

The Vancouver General Hospital and The Board of Trustees of the Vancouver General Hospital Appellants

v.

Isaac Wilfred Stoffman, William Philip Goldman, Victor Hertzman, Leslie George Cohen, Charles Sutherland Rennie, Clayton Robinson, Thomas William Acheson, Sidney Evans, Jermaine Vincent White, Murray Edgar, Jocoba Van Norden, Charles Schom, Elmer Jones and John Jacob Zack

Respondents

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General of British Columbia

Intervenors

INDEXED AS: STOFFMAN *v.* VANCOUVER GENERAL HOSPITAL

File No.: 20795.

1989: May 19; 1990: December 6.

Present: Chief Justice Dickson* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether or not hospital "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether or not mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory loss of hospital privileges at age 65 unless competence proven — Whether or not mandatory retirement policy "law" — If so, whether or not s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Respondents held admitting privileges at the Vancouver General Hospital. Medical Staff Regulation 5.04 at the Hospital required all physicians to retire at age 65 unless it could be shown that they had something unique

Le Vancouver General Hospital et Le Conseil d'administration du Vancouver General Hospital Appelants

c.

Isaac Wilfred Stoffman, William Philip Goldman, Victor Hertzman, Leslie George Cohen, Charles Sutherland Rennie, Clayton Robinson, Thomas William Acheson, Sidney Evans, Jermaine Vincent White, Murray Edgar, Jocoba Van Norden, Charles Schom, Elmer Jones et John Jacob Zack

Intimés

c et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général de la Colombie-Britannique

Intervenants

d RÉPERTORIÉ: STOFFMAN *v.* VANCOUVER GENERAL HOSPITAL

N° du greffe: 20795.

1989: 19 mai; 1990: 6 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

f

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

h i *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Perte automatique à 65 ans des priviléges accordés par un hôpital à moins de preuve de compétence — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l'affirmative, enfreint-elle l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.*

Les intimés avaient des priviléges d'admission au Vancouver General Hospital. Le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations de l'hôpital exige que tous les médecins prennent leur retraite à l'âge de 65 ans sauf

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

to offer the Hospital. The Regulation was approved by the hospital's Board in May of 1984 and was subsequently approved by the Minister of Health as required by statute. The Board decided not to renew the admitting privileges of most of the respondents in May 1985.

Respondents were not employees of the Vancouver General but rather were retained by their patients and paid through the provincial medicare plan. They accordingly did not come within the protection against age-based discrimination found in the *Human Rights Act* because that protection is limited to employment situations. In Vancouver, doctors have privileges at only one hospital.

The hospital is run by a Board. The government had power to appoint 14 of the 16 members of the Board. The Minister's power with respect to the by-laws of the Vancouver General extended beyond the negative power of veto set out in the *Vancouver General Hospital Act* to the positive power under the *Hospital Act* to require the Board of Trustees to adopt new by-laws or change existing by-laws.

The respondents commenced these proceedings to set aside the Board's decision and to obtain a declaration that Regulation 5.04, either by its terms or by the manner of its application, violated ss. 7 and 15 of the *Charter* and the *Human Rights Act*. The British Columbia Supreme Court issued an interim injunction restraining the Board from removing respondents' admitting privileges pending the outcome of their application under the *Charter* and the *Human Rights Act*. The Court of Appeal upheld the issuance of the interim injunction. The British Columbia Supreme Court then granted respondents' application and the Court of Appeal also upheld that decision.

The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the *Charter* applied to Vancouver General's establishing and administering Regulation 5.04; if so (2) whether the Regulation or (3) its administration contravened s. 15(1) of the *Charter*; and (4) given an affirmative answer to either questions 2 or 3, whether the Regulation or the manner of its administration was nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*.

The Attorneys General of Canada, Ontario and British Columbia intervened.

s'ils peuvent démontrer qu'ils ont quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital. Le conseil d'administration de l'hôpital a approuvé ce règlement en mai 1984 et le ministre de la Santé l'a approuvé plus tard conformément à la loi. Le conseil a décidé de ne pas renouveler les priviléges d'admission de la plupart des intimés en mai 1985.

Les intimés ne sont pas des employés du Vancouver General, mais ils sont retenus par leurs patients et sont payés par le régime d'assurance-maladie de la province. Ils ne jouissent donc pas de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge conférée par la *Human Rights Act* puisque cette protection se limite aux situations liées à l'emploi. À Vancouver, les médecins ont des priviléges à un seul hôpital.

Un conseil d'administration dirige l'hôpital. Le gouvernement a le pouvoir de nommer 14 des 16 membres du conseil d'administration. Au-delà du pouvoir négatif d'*a* veto établi dans la *Vancouver General Hospital Act*, les pouvoirs du ministre relativement aux règlements du Vancouver General Hospital s'étendent au pouvoir réel en vertu de la *Hospital Act* d'exiger du conseil d'administration qu'il adopte de nouveaux règlements ou modifie les règlements existants.

