrit l'argument que des groupes d'âge particuliers subissent une discrimination arbitraire. *Gosselin c Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84 [*Gosselin*].

⁸ Alon-Shenker, « Age is Different », *supra* note 4.

⁹ Dans l'affaire *McKinney* ayant créé un précédent (voir la note 6 ci-dessus), la Cour suprême du Canada a reconnu que l'âge a, en tant que motif de discrimination, a moins retenu l'attention sur le plan judiciaire que les autres motifs de distinction illicite.

¹⁰ Par exemple, un plaignant de 43 ans a plaidé que les Forces armées canadiennes avaient exercé une discrimination contre lui en raison de son âge lorsqu'elles avaient embauché un officier plus jeune à un poste que le plaignant avait lui aussi postulé. Même si l'un des intervieweurs avait griffonné l'âge du plaignant dans la marge de ses notes d'évaluation, le tribunal n'a pas considéré qu'il s'agissait d'une preuve suffisante de discrimination fondée sur l'âge dans le cadre du processus d'embauche. *Bradley c Canada (Procureur général)*, [1999] ACF n° 370 (CAF).

¹¹ Le Québec a été la première autorité compétente du domaine des droits de la personne à inclure « l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi » dans sa liste des motifs protégés en 1962. Il a été suivi de la Colombie-Britannique (1964) et de l'Ontario (1966). Dans les années 1970, toutes les autorités compétentes au Canada avaient inclus la discrimination fondée sur l'âge comme motif protégé dans leurs lois sur les droits de la personne. Dans la *Loi* du Nouveau-Brunswick, l'âge a été ajouté comme motif en 1973.

¹² Les restrictions relatives à l'âge imposées par la loi aux personnes n'ayant pas atteint l'âge légal, par exemple, échappent à l'application des protections des droits de la personne liées à l'âge. Auparavant, certaines lois sur les droits de la personne définissaient l'âge en établissant des limites d'âge. Par exemple, lorsque l'âge a été ajouté comme motif dans la *Loi* du Nouveau-Brunswick en 1973, la définition suivante du terme âge a également été incluse : « âge » signifie âgé de 19 ans et plus » – cette définition a été abrogée en 1992. La Colombie-Britannique et la Saskatchewan avaient inclus une fourchette d'âge de 19 à 64 ans dans leurs lois sur les droits de la personne, alors que la *Loi* de l'Ontario définissait une fourchette de 18 à 64 ans. Ces spécifications de l'âge ont désormais été supprimées, car elles restreignaient la portée des protections de l'âge de certains groupes d'âge.

¹³ John Macnicol, *Age Discrimination: An Historical and Contemporary Analysis*, New York, Cambridge University Press, 2006 à la p. 5 [Macnicol].

¹⁴ L'Organisation mondiale de la Santé définit l'âgisme ainsi : « L'âgisme est le fait d'avoir des préjugés ou un comportement discriminatoire envers des personnes ou des groupes en raison de leur âge. L'âgisme peut prendre de nombreuses formes, notamment des comportements fondés sur des préjugés, des pratiques discriminatoires ou des politiques institutionnelles tendant à perpétuer des croyances de ce type » [*trad.*]. OMS, *supra*

note 4. Le Centre international de la longévité décrit l'âgisme institutionnel ainsi : « des missions, des règles et des pratiques qui sont discriminatoires à l'égard de personnes ou de groupes en raison de leur âge avancé » [trad.]. Citation dans Lynn McDonald, « The Evolution of Retirement as Systemic Ageism » dans Patricia Brownell et James J. Kelly, dir, *Ageism and Mistreatment of Older Workers: Current Reality, Future Solutions*, Springer eBook, 2013, 69-90 [McDonald].

¹⁵ Robert N. Butler, « Age-ism : Another Form of Bigotry » (1969) 9:4 *The Gerontologist* 243-246. Butler a contribué, à titre de président du District of Columbia Advisory Committee on Aging (« Comité consultatif sur le vieillissement du district de Columbia »), à l'aménagement de logements publics pour aînés. Il a observé que les « citoyens blancs d'âge moyen et de la classe moyenne » [trad.] ont réagi avec hostilité à une proposition de construction d'un logement spécial pour les Afro-Américains âgés à faible revenu. L'âgisme, selon Butler, sévit dans la société américaine, qui a « traditionnellement valorisé le pragmatisme, l'action, le pouvoir et la vigueur des jeunes au détriment de la contemplation, de la réflexion, de l'expérience et de la sagesse de l'âge » [trad.] (p. 243).

¹⁶ Robert N. Butler, « Ageism » dans George L. Maddox, dir, *The Encyclopedia of Ageing*, vol 1, New York, Springer, 2001 à la p 35 [Butler, « Ageism »]. Butler souligne : « L'âgisme se manifeste ainsi dans des stéréotypes et des mythes, un mépris absolu et une aversion, ou simplement l'évitement subtil de contact, des pratiques discriminatoires en matière de logement, d'emploi et de services de tous genres, des épithètes, des caricatures et des blagues. L'âgisme devient parfois un moyen commode pour la société de promouvoir des points de vue au sujet des personnes âgées pour se soustraire à ses responsabilités à leur égard. À d'autres moments, il sert un objectif hautement personnel, soit la protection de personnes plus jeunes (en général d'âge moyen), souvent à un coût émotionnel élevé, en leur évitant de penser à des choses qui les effraient (le vieillissement, la maladie et la mort) [trad.]. »

¹⁷ Macnicol, *supra* note 13 à la p 26. Se prononçant sur les sondages aux États-Unis et en Grande-Bretagne, Macnicol affirme qu'il est particulièrement difficile de prouver la discrimination fondée sur l'âge lorsqu'elle est appuyée par des motifs statistiques et économiques, et lorsqu'elle est institutionnelle et indirecte. Dans un récent livre, Ashton Applewhite se prononce sur l'âgisme ainsi : « Comme toute discrimination, l'âgisme légitimise et soutient l'inégalité entre les groupes, soit entre les jeunes et ceux qui ne sont plus jeunes dans ce cas. Différents types de discrimination – notamment le racisme, le sexisme, l'âgisme, le capacitisme et l'homophobie – interagissent, créant des couches d'oppression dans les vies de personnes et de groupes. L'oppression est reflétée par la société qui la renforce par les systèmes économique, juridique et médical ainsi que par les autres systèmes que chacun de nous navigue au quotidien. Si nous ne contestons pas cette stigmatisation, nous la reproduisons. » [trad.] Ashton Applewhite. *This Chair Rocks: A Manifesto Against Ageism*. New York: Celadon Books, 2019. [Applewhite].

¹⁸ Macnicol, note *supra* 13 à la page 27. D'autres recherches ont laissé indiquer, tout comme Butler (voir la note 16 ci-dessus), que le préjugé fondé sur l'âge découle de la

peur de notre propre mortalité. Voir, par exemple, Ashton Applewhite, *This Chair Rocks: A Manifesto Against Ageism*, New York, Celadon Books, 2019 [Applewhite]. Les juges dissidents dans la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Dickason c Université de l'Alberta*, [1992] 2 RCS 1103 à la p 34 [Dickason] ont appuyé la même idée : « Comme dans notre société, l'âge avancé est associé de moins en moins à la sagesse et à la tranquillité et de plus en plus aux infirmités et à la dépendance, nous en avons peur. Nous sommes peut-être *davantage portés* à faire de la discrimination contre les personnes âgées, tentant vainement de nous distancier de ce qui nous arrivera inévitablement un jour. » Le terme gérontophobie est parfois utilisé pour décrire ce phénomène : « la peur du vieillissement et l'aversion, et même la haine, à l'endroit des personnes âgées » [trad.]. Applewhite, *supra* note 17 à la p 4.

¹⁹ Margaret Thornton et Trish Luker, « Age Discrimination in Turbulent Times » (2010) 19:2 *Griffiths Law Review* [Thornton et Luker]. Les auteurs soutiennent que l'économie industrielle traditionnelle soutenait des carrières professionnelles plus stables et structurées, alors que la culture néolibérale axée sur le profit a créé une société du risque (selon une théorie d'Ulrich Beck), qui pousse les décideurs à considérer la discrimination fondée sur l'âge comme « un enjeu du marché du travail économique plutôt que comme une question d'égalité » [trad.].

²⁰ *Gosselin, supra* note 7 aux paras 32 et 38, entre autres. La Cour suprême du Canada a souligné que les distinctions fondées sur l'âge constituent un moyen courant et essentiel d'organisation de la société et que le fait d'invoquer l'âge comme motif de distinction ne prouve pas inévitablement un désavantage préexistant et une discrimination. La cour a également fait observer que la discrimination fondée sur l'âge n'est pas aussi répandue et endémique que la discrimination fondée sur la race ou la religion.

²¹ Applewhite (voir la note 17 ci-dessus) avance dans 8 : « Les stéréotypes gênent l'empathie, privant les gens de l'expérience des autres même si, comme dans le cas de l'âgisme, les « autres en question sont ce que nous deviendrons dans l'avenir » [trad.]. Les gérontologues ont soutenu qu'une façon de défier les stéréotypes au sujet du vieillissement consiste à changer notre façon de penser au sujet de l'âge en nous attardant sur le cheminement de la vie plutôt que sur les cycles de la vie. Le concept des cycles de la vie impose des catégories rigides comme l'enfance, la jeunesse, l'adolescence et l'âge moyen, et produit des stéréotypes et de la discrimination. Le terme *cheminement de la vie*, par contre, considère le vieillissement comme un processus continu et élimine les connotations fixes ou limitantes rattachées à chaque phase de la vie. Macnicol, *supra* note 13 à la p 5.

²² Macnicol, *supra* note 13. Il s'agit d'une opinion répandue qui a été critiquée à titre de « sophisme d'une masse fixe de travail » [trad.].

²³ *Ibidem*. Dans *The Imaginary Time Bomb*, l'économiste britannique Phil Mullan soutient que la peur que le monde moderne a d'une population vieillissante, le prétendu « tsunami gris », est fautive. Cette promotion de la peur a plutôt servi « à justifier les réductions

accrues du rôle du gouvernement dans l'économie et à refréner l'État providence » [trad.]. Citation d'Applewhite (voir la note 17 ci-dessus).

²⁴ McDonald, *supra* note 14.

²⁵ Dans une décision importante de la Cour suprême du Canada (*Dickason*, voir la note 18 ci-dessus), qui a appuyé la retraite obligatoire des professeurs à un âge fixe, le jugement dissident a affirmé que la loi sur droits de la personne vise à éliminer les stéréotypes. Il est souligné que l'hypothèse voulant que les universitaires âgés soient moins productifs et originaux que leurs collègues plus jeunes était basée sur un stéréotype fondé sur l'âge.

²⁶ *Stoffman c Vancouver General Hospital*, [1990] 3 RCS 483 [Stoffman]. Voir la note 6 ci-dessus en ce qui a trait à *McKinney*.

²⁷ Susan Sontag, « The Double Standard of Aging » dans Vida Carver et Penny Liddiard, dir, *An Ageing Population*, Berkshire, Open University Press, 1978, 72-80.

²⁸ Macnicol, par exemple, (voir la note 13 ci-dessus) fait part des souffrances passées systématiques des personnes âgées « dans des infirmeries d'assistance surpeuplées, occupant des emplois occasionnels humiliants, vivant stoïquement dans la pauvreté familiale, et ainsi de suite » [trad.] (25).

²⁹ Alan Walker, « The Neglect of Ageing » (26 janvier 2018), en ligne : International Network for Critical Gerontology <<https://criticalgerontology.com/neglect-of-ageing/>>. Walker mentionne : « Les principaux facteurs sociaux qui déterminent notre façon de vieillir, ou si nous vieillissons, sont le statut socioéconomique, le régime alimentaire, la qualité de l'air et l'emploi » [trad.]. McDonald (voir la note 14 ci-dessus) appuie cette opinion : « Le vieillissement est un processus de conception sociale qui est conditionné par l'endroit où l'on se trouve dans la structure sociale et les facteurs économiques, politiques et sociaux qui l'affectent. » [trad.] Selon Macnicol (voir la note 13 ci-dessus) : « La biologie du vieillissement est modifiée par les attitudes et les processus sociaux. Le vieillissement normal est très difficile à définir lorsqu'il est séparé des processus socioéconomiques » [trad.] (129). L'Organisation mondiale de la Santé définit la santé comme un « état de bien-être physique, mental et social complet et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité » (citation dans Macnicol, 129).