Les intimés ont intenté cette action en vue d'annuler la décision du conseil d'administration et d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le règlement 5.04, soit par sa formulation, soit dans son application, viole les art. 7 et 15 de la *Charte* et la *Human Rights Act*. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné une injonction provisoire pour empêcher le conseil de restreindre ou de supprimer les priviléges d'admission des intimés jusqu'à l'issue de la requête des intimés fondée sur la *Charte* et la *Human Rights Act*. La Cour d'appel a confirmé l'octroi de l'injonction intérimaire. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu jugement en faveur des intimés sur leur requête et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

b Les questions constitutionnelles soulevées devant notre Cour sont les suivantes: (1) la *Charte* s'applique-t-elle à l'adoption et à la mise en œuvre du règlement 5.04 par le Vancouver General? Dans l'affirmative (2) i le règlement ou (3) son application enfreignent-ils le par. 15(1) de la *Charte*? (4) si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement et la façon dont il a été appliqué sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*?

j Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont intervenus.

Held (Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the plaintiffs' action dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: The wording of s. 32 of the *Charter* clearly indicates that the *Charter* binds only government. The Vancouver General does not form part of government within the meaning of this section and accordingly its actions in adopting and administering Regulation 5.04 do not fall within the *Charter's* ambit. It is an autonomous body. The provision of a public service, even one as important as health care, does not *per se* qualify as a governmental function under s. 32.

Regulation 5.04 did not arise because of executive or legislative action and accordingly did not attract *Charter* review. The requirement for ministerial approval was only supervisory in nature to ensure that the hospital's actions do not run counter to the government's powers to prescribe standards in respect of hospital administration. The Regulation was initiated by the Board and in no way represented ministerial policy with respect to the renewal of admitting privileges. The statutes under which the hospital operated did not require that it adopt a special policy respecting the renewal of privileges of doctors at age 65.

The Vancouver General did not form part of the "administrative branch" of government merely because it was incorporated to provide services mandated under the Province's responsibility for health care. A difference between ultimate or extraordinary and routine or regular control must be drawn. While the fate of the hospital is ultimately in the provincial government's hands, the responsibility for routine matters such as the policy on the renewal of admitting privileges lies with the Board and is not subject to government control, barring extraordinary circumstances. The Minister's power to require the hospital to adopt by-laws or to revise them does not undermine the hospital's responsibility for rules adopted on its own initiative. The Lieutenant Governor's power of appointment was simply a mechanism to ensure the balanced representation of these groups and organizations on the hospital's principal decision-making body. It was not a means to exercise regular government control over the hospital's day-to-day operations.

Arrêt (Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'action des demandeurs est rejetée.

- Le juge en chef* Dickson et les juges La Forest et Gonthier: Le texte de l'art. 32 de la *Charte* indique fortement que seul le gouvernement est lié par la *Charte*. Le Vancouver General ne fait pas partie du gouvernement au sens de cet article et, en conséquence, l'adoption et l'application du règlement 5.04 ne relèvent pas de la portée de la *Charte*. C'est un organisme autonome. La prestation d'un service public, même s'il s'agit d'un service aussi important que les soins de santé, ne permet pas de la qualifier de fonction gouvernementale en vertu de l'art. 32.
- c* Le règlement 5.04 ne découle pas d'une action du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif et en conséquence ne donne pas lieu à l'examen fondé sur la *Charte*. L'obligation d'obtenir l'approbation du ministre n'est qu'un simple pouvoir de contrôle pour veiller à ce que les actions de l'hôpital ne soient pas contraires aux pouvoirs conférés au gouvernement de prévoir des normes en matière d'administration hospitalière. Le règlement est l'œuvre du conseil d'administration et ne constitue nullement une politique ministérielle concernant le renouvellement des priviléges d'admission. Les lois qui régissent l'exploitation du Vancouver General ne l'obligeaient pas à adopter une politique particulière concernant le renouvellement des priviléges des médecins qui ont atteint l'âge de 65 ans.
- f* Le Vancouver General ne fait pas partie de la «branche administrative» du gouvernement parce qu'il a été constitué en personne morale pour dispenser des services qui relèvent de la responsabilité de la province en matière de soins de santé. Il faut établir une différence entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. L'existence de l'hôpital relève en dernier ressort du gouvernement provincial, mais les aspects quotidiens du fonctionnement de l'hôpital, comme l'adoption d'une politique en matière de renouvellement des priviléges d'admission, relèvent du conseil d'administration et, sous réserve d'une situation extraordinaire, ne sont pas assujettis au contrôle du gouvernement. Le pouvoir que possède le ministre d'exiger l'adoption ou la révision par l'hôpital de règlements ne modifie pas la responsabilité de l'hôpital à l'égard des règlements qu'il adopte de sa propre initiative. Le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur est simplement un mécanisme visant à assurer une représentation équilibrée de certains groupes et organismes au sein du principal organe décisionnel de l'hôpital. Il ne s'agit pas d'un moyen permettant au gouvernement de contrôler régulièrement les activités quotidiennes de l'hôpital.
- g*
- h*
- i*
- j*

Had the *Charter* been applicable, Regulation 5.04 would qualify as a law and the alleged inequality would therefore be one made by "law". The deprivations which arose because of the Board's policy were based on personal characteristics attributed to persons 65 and over and accordingly were discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

It was thus necessary to consider whether the Regulation and its associated practice constituted a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Judicial evaluation of this issue will differ depending on whether the rights of a person have been infringed by the state as "singular antagonist" (as in the criminal law context) or by the state acting to reconcile the claims of competing individuals or groups or to allocate scarce government resources. The courts, in the former situation, will be able to determine with a considerable degree of certainty if the impugned law or other government conduct is the "least drastic means" for achieving the state interest. The same degree of certainty may not be achievable in the latter situation.