³⁰ Dans *Dickason* (voir la note 18 ci-dessus), deux juges dissidents ont fait remarquer que les conséquences éventuellement dévastatrices de la retraite obligatoire l'emportent sur ses avantages pour les employeurs. Attirant l'attention sur l'intersectionnalité entre la discrimination fondée sur l'âge et celle fondée sur le genre, l'opinion dissidente a mis en relief le fait que les travailleuses sont plus vulnérables aux effets négatifs de la retraite obligatoire parce qu'elles occupent généralement des emplois moins bien rémunérés et que leurs carrières sont souvent interrompues par les obligations familiales : « En raison de ces raisons socioéconomiques et des régimes de retraite privés et gouvernementaux de pensions qui sont établis en fonction des années de travail, la retraite obligatoire à

65 ans devient à certains égards une question de discrimination fondée autant sur le sexe que sur l'âge ». Voir également *Fraser c Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28. La Cour suprême du Canada a jugé que l'incapacité des membres de la GRC (principalement les femmes) inscrits à un programme de partage de poste de racheter des droits à pension avait un effet inégal sur les femmes et que la perte de ces prestations de pension en raison du partage de postes ou d'une réduction temporaire des heures de travail violait donc les droits à l'égalité de ces femmes en vertu du paragraphe 15(1) de la *Charte*.

³¹ Par exemple, la Sécurité de la vieillesse (SV) accorde une allocation indexée universelle à tous les aînés de plus de 65 ans et le Supplément de revenu garanti (SRG) peut s'y ajouter. Les prestations complètes de la SV et du SRG peuvent aider les aînés mariés à se rapprocher du seuil de la pauvreté, mais elles se situent au-dessous du seuil de la pauvreté dans le cas des aînés vivant seuls. Comme les femmes constituent une part disproportionnée des aînés vivant seuls, en particulier au sein des groupes les plus âgés, ces programmes ne peuvent pas sortir les femmes âgées de la pauvreté. De plus, les prestations du Régime de pensions du Canada (RPC) sont liées aux cotisations des travailleurs et de leurs employeurs en fonction d'un pourcentage des gains moyens. Ainsi, les femmes, qui sont plus susceptibles d'occuper des emplois moins bien rémunérés et de travailler durant des périodes plus courtes, touchent des prestations du RPC bien plus faibles que celles de leurs homologues masculins. Les femmes ont tendance aussi à travailler dans des secteurs comme la vente au détail, qui n'offrent souvent pas de régime de pension aux employés et dont les gains ne suffisent pas pour permettre aux employés de contribuer à des REER.

³² Thornton et Luker (voir la note 19 ci-dessus) font observer : « Les femmes travaillent dans les secteurs de la vente au détail et des services, bénéficiant d'une protection moindre des régimes de pension. De plus, elles touchent des salaires inférieurs et ont moins de régimes d'épargne-retraite (REER). Elles n'ont pas donc d'autre choix que de continuer à travailler tant que leur santé et leur rendement au travail le permettront. Les politiques de retraite obligatoire peuvent donc causer des difficultés économiques graves aux femmes. Les groupes de femmes soutiennent que même l'histoire de la retraite obligatoire a été axée sur la retraite des hommes et qu'elle néglige l'expérience des travailleuses. »

³³ La *Déclaration universitaire des droits de l'homme*, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966) et le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966) sont collectivement appelés la *Charte internationale des droits de l'homme*.

³⁴ La *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles* (1990) est la seule convention des Nations Unies qui impose des obligations à l'égard de la discrimination fondée sur l'âge dans le contexte restreint des travailleurs migrants.

³⁵ En 1982, l'Assemblée mondiale sur le vieillissement des Nations Unies a rendu public le *Plan d'action international sur le vieillissement*. En 1991, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution, *Principes des Nations Unies pour les personnes âgées*, qui met en évidence cinq aspects à améliorer pour les personnes âgées : l'indépendance, la participation, les soins, l'épanouissement personnel et la dignité. En 2002, la deuxième Assemblée mondiale sur le vieillissement a adopté deux documents : *Une déclaration politique* et *Le Plan d'action international de Madrid sur le vieillissement*, qui détaillent un programme axé sur trois priorités : les personnes âgées et le développement; la promotion de la santé et du bien-être jusque dans le troisième âge; et la création d'environnements porteurs et favorables. Avant ces initiatives, en 1938, l'Organisation internationale du Travail a publié un rapport documentant la discrimination à l'égard des travailleurs âgés dans plusieurs pays. *Rapport du Bureau sur la question de la discrimination exercée à l'égard des travailleurs d'âge avancé*, Bureau international du Travail, 1938.

³⁶ En vertu du droit international, seuls les conventions et les traités ont force obligatoire auprès des États signataires, obligeant les États à rendre leur législation intérieure conforme aux dispositions des conventions internationales. Les déclarations font part d'un niveau élevé de préoccupation politique, mais elles n'ont aucune force obligatoire pour assurer la conformité des États. De même, les résolutions expriment un accord sur la prise de mesures futures face aux problèmes envisagés, alors que les programmes d'action soumettent des recommandations aux États membres pour qu'ils abordent les préoccupations citées.

³⁷ Macnicol, *supra* note 13.

³⁸ *Kearns c Dickson Trucking Ltd* (1988), 10 CHRR D/5700 (Trib can).

³⁹ *Politique sur la discrimination fondée sur l'âge à l'endroit des personnes âgées*, Commission ontarienne des droits de la personne, 2007.

⁴⁰ Le paragraphe 15(1) de la *Charte* se lit ainsi : « 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. »

⁴¹ Voir la note en fin de texte 12.

⁴² Les exigences professionnelles justifiées ou réelles (sont mentionnées dans la jurisprudence au moyen des acronymes EPJ ou EPR. Toutefois comme l'article 2.2 de la *Loi* utilise les termes « une exigence ou une compétence reconnue comme étant réellement requise » (sans le mot « professionnel »), la présente ligne directrice utilise l'abréviation ERRE.

⁴³ L'article premier de la *Charte* se lit ainsi : « 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. » Dans l'arrêt *McKinney* (voir la note 6 ci-dessus), la Cour suprême du Canada a affirmé que l'article premier de la *Charte* sert les mêmes fins dans les contestations en vertu de la *Charte* que la justification d'une exigence reconnue comme étant réellement requise en vertu des lois sur les droits de la personne.

⁴⁴ *Ontario Nurses Association c Chatham-Kent (Municipality)* (2010), 88 CCPB 95, 202 LAC (4e) 1. Selon la convention collective de l'employeur, les infirmières de plus de 65 ans pouvaient demander un maximum de 60 jours comme congés de maladie payés alors que celles de moins de 65 ans avaient droit à un maximum de 119 jours. Dans le même ordre d'idée, les infirmières de plus de 65 ans pouvaient accumuler jusqu'à 60 jours de congé de maladie, mais celles au-dessous de 65 n'étaient assujetties à aucune limite. De plus, les infirmières de plus de 65 ans avaient droit à 5 000 \$ de prestations d'assurance-vie, mais celles de moins de 65 ans avaient droit au double de leur traitement annuel. Les infirmières de 65 ans ou plus se voyaient par surcroît refuser la participation au régime d'invalidité à long terme et l'assurance en cas de décès et de mutilation par accident.

⁴⁵ Une justification au titre de l'article premier de la *Charte* doit satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes*, établi par la Cour suprême du Canada dans *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103. Selon le critère en question, une règle discriminatoire doit satisfaire à des normes prescrites de proportionnalité et de caractère raisonnable pour l'emporter sur un droit protégé par la Constitution (le droit à l'égalité fondée sur l'âge à l'article 15, par exemple).

⁴⁶ *Zurich Insurance Co c Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 RCS 321.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Heidt c Saskatoon (City)* (1988), 9 CHRR D/5380 (Sask Bd Inq).

⁴⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c Etobicoke*, [1982] 1 RCS 202 [Etobicoke].

⁵⁰ *Withler c Canada (Procureur général)*, [2011] 1 RCS 396.

⁵¹ *R. c Kapp*, 2008 SCC 41 : Dans sa décision sur l'égalité la plus importante rendue depuis *Law c Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 RCS 497 [Law], la Cour suprême du Canada s'est éloignée de l'accent mis sur la dignité humaine pour prendre en considération maintenant la discrimination selon le critère de l'arrêt *Andrews* (établi dans *Andrews c Law Society of British Columbia*, [1989] 1 RCS 143) pour faire la preuve de discrimination, un demandeur doit démontrer qu'il a été traité de façon

différente à cause d'un motif précisé ou analogue et que le traitement était basé sur un stéréotype et un parti pris.

⁵² *Gosselin, supra note 7*

⁵³ De même, des décisions des cours et des tribunaux ont établi que la restriction des emplois d'été pour étudiants aux étudiants âgés de 18 à 24 ans n'est pas discriminatoire à l'égard du motif de l'âge. Voir, par exemple, *Mayo c Iron Ore Co of Canada* (2002), 43 CHRR D/65.

⁵⁴ *Decision No 512/06*, 2011 ONWSIAT 2525 (CanLII).

⁵⁵ Dans une affaire similaire, *Zaretski c Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 8 WWR 422, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a statué au sujet du paragraphe 68(2) de la *Workers' Compensation Act 1979* (« Loi sur les accidents du travail ») de la Saskatchewan, qui refuse de verser des prestations pour pertes de gains aux travailleurs de plus de 65 ans et les substituent par des versements de rentes bien inférieurs. La cour a jugé que la loi de la Saskatchewan violait l'article 15(1) de la *Charte*, mais qu'il était justifié en vertu de l'exception prévue à l'article premier de la *Charte*, parce que la création d'une distinction entre les prestations pour pertes de gains et les prestations de retraite constituait un objectif raisonnable et rationnel ayant été appliqué proportionnellement. L'autorisation d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel de la Saskatchewan a été rejetée dans l'affaire [1998] S.J. n° 319. De même, l'autorisation d'interjeter appel auprès de la Cour suprême du Canada a elle aussi été rejetée, [1998] SCCA n° 305), 28 janvier 1999.

⁵⁶ La décision rendue a accordé la préférence à des considérations socioéconomiques plus générales plutôt qu'aux droits à l'égalité fondée sur l'âge des travailleurs âgés. Selon l'observation dissidente minoritaire, l'article était discriminatoire parce qu'il ne prenait pas en compte la situation déjà désavantagée du demandeur dans la société canadienne à titre de travailleur âgé [...], ce qui perpétuait ou appuyait le point de vue voulant que la personne en question soit moins apte ou mérite moins de reconnaissance ou ait moins de valeur en tant qu'être humain ou membre de la société canadienne [*trad.*]. »

⁵⁷ *Laronde c Nouveau-Brunswick (Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents du travail)*, 2007 NBCA 10, 312 RNB (2e) 173.

⁵⁸ *Law, supra note 51*.

⁵⁹ *Riddell c IBM Canada*, 2009 HRTO 1454 (QL) [*Riddell*].

⁶⁰ Dans *Price c Top Line Roofing Ltd*, 2013 BCHRT 306, le Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique a affirmé au paragraphe 77 : « Si le rendement au travail est le problème, l'employeur doit traiter l'employé âgé avec le même respect que celui accordé à tous les employés, c'est-à-dire qu'il doit lui signaler les problèmes de rendement au travail et lui permettre de satisfaire à la norme du milieu de travail » [*trad.*].

⁶¹ *Kearns c Dickson Trucking Ltd* (1988), 10 CHRR D/5700 (Trib can).

⁶² *Clennon c Toronto East General Hospital*, 2009 HRTO 1242 [Clennon].

⁶³ *Adams c Bata Retail* (1989), 10 CHRR D/5954 (Ont Bd Inq). Voir une conclusion judiciaire similaire dans *Watchman c Canada Safeway Ltd.* (1992), 16 CHRR D/322 (BCCHR).

⁶⁴ *Broadley c Steel Co. of Canada Inc.* (1991), 15 CHRR D/408 (Ont. Bd. Inq.).

⁶⁵ *International Brotherhood of Electrical Workers, Local 353 c Black & McDonald Limited*, 2010 CanLII 58144 (ON LRB).

⁶⁶ *Cowling c Alberta (Employment and Immigration) (No 2)*, 2012 AHRC 12. Dans *Québec (Commission des droits de la personne) c Cie minière Québec Cartier* (1994), 23 CHRR D/408, l'entreprise a renvoyé un gestionnaire âgé dans le cadre d'une restructuration organisationnelle. La preuve a toutefois démontré que les gestionnaires de plus de 52 ans avaient été touchés de manière disproportionnée par les nouveaux changements. Aucune preuve de mesure d'adaptation raisonnable (comme une mutation à un autre poste) n'avait été présentée, de sorte que la discrimination fondée sur l'âge a été établie. Cette décision a toutefois été renversée par la Cour d'appel du Québec dans *Compagnie minière Québec cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 (QC CA), qui a jugé que le plaignant avait été renvoyé à cause de problèmes de productivité et que l'âge n'avait pas constitué un facteur du renvoi. Le tribunal en était aussi venu à la conclusion que le programme de retraite de l'employeur constituait un avis de licenciement suffisant.