The fundamental objective of Regulation 5.04 was sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected guarantee: the promotion of excellence at the Vancouver General as a medical research and teaching centre and as the major acute care hospital in British Columbia.

Regulation 5.04 was rationally connected to the hospital's objective. Staff positions at any hospital are a scarce resource that does not expand at a rate proportionate with the growth in the medical profession. Regulation 5.04 ensured that staff positions would regularly become available for younger doctors recently trained in the latest medical procedures and that this turnover would occur before the decline of ability which usually accompanies advancing age.

Special considerations apply in cases concerned with measures that relate directly to the allocation of resources or that attempt to strike a balance between competing social groups. In such cases, neither the experience of judges nor the institutional limitations of judicial decision-making prepares a court to make a precise determination as to where the balance between legislative objective and the protection of individual or group rights and freedoms is to be drawn.

The Board had a "reasonable basis" for concluding that Regulation 5.04 and the policy by which it was applied impaired respondents' rights of equality "as little as possible" given its pressing and substantial

Si la *Charte* s'appliquait, le règlement 5.04 serait considéré comme une «loi» et l'inégalité reprochée découlerait d'une «loi». Les privations qui découlent de la politique du conseil d'administration dépendent de caractéristiques personnelles attribuées aux personnes de 65 ans et plus et sont, en conséquence, discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Il fallait donc examiner si le règlement et la pratique qui y est associée constituent une limite raisonnable, en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'appréciation judiciaire de cette question différera selon que l'État est «l'adversaire singulier» de la personne dont les droits ont été violés (comme dans le contexte du droit criminel) ou qu'il cherche plutôt à concilier des revendications contraires de groupes ou d'individus ou à répartir des ressources gouvernementales limitées. Dans le premier cas, les tribunaux pourront déterminer avec un certain degré de certitude si la loi contestée ou toute autre conduite gouvernementale fait appel aux moyens les «moins radicaux» pour atteindre l'objectif de l'État. Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans le second cas.

L'objectif fondamental du règlement 5.04 est suffisamment important pour justifier la suppression d'une garantie constitutionnelle: la recherche de l'excellence par le Vancouver General à titre de centre de recherche médicale et d'enseignement de la médecine et à titre de principal hôpital de soins de courte durée en Colombie-Britannique.

Le règlement 5.04 a un lien rationnel avec l'objectif de l'hôpital. Les postes dans un hôpital sont une ressource limitée qui ne peut augmenter proportionnellement à l'accroissement du personnel médical. Le règlement 5.04 fait en sorte qu'il sera possible d'offrir ces postes aux jeunes médecins récemment formés aux techniques médicales les plus récentes et que ce renouvellement se produira avant le déclin des capacités qui va ordinairement de pair avec l'avance en âge.

Des considérations particulières s'appliquent aux mesures qui portent directement sur la répartition des ressources ou qui tentent d'établir l'équilibre entre des groupes sociaux concurrents. Dans de tels cas, ni l'expérience judiciaire, ni les restrictions institutionnelles du processus décisionnel judiciaire ne préparent un tribunal à déterminer précisément le point d'équilibre entre l'objectif du législateur et la protection des droits et libertés d'un individu ou d'un groupe.

Le conseil était «raisonnablement fondé» à conclure que le règlement 5.04 et la politique en vertu de laquelle il est appliqué portaient le «moins possible» atteinte aux droits à l'égalité des intimés vu son objectif urgent et

objective. Regulation 5.04 attempts to strike a balance between young doctors seeking to commence a practice and doctors who have been engaged in practice for some time with respect to their mutual demand for privileges. The Board was amply justified, given the climate of budgetary restraint, in concluding that its ability to bring new doctors on staff depended on the timely retirement of some of those already there. Moreover, it acted reasonably in concluding that retirement policy would ensure the departure from staff of those who would generally be less able to contribute to the hospital's sophisticated practice. The Board recognized, however, that the assumption of declining ability with age would not hold true in all circumstances and provided for an exception where the physician had something unique to offer the hospital. This exemption necessarily operated with regard to the hospital's requirements, rather than with regard to each individual doctor's health and capabilities, because of the overriding objective of making staff positions available to doctors recently trained in the latest theories and methods.

The only alternative to Regulation 5.04 was a program of skills testing or performance evaluation. Such a program would be costly both to implement and operate and, more importantly, would have an invidious and disruptive effect on the medical staff's working environment.

Per Sopinka J.: The reasons of La Forest J. were agreed with except on the issue of whether Regulation 5.04 was law within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. That issue should not be decided on the basis of an assumption that the hospital is part of government.

Per Wilson J. (dissenting): Section 32 of the *Charter* extends the reach of the *Charter* to all those entities and activities that could be construed as "governmental". The criteria relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* include: (1) whether the legislative, executive or administrative branch of government exercises general control over the entity in question; (2) whether the entity performs a traditional government function or one recognized in more modern times as being a state responsibility; and (3) whether the entity acts pursuant to statutory authority specifically granted to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest.