⁶⁷ *Kuun c University of New Brunswick* (1984), 6 CHRR D/2557 (NBCA)

⁶⁸ *Law c Thames Valley District School Board*, 2011 HRTO 953 (CanLII).

⁶⁹ *Office régional de la santé du Nord c Horrocks*, 2021 CSC 42. Voir aussi : *Robson c University of New Brunswick*, 2022 CanLII 40804 (NB LEB).

⁷⁰ Dans une affaire ancienne, *Derkson c Flyer Industries Ltd.* (1977), (Inédite), la commission a rejeté les arguments de chose jugée ou de préclusion (qui alléguaient que l'affaire avait été rejetée en arbitrage) et a justifié l'audition de la cause sous le régime des droits de la personne parce que les enjeux, les parties et les recours différaient devant les deux forums. Citation dans Walter Tarnopolsky et William Pentney, *Discrimination and the Law*, Toronto, Thomson and Carswell, 2004, partie II, 7-23 [Tarnopolsky].

⁷¹ Pnina Alon-Shenker, « Ending Mandatory Retirement: Reassessment » (2014) 35 *Windsor Review of Legal and Social Issues* 22-53 [Alon-Shenker, « Reassessment »]. En 1889, l'Allemagne est devenue le premier État à adopter un système de pension de

sécurité sociale pour les personnes de 70 ans et plus (changé plus tard à 65 ans); la Grande-Bretagne a adopté sa loi relative à la vieillesse en 1908 et la *Social Security Act* des États-Unis est entrée en vigueur en 1935. Dans le contexte canadien, selon Lynn McDonald (voir la note 14 ci-dessus), la Compagnie de la Baie d'Hudson a été le premier employeur canadien à adopter des dispositions relatives à la maladie et à la sécurité de la vieillesse à l'intention des employés « méritants » dès le 18^e siècle. La Grand Trunk Railway a institué le premier régime de pension industriel au Canada, en tant qu'« outil de gestion » visant à assurer la loyauté des employés et à conserver ou éliminer les employés selon les besoins. La *Loi sur la sécurité sociale* du Canada a été adoptée en 1951, tandis que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* a été restructurée au cours des années 1960 et 1970. En 1965, le Régime de pensions du Canada/Régime des rentes du Québec (RPC/RRQ) est entré en vigueur et a normalisé la retraite dans le cadre du cheminement de la vie. McDonald révèle qu'une enquête de 1938 de l'Université Queen's avait établi que 70 % des Canadiens étaient dépourvus de protections du revenu au cours de la vieillesse.

⁷² Alan Walker, « Active Ageing in Employment: Its Meaning and Potential » (2006) 13:1 *Asia-Pacific Review* 78-93. Walker mentionne : « La retraite est à la fois la principale forme de discrimination fondée sur l'âge et la force d'impulsion derrière le développement amplifié de l'âgisme dans les sociétés modernes. [C'est] un processus social de discrimination fondée sur l'âge qui vise à exclure en masse les personnes âgées de la population active » [*trad.*].

⁷³ Suivant la règle de l'exigence reconnue comme étant réellement requise, la retraite obligatoire sera justifiée si les employeurs ou les fournisseurs de régimes de pension peuvent démontrer par une preuve tangible que la politique de retraite obligatoire constitue une nécessité professionnelle (liée au travail) et qu'ils seront soumis à une contrainte excessive sans la disposition relative à la retraite obligatoire. Les tribunaux appuient des règles strictes pour évaluer la légitimité des allégations d'exigence reconnue comme étant réellement requise.

⁷⁴ Dans les institutions fédérales et en Ontario, au Québec, au Manitoba et au Yukon, la retraite obligatoire est expressément interdite, sauf dans des contextes très limités ou s'il a été démontré qu'elle constituait une exigence reconnue comme étant réellement requise.

⁷⁵ Les lois sur les droits de la personne de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, de Terre-Neuve-et-Labrador, des Territoires du Nord-Ouest, de la Nouvelle-Écosse, du Nunavut, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Saskatchewan permettent la retraite obligatoire si son interdiction nuisait au « fonctionnement d'un régime de retraite ou de pension effectif » [*trad.*]. Le libellé, qui est unanime dans les lois de tous ces territoires et provinces, permet seulement la retraite obligatoire en vertu d'une condition stricte : le fournisseur du régime de retraite doit fournir la preuve que la disposition relative à la retraite obligatoire est essentielle au fonctionnement et à la viabilité du régime.

⁷⁶ L'alinéa 4(6)a) de la *Loi* permet « une cessation d'emploi ou un refus d'emploi en raison des modalités ou des conditions d'un régime de retraite ou de pension effectif ». *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c Potash Corporation of Saskatchewan Inc*, [2008] 2 RCS 604 [Potash], la Cour suprême du Canada en a interprété le sens et la portée. Selon la Cour suprême, l'employeur ou le fournisseur du régime n'est pas obligé, en vertu de l'alinéa 4(6)a), de prouver que la règle sur la retraite obligatoire est essentielle au fonctionnement et à la viabilité du régime de pension. Pour établir la légalité du régime, le fournisseur du régime doit prouver qu'il s'agit d'un régime effectif : il doit démontrer que le régime est enregistré en vertu de la *Loi sur les prestations de pensions* provinciale, qu'il a été mis sur pied de bonne foi et qu'il a été créé au mieux des intérêts des employés.

⁷⁷ Alon-Shenker, « Reassessment », *supra* note 71.

⁷⁸ Macnicol, *supra* note 13 aux pp 37-38.

⁷⁹ Macnicol, (voir la note 13 ci-dessus) qualifie l'approche de « principe du canot de sauvetage » [trad.], qui suppose qu'il existe un nombre fixe d'emplois dans l'économie d'un pays à quelque moment que ce soit et qu'il faut donc un partage équitable des emplois. Le principe a été avancé par des employeurs britanniques et des syndicats au cours des années 1930, 1970 et 1980 durant des périodes de récession économique et de chômage élevé (43).

⁸⁰ L'observation dissidente dans l'arrêt *McKinney* (voir la note 6 ci-dessus) a réfuté cet argument aux pages 430-431 : « Les normes objectives d'évaluation du rendement au travail constituent-elles un grave affront humiliant 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. 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. »

⁸¹ Dans le même ordre d'idée, comme Macnicol le fait remarquer (voir la note 13 ci-dessus), on peut également alléguer (même si de telles objections binaires ne favorisent pas des discussions productives) que la prétendue « jeune société » [trad.] que les nouveaux employeurs appuient présente des inconvénients. Macnicol mentionne : « La jeunesse est associée à des niveaux élevés de criminalité, de familles monoparentales, de chômage, de suicides, d'homicides, de consommation de drogues, de décès traumatisants de tous genres, d'accidents de véhicules à moteur, de dépenses élevées en matière de santé et d'éducation, et ainsi de suite » [trad.] (p. 4).

⁸² *Ibid.* à la p 52.

⁸³ *Ibidem*. Macnicol définit une *génération* en tant que « cohorte de naissances sur 25 années » [trad.] et il allègue que les classifications établissant des distinctions comme la génération âgée, les enfants de l'après-guerre, la génération d'aide sociale, etc., sont trompeuses; il existe une diversité marquée parmi les sous-groupes de la population et l'attribution de caractéristiques générationnelles à certains groupes aboutit à des stéréotypes fondés sur l'âge et à des choix politiques sans fondement.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Voir, par exemple, la sentence arbitrale du professeur Bora Laskin dans *Re Rexall Drug Co Ltd and International Chemical Workers' Union, Local 279* (1953), 4 LAC 1468. Tarnopolsky, *supra* note 70, partie II, 7-19.

⁸⁶ *Etobicoke*, *supra* note 49.

⁸⁷ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 RCS 1297 à la p D/212, para 20. Voir également le commentaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 RCS [Dairy Pool] à la p 518 : « S'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée. »

⁸⁸ *Brossard (Ville) c Québec*, [1988] 2 RCS 279.

⁸⁹ Dans l'arrêt *Air Canada c Carson*, [1985] 1 CF 209 à la p D/2850 [Carson], la Cour d'appel fédérale a jugé que la politique de l'employeur qui consistait à ne pas embaucher des pilotes de plus de 27 ans était discriminatoire : « Ainsi, lorsqu'on se demande ce qui est raisonnablement nécessaire pour s'assurer que les pilotes accomplissent leurs fonctions en toute sécurité à mesure qu'ils vieillissent, il semble tout à fait raisonnable de vérifier s'il n'est pas possible ou pratique d'examiner le cas de chaque pilote plutôt que d'empêcher leur embauchage par un refus général de les embaucher. »

⁹⁰ *Cooper c Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 RCS 854 [Cooper], Affaire dans laquelle la Cour suprême du Canada a rejeté l'argument que la retraite obligatoire des pilotes des compagnies aériennes canadiennes en vertu d'une loi fédérale était discriminatoire.

⁹¹ Comme l'a reconnu l'OCDE, un aspect de la retraite involontaire est le fait que les retraités soient amenés à penser que les prestations qui leur sont offertes au moment de la retraite obligatoire ne seront pas accessibles lorsqu'ils seront confrontés à un licenciement plus tard dans leur carrière (citation dans McDonald – voir la note 14 ci-dessus). Une étude de 2005 basée sur l'Enquête sociale générale canadienne de 2002 de Statistique Canada a conclu que 30 % des jeunes retraités avaient rapporté avoir pris leur retraite involontairement. Citation dans Grant Schellenberg, Martin Turcotte et Bali Ram, « Les préparatifs en prévision de la retraite », (2005) 78 *Tendances sociales canadiennes* 8-11.

⁹² *Bell Canada c Office & Professional Employees' Union Local 131*, [1974] RCS 335.

⁹³ *McKinney*, *supra* note 6. L'arrêt *McKinney* a découvert des références fréquentes à la retraite obligatoire dans les décisions des tribunaux et des cours. Dans *Vilven c Air Canada*, [2009] CHRD 24, par exemple, le tribunal a souligné l'approche de la Cour supérieure de l'Ontario sur la question de la retraite obligatoire : « Dans *Association of Justices of the Peace of Ontario*, la Cour de justice supérieure de l'Ontario a jugé que la disposition de la *Loi sur les juges de paix* qui prévoit la retraite obligatoire des juges de paix à l'âge de 70 ans contrevenait au paragraphe 15(1) de la *Charte* et ne représentait pas une exception en vertu de l'article premier. La cour a affirmé qu'en trente années seulement, un changement marqué est survenu dans la législation et les attitudes du public au sujet de la retraite obligatoire en Ontario [...]. Elle a mis la situation en Ontario en 2008 en contraste avec le contexte socioéconomique existant au moment de la décision dans l'affaire *McKinney* en 1990. Au cours des seize années qui se sont écoulées depuis la décision de la Cour suprême du Canada, l'attitude à l'égard de la retraite obligatoire en Ontario a radicalement changé. La législature de l'Ontario a confirmé que la retraite obligatoire constituait une discrimination fondée sur l'âge et elle l'a abolie dans les secteurs public et privé en décembre 2006 (par. 20-21) [*trad.*] ».

⁹⁴ L'observation dissidente dans l'affaire a soutenu que la *Charte* s'appliquait aux universités comme Guelph, parce que les universités exerçaient une fonction publique importante et que le gouvernement exerçait un contrôle important sur celles-ci.

⁹⁵ *Harrison c Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 RCS 451.

⁹⁶ *Stoffman*, *supra* note 26.

⁹⁷ *Douglas/Kwantlen Faculty Association c Douglas College*, [1990] 3 SCR 570. Ce point a été revu par la Cour suprême du Canada dans *Cooper* (voir la note 90 ci-dessus), qui a restreint la compétence des commissions et des tribunaux des droits de la personne à l'égard des questions relevant de l'application de la *Charte*, affirmant que la situation contreviendrait à la doctrine de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

⁹⁸ *Cooper*, *supra* note 90.

⁹⁹ *Etobicoke*, *supra* note 49.

¹⁰⁰ *Ibidem*. À la page 213, la Cour suprême a déclaré que les parties ne peuvent pas renoncer par contrat à nos obligations en matière de droits de la personne : « Même s'il n'apporte aucune restriction formelle à une renonciation de ce genre, le Code est néanmoins une loi publique qui énonce une politique générale de l'Ontario, comme on le constate en lisant le texte législatif lui-même et son préambule. Il ressort clairement de la doctrine, tant canadienne qu'anglaise, que les parties n'ont pas la faculté de renoncer par

contrat aux dispositions de telles lois et que les contrats à cet effet sont nuls parce que contraire à l'ordre public ».