The fact that the Hospital is established and operates pursuant to statutory authority, is heavily regulated by government and discharges a traditional government function in the public interest brings it within the con-

réel. Le règlement 5.04 tente d'établir un équilibre entre les jeunes médecins qui veulent commencer à pratiquer et les médecins qui pratiquent depuis déjà un certain temps pour ce qui est de leurs demandes et de leurs priviléges respectifs. Le conseil était amplement justifié, a compte tenu du climat actuel de restrictions budgétaires, de conclure que sa capacité d'attirer de nouveaux médecins dépendait de la retraite au moment opportun de certains médecins qui s'y trouvaient déjà. En outre, le conseil a agi de façon raisonnable en concluant qu'une b politique de mise à la retraite garantirait le départ de ceux qui seraient en général moins capables de contribuer à la pratique spécialisée de l'hôpital. Le conseil a reconnu cependant que le principe de la détérioration des capacités en fonction de l'âge n'est pas toujours c exact et il a établi une exception pour les médecins qui avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital. Cette exception a forcément été appliquée en fonction des exigences de l'hôpital plutôt qu'en fonction de la santé et des capacités de chaque médecin individuellement en d raison de l'objectif prédominant d'offrir des postes aux médecins récemment formés aux théories et aux méthodes les plus nouvelles.

La seule solution de rechange au règlement 5.04 était e un programme d'évaluation des aptitudes et du rendement. Un tel programme serait coûteux à instaurer et à appliquer et, ce qui est plus important, il aurait un effet néfaste et créerait un sentiment d'injustice dans le milieu de travail du personnel médical.

f Per juge Sopinka: Le juge Sopinka souscrit aux motifs du juge La Forest, sauf quant à savoir si le règlement 5.04 est une loi au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Cette question ne devrait pas être tranchée sur le fondement de l'hypothèse que l'hôpital fait partie du gouvernement.

g Per juge Wilson (dissidente): L'article 32 de la *Charte* étend l'application de la *Charte* à toutes les entités et activités qu'on peut considérer comme «gouvernementales». Les critères qui servent à déterminer si une entité est assujettie à la *Charte* sont les suivants: (1) La

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

j Comme l'hôpital existe et fonctionne en vertu des lois, comme il est strictement réglementé par le gouvernement et remplit une fonction traditionnellement propre au gouvernement dans l'intérêt public, il s'inscrit dans la

cept of "government" for purposes of s. 32. The power to retire flowed from the *Vancouver General Hospital Act* and Regulation 5.04 which was passed pursuant to it. Regulation 5.04 was therefore subject to review under s. 15 of the *Charter*. It was not necessary to determine whether s. 15(1) would apply absent a legislative provision mandating the discriminatory action.

The Court should be wary of underestimating the discriminatory effect of any given measure when considering whether a provision violates s. 15(1). Here, the Regulation provided for non-discriminatory exceptions on its face and yet the principle behind the measure remained constitutionally unsound. By its terms Regulation 5.04 stipulated that staff were expected to retire at age 65. In this way the unarticulated premise remained that with increasing age comes increasing incompetence and decreasing ability. It was clearly discriminatory to impose the burden of disproving this stereotype upon those who already suffer the burden of stereotype and prejudice. That the Regulation provided for exceptions did not detract from the fact that the central concept animating the provision fell foul of s. 15(1). Exemption schemes are properly a matter for consideration under s. 1 of the *Charter*.

The objective of maintaining the Vancouver General as an acute care and teaching hospital with the highest standard of modern medical care, education and research was sufficiently important to override a *Charter* right and so meets the first branch of the *Oakes* test. The objective of promoting opportunities for other (younger) physicians to practise medicine, however, did not meet the first branch of the test. The Hospital's claim that its system was "closed" was not proven: constitutional rights will be curtailed only in response to real and not illusory problems.

Whether the foundations of prejudice are based upon observable, reliable facts must be approached in the most cautious manner. It is a matter of common knowledge that with the aging process comes some measure of change in ability, although the nature and extent of that change vary from individual to individual. A rational connection exists between the desire to provide top quality medical care and the decision to have such care provided substantially by younger members of the medical profession.

This was not an appropriate case for relaxing the minimal impairment test articulated in *Oakes* for the

notion de «gouvernement» pour les fins de l'art. 32. La capacité de mettre à la retraite découle de la *Vancouver General Hospital Act* et du règlement 5.04 adopté en vertu de cette dernière loi. Le règlement est donc susceptible de révision en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire de décider si le par. 15(1) s'appliquerait en l'absence d'une disposition législative qui ordonne l'acte discriminatoire.

Pour déterminer si une disposition enfreint le par. 15(1), la Cour doit se garder de sous-estimer l'effet discriminatoire d'une mesure donnée. En l'espèce, le règlement prévoit des exceptions non discriminatoires par son texte même, mais la prémissse sous-entendue demeure viciée du point de vue constitutionnel. Selon son libellé, le règlement 5.04 dit que les médecins sont censés prendre leur retraite à 65 ans. De cette façon, la prémissse sous-entendue reste que le vieillissement entraîne peu à peu l'incompétence et la diminution des capacités. Il est manifestement discriminatoire d'imposer à ceux qui sont victimes d'un préjugé l'obligation de prouver que ce préjugé ne s'applique pas à eux. Même si le règlement prévoit des exceptions, il n'en reste pas moins que la notion principale sous-jacente à la disposition enfreint le par. 15(1). Les régimes d'exception relèvent à juste titre de l'examen fondé sur l'article premier de la *Charte*.

L'objectif de conserver au Vancouver General son statut d'hôpital qui dispense des soins de courte durée et de l'enseignement conformes aux normes contemporaines les plus strictes de soins, d'enseignement et de recherche en médecine est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte* et satisfaire au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. Par contre, l'objectif d'offrir à d'autres médecins (plus jeunes) la possibilité d'exercer leur profession ne satisfait pas à ce premier volet du critère. La prétention de l'hôpital qu'il s'agit d'un système «fermé» n'a pas été prouvée: les droits constitutionnels ne peuvent être limités qu'en raison de problèmes réels, et non de problèmes illusoires.

Il faut agir avec beaucoup de prudence quand il s'agit de savoir si le fondement d'une idée préconçue s'appuie sur des faits observables et exacts. Il est généralement reconnu que le vieillissement amène un certain changement des capacités, quoique la nature et l'étendue de ces changements varient d'une personne à l'autre. Il existe un lien rationnel entre l'intention de fournir des soins médicaux de haute qualité et la décision de faire produire ces soins en grande partie par des médecins plus jeunes.

Il n'y a pas lieu en l'espèce d'assouplir le critère de l'atteinte minimale énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour les

reasons given in *McKinney*. The Hospital was not a closed system and permitting physicians to retain their privileges would have no effect on the availability of practice opportunities for doctors embarking upon their careers. There was accordingly no reason in fact or in law for applying a deferential standard of review.

Other ways of achieving the objective of high quality medical care which recognizes the abilities of individual doctors aged 65 and over exist. Annual performance reviews were not shown to be unsatisfactory in "weeding out" incompetent doctors. Indeed, the primary reason for changing the practice was that it was administratively more convenient to remove incompetent physicians through the mechanism of mandatory retirement. Administrative convenience is not an adequate reason for sacrificing *Charter* rights.

In discrimination claims of the kind involved here, the guarantee of equality in s. 15(1) must at least mean that, wherever possible, an attempt be made to break free of the apathy of stereotyping and that a sincere effort be made to treat all individuals, whatever their colour, race, sex or age, as individuals deserving of recognition on the basis of their unique talents and abilities. Respect for the dignity of every member of society demands no less. Section 15(1) does not guarantee the right to work but the right to work absent discrimination. Accordingly, Regulation 5.04 would have been reasonable and demonstrably justifiable if it had provided in word and in effect for a *bona fide* exemption scheme contemplating the continued employment of those able and willing to work.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Under the broad test developed by Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, Vancouver General Hospital is acting as "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In Canada, both historically and even more so today in terms of function, hospitals are an "arm of government" and perform a government function. An appointed hospital board may enjoy a certain independence in formulating policies, as in Regulation 5.04, but the situation is similar to that of government departments setting up their own agenda and policies, subject only to general guidelines established by the legislature. This situation is totally different from that of universities where gov-

motifs exprimés dans l'arrêt *McKinney*. L'hôpital n'est pas un système fermé et permettre aux médecins intimés de garder leur privilège n'aurait aucun effet sur les possibilités d'exercice de la médecine qui s'offrent aux médecins qui commencent leur carrière. Il n'y a pas de motif de droit ou de fait d'appliquer un critère d'examen fondé sur la retenue.

Il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif visé de fournir des soins médicaux de haute qualité qui permettent de reconnaître les capacités des médecins âgés de 65 ans et plus. On n'a pas démontré que l'examen annuel du rendement n'ait pas donné satisfaction lorsqu'il s'agissait d'éliminer les médecins incompétents. La raison principale du changement de méthode tient à la commodité administrative qu'il y a à écarter les médecins incompétents par le mécanisme de la retraite obligatoire. La commodité administrative n'est pas un motif valable de supprimer des droits garantis par la *Charte*.

Dans les affaires de discrimination du genre de celle de l'espèce, la garantie d'égalité en vertu du par. 15(1) doit au moins signifier que, chaque fois que cela est possible, on essaye de renoncer aux idées préconçues trop faciles et qu'un effort sincère sera fait pour traiter tous les individus, quels que soient leur couleur, leur race, leur sexe ou leur âge, comme des individus qui méritent d'être jugés selon leurs talents et leurs capacités propres. Le respect de la dignité de chaque personne dans la société n'en exige pas moins. Le paragraphe 15(1) ne garantit pas le droit de travailler, mais celui de travailler sans faire l'objet de discrimination. En conséquence, le règlement 5.04 aurait pu être raisonnable et susceptible de justification s'il avait comporté dans son texte et dans son application un régime légitime d'exception qui aurait permis à ceux qui étaient capables et désireux de travailler de continuer à travailler.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): En vertu du test large formulé par le juge Wilson dans l'arrêt *McKinney c. University of Guelph*, le Vancouver General Hospital agit comme un «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Tant sur le plan historique que (encore plus aujourd'hui) sur le plan fonctionnel, les hôpitaux au Canada sont une «branche du gouvernement» et exercent une fonction gouvernementale. Le conseil d'administration d'un hôpital peut bénéficier d'une certaine indépendance dans la formulation de ses politiques, comme dans le cas du règlement 5.04, mais il n'y a pas de différence entre cette situation et celle des ministères du gouvernement qui établissent leur propre programme et formulent leurs politiques, sous réserve des seules directives générales établies par le législateur. Cette situation est tout à fait différente de celle des universités où la participation du gouvernement est

ernment involvement is primarily limited to funding. There may be some instances, however, where a hospital would not constitute "government" and so not attract *Charter* review.