¹⁰¹ *Winnipeg School Division No 1 c Craton*, [1985] 2 SCR 150.

¹⁰² *Saskatoon City*, *supra* note 86. Voir aussi *Saskatchewan (Human Rights Commission) c Moose Jaw (Ville)*, (1989), 11 CHRR D/217 (CSC), Arrêt dans lequel la Cour suprême du Canada a eu recours au même raisonnement pour rejeter le fait que la retraite obligatoire d'un pompier âgé de 62 ans avait contrevenu à la *Human Rights Act* de la Saskatchewan.

¹⁰³ Dans *Etobicoke* (voir la note 49 ci-dessus), au paragraphe 208, la Cour suprême du Canada a défini les critères subjectif et objectif des ERRR : « Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction, comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et [...] et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. Objectivement, [...] (elle doit en outre) se rapporter objectivement à l'exercice de l'emploi en question, en étant raisonnablement nécessaire pour assurer l'exécution efficace et économique du travail [...] ». Le critère *Etobicoke* a été révisé par l'approche unifiée d'évaluation de la discrimination adoptée par la Cour suprême du Canada dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c BCGSEU*, [1999] 3 RCS 3 au para 54 (désormais appelé le critère *Meiorin*) : « Un employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités : 1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause; 2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail; 3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. » Il est à noter que les volets subjectif et objectif des ERRR avaient précédemment été énoncés dans *Cosgrove c City of North Bay*, 1976 BOI 75A.

¹⁰⁴ *Dickason*, *supra* note 18. Le jugement dissident dans la cause a souligné que l'université n'avait pas considéré de solutions de rechange à la retraite obligatoire; il a contesté l'hypothèse de la majorité voulant que la retraite forcée améliore la vigueur intellectuelle de l'université en insufflant de jeunes talents au sein du corps universitaire. L'observation dissidente a également rejeté l'idée que l'âge correspondait à un déclin intellectuel et la jeunesse à l'innovation, qualifiant de telles idées des stéréotypes mêmes que la loi sur les droits de la personne cherchait à éliminer. L'observation dissidente a ajouté que le jugement de la majorité n'avait pas pris en considération l'incidence de la retraite forcée sur la santé et l'estime de soi des professeurs mis à la retraite.

¹⁰⁵ *Supra*, note 6.

¹⁰⁶ La décision de la commission d'enquête dans l'affaire *Dickason* ci-dessus mérite un résumé rapide, en particulier en ce qui a trait à la question de la retraite obligatoire dans

le contexte universitaire. La commission a critiqué l'argument de la retraite obligatoire de l'université selon lequel les jeunes professeurs avaient une résilience et une créativité plus grandes. La commission a affirmé que l'université n'avait pas démontré que l'élimination de la retraite obligatoire réduirait sensiblement les perspectives d'emploi des jeunes universitaires. De plus, l'effet de courte durée sur la nomination des jeunes universitaires ne justifiait pas le renvoi général de tous les universitaires compétents de plus de 65 ans. L'université n'avait pas réussi non plus à montrer pourquoi des pratiques non discriminatoires de rechange produiraient les mêmes résultats ou de meilleurs résultats que la retraite obligatoire. La décision de la commission a aussi attiré l'attention sur les effets négatifs de la retraite obligatoire sur la santé et l'estime de soi des professeurs âgés.

¹⁰⁷ *Potash*, *supra* note 76.

¹⁰⁸ Voir *supra*, note 103.

¹⁰⁹ La Cour suprême du Canada a de plus rejeté le fait que l'alinéa 4(6)a) exige qu'une disposition réponde au critère du caractère raisonnable lorsque l'on analyse si une disposition imposant la retraite obligatoire dans un régime de pension ou de retraite est justifiée. La Cour suprême du Canada a eu recours au critère du caractère raisonnable dans *Zurich* (voir la note 46 ci-dessus). Le critère repose sur l'alinéa 11(1)a) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui prévoit une exemption de la discrimination lorsque « l'exigence, la qualité requise ou le critère est établi de façon raisonnable et de bonne foi dans les circonstances. »

¹¹⁰ Voir par exemple *Hope c St Catharines (City)* (1998), 9 CHRR D/4635 (Ont Bd Inq).

¹¹¹ *Riddell*, *supra* note 59 : Même si l'offre de départ présentée par l'employeur dans ce cas ne constituait pas une offre de retraite anticipée, le tribunal a néanmoins appuyé la notion qu'elle n'était pas discriminatoire si un employeur met simplement à la disposition des employés des incitatifs à la retraite anticipée.

¹¹² *Clennon*, *supra* note 62.

¹¹³ *Deane c Ontario (Ministry of Community Safety and Correctional Services)*, 2011 HRTO 1863 (QL).

¹¹⁴ *Weiler c Farncomb Kirkpatrick & Stirling Surveying Ltd (No 2)*, 2009 HRTO 528 (QL).

¹¹⁵ *Durrer c Banque Canadienne Impériale de Commerce*, 2008 CAF 384 (QL).

¹¹⁶ *Kotecha c Affinia Canada ULC*, 2014 ONCA 411 (QL).

¹¹⁷ *Gillies c Goldman Sachs Canada Inc*, 2001 BCCA 683 (QL).

¹¹⁸ *Way c New Brunswick (Education) (2011)*, CHRR Doc. 11-3018 (NB Bd Inq).

¹¹⁹ Voir également, par exemple, *Gerlach c Canada Trust Company* (1990), 14 CHRR D/211 (BCCHR), où il a été jugé que la retraite obligatoire d'une réceptionniste-standardiste contrevenait au *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique parce qu'aucune preuve n'avait été présentée à l'appui d'une ERRR. Dans une affaire similaire, *MacDonald c Regional Administrative School Unit No 1*, (1992), 16 CHRR D/409 (PEI Bd Inq), la commission d'enquête a confirmé la retraite obligatoire de chauffeurs d'autobus scolaire à l'âge de 65 ans. Selon les preuves médicales d'un spécialiste, les chauffeurs du groupe des plus de 65 ans étaient plus enclins à avoir des accidents et il est impossible de faire passer des tests individuels aux chauffeurs pour déterminer qui est susceptible de développer des problèmes de santé ou de créer des risques pour autrui.