For the reasons given by La Forest J., Regulation 5.04 is "law" for the purposes of s. 15 of the *Charter* and clearly infringes s. 15(1) because it discriminates by reason of age. The Regulation was not saved by s. 1.

Regulation 5.04 was not rationally connected to its objectives. Forcing the end of a career based on age alone does not pass muster under the *Charter* for age is not determinative of capacity or competence. "New people" do not need to be infused into the Hospital's system to keep it relevant. Competence is threatened by many things, but age is not necessarily one of them.

Special considerations can apply when the courts are forced to choose between two competing social groups in applying the "minimum impairment" aspect of the *Oakes* formula. The choice to be made here was between competent medical practitioners who happen to be over 65 and competent doctors under 65 usually entering the medical practice. These circumstances did not warrant special considerations. The same standards should be applied to all practitioners in assessing competence. Different and more onerous standards for measuring competence for those over 65 are a grave intrusion into the right to be treated equally. In addition, the Board, did not have all the requisite characteristics of a legislative body considering resource allocation to warrant the application of these special considerations.

The health of the practitioner may be a factor in the review of a practitioner's abilities. Physical deterioration neither occurs at the "threshold" age of 65 nor is necessarily a factor affecting a practitioner's competence. A practitioner's ongoing health problems are a factor in any review of any individual's performance. The requirement that those practitioners over age 65 show they can make a "unique" contribution to the hospital is too onerous and is applied solely because the individual has reached 65. This method of impairing rights is too severe. Convenience in administrative procedures cannot be used as a possible justification for the breach of rights. Retirement can be encouraged while upholding the dignity of the individual by means more carefully tailored to impairing rights as little as possible.

essentielle au financement. Il peut y avoir des circonstances où un hôpital ne serait pas considéré comme un «gouvernement» et qui ne donneraient ainsi pas lieu à une révision fondée sur la *Charte*.

a Pour les motifs énoncés par le juge La Forest, le règlement 5.04 est une «loi» aux fins de l'art. 15 de la *Charte* qui viole manifestement le par. 15(1) parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge. Le règlement 5.04 n'est pas sauvégarde en vertu de l'article premier.

b Le règlement 5.04 n'a pas de lien rationnel avec ses objectifs. 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. L'apport de «nouveaux membres» n'est pas indispensable à l'hôpital pour qu'il demeure à jour. La compétence est menacée par plusieurs facteurs, mais l'âge n'en fait pas nécessairement partie.

d Des considérations particulières peuvent s'appliquer dans l'examen du critère de «l'atteinte minimale» selon l'arrêt *Oakes* quand les tribunaux sont tenus de faire un choix entre les revendications de deux groupes concurrents. Le choix s'effectue entre des médecins compétents, qui se trouvent à avoir plus de 65 ans, et des médecins compétents de moins de 65 ans, qui débutent habituellement leur pratique médicale. Ces circonstances ne justifient pas l'application de considérations particulières. Les mêmes normes devraient être appliquées à tous les médecins dans l'évaluation de leur rendement. L'application de normes différentes et plus rigides dans l'examen de la compétence des médecins de plus de 65 ans porte gravement atteinte au droit à un traitement égal. De plus, le conseil n'a pas toutes les caractéristiques requises d'un organisme législatif, qui doit tenir compte de la répartition des ressources pour justifier l'application de ces considérations particulières.

h La santé du médecin peut être un facteur à considérer dans l'examen de ses aptitudes. La détérioration physique ne commence pas nécessairement à 65 ans et elle n'a pas nécessairement de répercussions sur la compétence du médecin. Les problèmes de santé permanents seraient un facteur pertinent à tout examen de rendement de tout individu. L'obligation, pour les médecins âgés de plus de 65 ans, d'établir qu'ils peuvent faire une contribution «unique» à l'hôpital est trop exigeante et existe seulement parce que l'individu a atteint 65 ans. Cette façon de porter atteinte aux droits est trop drastique. La commodité de certaines procédures administratives ne peut servir de justification possible de la violation des droits. On peut favoriser la retraite, tout en protégeant la dignité de la personne, par des mesures plus adaptées pour porter le moins possible atteinte aux droits.

Per Cory J. (dissenting): The reasons and proposed disposition of Wilson J. were agreed with. For the reasons expressed by La Forest J., the balancing exercise which the Court must undertake in applying s. 1 must be sensitive and not mechanistic.

Substantial differences exist between universities and hospitals and those considerations which applied to universities did not have the same import in the case of hospitals. There was no employment contract struck between the doctors and the hospital and the mandatory retirement policy was not supported by the Medical Association.

Regulation 5.04 could not be justified under the *Oakes* test. The testing procedure in effect, whereby doctors are reviewed or tested once a year, was sufficient in itself to demonstrate that the s. 1 requirements could not be met. A continuous testing of the skills of all doctors regardless of age during the time of their association with a hospital is essential for the successful operation of the hospital. In the hospital setting this essential testing does not adversely affect any collegiality that may exist.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; **considered:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **distinguished:** *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)**, [1987] 1 S.C.R. 313; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

By Sopinka J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

Le juge Cory (dissident): Le juge Cory souscrit aux motifs du juge Wilson et avec la façon dont elle statuerait en l'espèce. Pour les motifs exposés par le juge La Forest, la juste appréciation à laquelle doit se livrer la Cour dans l'examen de l'application de l'article premier doit être adaptée aux circonstances et non mécanique.

Il existe des différences importantes entre les universités et les hôpitaux. Les facteurs qui s'appliquent aux b universités n'ont pas la même importance dans le cas des hôpitaux. Il n'y a pas de contrat d'emploi entre les médecins et l'hôpital et l'association des médecins n'est pas en faveur de la retraite obligatoire.

c Le règlement 5.04 ne peut satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes*. Le système d'évaluation en vertu duquel la compétence des médecins est appréciée une fois par année est en soi suffisant pour démontrer que les exigences de l'article premier ne peuvent être satisfaites. Un d examen permanent des compétences des médecins qui a lieu sans égard à l'âge au cours des années où ils sont associés à un hôpital est essentiel pour le fonctionnement efficace de celui-ci. Dans le milieu hospitalier, la nécessité de cette évaluation n'a pas d'effet préjudiciable sur e la collégialité qui peut exister.

Jurisprudence

f Citée par le juge La Forest

Arrêts appliqués: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; **arrêt examiné:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **distinction d'avec les arrêts:** *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations i Act (Alb.)**, [1987] 1 R.C.S. 313; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

j Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

By Wilson J. (dissenting)

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting the Ministère de la santé et des services sociaux, R.S.Q., c. M-19.2.

Act to appropriate certain sums of money for the support of the Emigrant Hospital at Quebec and of the Fever Hospital at Point Levi, and for other purposes therein mentioned, S.L.C. 1832, c. 15.

Act to establish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.B. 1855, c. 40, s. 11.

Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital, S.U.C. 1830, c. 31.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 32(1)(a), (b).

Charity Aid Act, R.S.O. 1877, c. 223.

Constitution Act, 1867, ss. 92(7), 133.

Constitution Act, 1982, s. 52.

General Hospital Act, C.S.M. 1880, c. 26.

Health Act, R.S.B.C. 1897, c. 91.

Hospital Act, R.S.B.C. 1979, c. 176, ss. 1, 2(1)(a), (c), (d), (3), 4, 18, 30, 32, 36(1), (2), (3), (4), 37, 40, 41, 41(1), 44, 45.

Hospital Act Regulations, B.C. Reg. 289/73, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 8.

Hospital Standards Act, R.S.S. 1978, c. H-10.

Hospitals Act, R.S.A. 1980, c. H-11.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 15.

Insane Asylums Act, C.S.B.C. 1888, c. 61.

Regulations Governing the Medical and Allied Professional Staff and Practice Within the Hospital, Medical Staff Regulation 5.04.

Of Local Hospitals, R.S.N.S. 1900, Title VI, c. 47.

Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia, C.S.B.C. 1877, c. 83.

Prison and Asylum Inspection Act, R.S.O. 1877, c. 224, s. 14.

Public Hospitals Act, R.S.O. 1980, c. 410.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

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

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

Lois et règlements cités

d Act to establish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.-B. 1855, ch. 40, art. 11.

Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital, S.U.C. 1830, ch. 31.

e Acte pour affecter certaines sommes d'argent pour le soutien de l'Hôpital des Émigrés à Québec, et de l'Hôpital pour les cas de Fièvres à la Pointe Lévi, et pour d'autres fins y mentionnées, S.B.-C. 1832, ch. 15.

Charity Aid Act, R.S.O. 1877, ch. 223.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 32(1)(a), (b).

f General Hospital Act, C.S.M. 1880, ch. 26.

Health Act, R.S.B.C. 1897, ch. 91.

Hospital Act, R.S.B.C. 1979, ch. 176, art. 1, 2(1)(a), (c), (d), (3), 4, 18, 30, 32, 36(1), (2), (3), (4), 37, 40, 41, 41(1), 44, 45.

g Hospital Act Regulations, B.C. Reg. 289/73, art. 2, 3, 4, 5, 6, 8.

Hospital Standards Act, R.S.S. 1978, ch. H-10.

Hospitals Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 15.

h Insane Asylums Act, C.S.B.C. 1888, ch. 61.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(7), 133.

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur le ministère de la santé et des services sociaux, L.R.Q., ch. M-19.2.

i Loi sur les hôpitaux publics, L.R.O. 1980, ch. 410.

Of Local Hospitals, R.S.N.S. 1900, Title VI, ch. 47.

Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia, C.S.B.C. 1877, ch. 83.

Prison and Asylum Inspection Act, R.S.O. 1877, ch. 224, art. 14.

j Regulations Governing the Medical and Allied Professional Staff and Practice Within the Hospital, Medical Staff Regulation 5.04.