¹²⁰ *McKee c Hayes-Dana Inc.* (1992), 17 CHRR D/79 (Ont Bd Inq).

¹²¹ *Ontario (Human Rights Commission) c Ontario (Ministry of Health)* (1989), 21 CHRR D/259 (Ont CA).

¹²² *O'Brien c Ontario Hydro* (1981), 2 CHRR D/504 (Ont Bd Inq).

¹²³ Alon-Shenker, « The Duty to Accommodate Senior Workers: Its Nature, Scope, and Limitations », (2012) 38:1 *Queen's Law Journal* 165-208.

¹²⁴ *Ibid.* à la p 191.

¹²⁵ La Cour Suprême du Canada a exposé les principaux fondamentaux de l'obligation d'accommodement et d'une contrainte excessive : « L'obligation d'accommodement est donc parfaitement conciliable avec les règles générales du droit du travail, tant celle qui impose à l'employeur l'obligation de respecter les droits fondamentaux des employés que celle qui oblige les employés à fournir leur prestation de travail. L'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur cesse là où les obligations fondamentales rattachées à la relation de travail ne peuvent être remplies par l'employé dans un avenir prévisible. » *Hydro-Québec c Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 RCS 561 (CanLII). Voir également le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Meiorin* (voir la note 103 ci-dessus).

¹²⁶ *Clean Harbors Canada Inc. c Teamsters, Local Union No 419*, [2013] CLAD No 393.

¹²⁷ *Dairy Pool*, *supra* note 87 au para 62.

¹²⁸ Une certaine ambiguïté ressort de la jurisprudence existante au sujet de ce qui constitue un risque « sérieux » ou « suffisant » pour la sécurité publique pour qu'une exigence soit considérée sans équivoque comme une ERRR. La question a été analysée dans *Etobicoke* (voir la note 49 ci-dessus), mais la nature exacte et le niveau de détermination du risque semblent subjectifs ou déterminés au cas par cas.

¹²⁹ *Central Okanagan School District No 23 c Renaud*, [1992] 2 SCR 970.

¹³⁰ *Large c Stratford (Ville)*, [1995] 3 SCR 733 [*Stratford*]. Les volets subjectif et objectif du critère des ERRR ont été définis par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Etobicoke* (voir la note 49 ci-dessus) et ont ultérieurement été revus dans le cadre de l'approche unifiée adoptée par la Cour suprême dans le critère *Meiorin* (voir la note 103 ci-dessus).

¹³¹ La norme de bonne foi d'une ERRR a été critiquée dans la jurisprudence subséquente parce qu'elle contredit le précepte des droits de la personne affirmant que l'intention ou la bonne foi ne sont pas pertinentes pour l'établissement à première vue de discrimination. Voir, par exemple, *Robinson c Canada (Forces armées) (1991)*, 15 CHRR D/95 à la p D/117.

¹³² *Stratford*, *supra* note 130 : La Cour suprême a aussi affirmé que, si un employeur et un syndicat agissent de bonne foi et conviennent qu'une règle est raisonnablement nécessaire, on ne devrait pas inutilement examiner attentivement leur entente pour vérifier si les deux parties croyaient sincèrement à la nécessité de la règle lors de son adoption. Cet avis a été réfuté dans l'observation dissidente de la minorité dans la cause; il a également été considéré qu'elle contredisait le principe formulé en d'autres occasions par les tribunaux affirmant que les conventions collectives ne peuvent pas consciemment contrevenir aux principes des droits de la personne.

¹³³ *Stratford*, *supra* note 130.

¹³⁴ Voir *supra*, note 103.

¹³⁵ *Wardair Canada Inc c Cremona* (1992), 146 NR 69 (CAF).

¹³⁶ *Hadley c City of Mississauga*, 1976 BOI 74.

¹³⁷ *Bastide c Société canadienne des postes*, 2005 CF 1410 (QL). Les autorisations d'interjeter appel par rapport à l'affaire ont été rejetées aux niveaux de la Cour d'appel fédérale (CAF, 318, 2006) et de la Cour suprême du Canada (CSC, 67, 2019).

¹³⁸ *Tearne c Windsor (City)*, 2011 HRTO 2294 (QL). Dans *Etobicoke*, *supra* note 49 à la p 208, la Cour suprême du Canada a clarifié que le fardeau de la preuve d'une ERRR « doit être conforme à la règle normale de la preuve en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités ».

¹³⁹ *Supra*, note 103.

¹⁴⁰ Dans *Winsor c Provincial Demolition and Salvage Ltd*, [2000] NHRBID No 1 (Nfld Bd Inq), un plaignant âgé de 55 ans a postulé un emploi dans la construction et a appris que l'âge avait été un facteur dans la décision de ne pas l'embaucher. L'intimé ne s'est pas

présenté à l'audience pour faire part d'une justification d'ERRR, de sorte que la commission d'enquête a statué en faveur du plaignant.

¹⁴¹ *Little c Saint John Shipbuilding and Drydock Co* (1980), 1 CHRR D/1 (Comm d'enq N-B).

¹⁴² *Canada (Canadian Human Rights Commission) c Voyageur Colonial Ltd* (1980), 1 CHRR D/239 [*Voyageur*]. Il est à noter que le critère *Meiorin* a maintenant remplacé les volets subjectif et objectif dans cette affaire.

¹⁴³ *Canada (Commission des droits de la personne) c Greyhound Bus Lines of Canada Ltd* (1984), 6 CHRR D/2512 (Trib can).

¹⁴⁴ *Ibid.*, aux pp 22-23. Cette décision devrait être considérée comme un jugement renversant la conclusion de l'affaire *Voyageur* (voir la note 142 ci-dessus), car les deux affaires comportaient des circonstances parfaitement similaires.

¹⁴⁵ *Canada (Canadian Human Rights Commission) c Greyhound Lines of Canada Ltd*, 1987 CanLII 5315 (FCA).

¹⁴⁶ *Carson*, *supra* note 89.

¹⁴⁷ *Cranston c Canada* (1993), 22 CHRR D/22 (Trib can). L'affaire a un cheminement tortueux : elle est passée par plusieurs appels, appels incidents, renvois et tribunaux reconstitués, etc. Une motion de révision judiciaire a été déposée contre la décision. Il y a eu appel de la décision en révision judiciaire auprès de la Cour fédérale.