Vancouver General Hospital Act, S.B.C. 1970, c. 55, ss. 2, 2(1)(a), (b), (c), (d), 5, 6, 6(b), 11, 32.

Vancouver General Hospital By-laws, Art. 2, s. 1, Art. 4, s. 2, Art. 6.

Authors Cited

McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, 49 D.L.R. (4th) 727, [1988] 2 W.W.R. 708, 40 C.R.R. 236, dismissing an appeal from a judgment of Taylor J. (1986), 30 D.L.R. (4th) 700, [1986] 6 W.W.R. 23, 25 C.R.R. 16. Appeal allowed and the plaintiffs' action dismissed, Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., and *Adam Whitcombe*, for the appellants.

Peter A. Gall, Donald J. Jordan, Q.C., *Robin Elliot* and *Susan P. Arnold*, for the respondents.

Duff Friesen, Q.C., and *Virginia McRae Lajeunesse*, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and *Robert E. Charney*, for the intervenor the Attorney General for Ontario.

E. R. A. Edwards, Q.C., and *George H. Copley*, for the intervenor the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises many of the same questions addressed in this Court's decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. The application of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to mandatory retirement is again in issue, although it arises in this appeal in the context of a decision by the Vancouver General Hospital not to renew the admitting privileges of doctors who reach the age of 65. Like *McKinney*, this appeal raises the following broad issues:

Vancouver General Hospital Act, S.B.C. 1970, ch. 55, art. 2, 2(1)a), b), c), d), 5, 6, 6b), 11, 32.

Vancouver General Hospital By-laws, art. 2, par. 1, art. 4, par. 2, art. 6.

a Doctrine citée

McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.

b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, 49 D.L.R. (4th) 727, [1988] 2 W.W.R. 708, 40 C.R.R. 236, qui a rejeté l'appel de la décision du juge Taylor (1986), 30 D.L.R. (4th) 700, [1986] 6 W.W.R. 23, 25 C.R.R. 16. Pourvoi accueilli et action des demandeurs rejetée, les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

d *Brian A. Crane, c.r.*, et *Adam Whitcombe*, pour les appellants.

Peter A. Gall, Donald J. Jordan, c.r., *Robin Elliot* et *Susan P. Arnold*, pour les intimés.

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

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

E. R. A. Edwards, c.r., et *George H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

h LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi soulève plusieurs des mêmes questions examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, rendu en même temps que celui-ci. Il est encore question de l'application du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la retraite obligatoire, bien que ce pourvoi porte sur une décision du Vancouver General Hospital de ne pas renouveler les priviléges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans. Comme dans l'arrêt *McKinney*, ce pourvoi soulève les questions générales suivantes:

- (a) whether s. 15 of the *Charter* applies to the Vancouver General;
- (b) assuming it does, whether the hospital's policy of not renewing the admitting privileges of doctors who reach the age of 65 violates s. 15(1) of the *Charter*;
- (c) whether, if such violation exists, it is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

It should be noted that, unlike *McKinney*, no reference is made to the application of s. 15 to the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22. That is because the respondents were not employees of the Vancouver General in the way that the appellants in *McKinney* were employees of the respondent universities. This was conceded in argument before us. Independently of that concession, it is clear that the respondents did not receive or perform work at the direction of the hospital; nor were they paid by it. Their relationship to the hospital consisted solely of their admitting privileges. Of course, these privileges allowed for access to facilities which in turn assisted respondents in treating their patients, but this did not make them employees of the hospital. It follows that they do not come within the protection against age-based discrimination found in the Act, since that protection is limited to those who experience age-based discrimination in the context of employment. No issue, therefore, arises as to whether the limitation of the prohibition in the Act against discrimination in employment on grounds of age to persons between the ages of 40 and 65 violates s. 15(1) of the *Charter*.

I should also add that s. 7 of the *Charter* was originally relied on, but during the argument counsel for the respondents conceded that reliance on this provision was unnecessary and that it was not at issue in this appeal.

Facts

The appellant is the major acute care hospital for the Province of British Columbia and handles about 18,000 high risk patients per year. It is also one of the principal teaching hospitals in the Prov-

- a) l'art. 15 de la *Charte* s'applique-t-il au Vancouver General?
- b) en supposant qu'il s'y applique, la politique de l'hôpital de ne pas renouveler les priviléges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?
- c) dans l'affirmative, la limite est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

b Il convient de souligner que contrairement à l'arrêt *McKinney* aucune mention n'est faite de l'application de l'art. 15 de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, de la Colombie-Britannique. c Il en est ainsi parce que les intimés ne sont pas des employés du Vancouver General au sens où les appellants, dans l'arrêt *McKinney*, étaient des employés des universités intimées. Ce fait a été admis devant nous au cours des plaidoiries. Indépendamment de cette reconnaissance, il est clair que les intimés n'exécutaient pas un travail sous la direction de l'hôpital; ils n'étaient pas rémunérés par celui-ci non plus. Leurs relations avec l'hôpital se limitaient à leurs seuls priviléges d'admission. d Évidemment, ces priviléges leur permettaient d'avoir accès aux installations de l'hôpital, lesquelles à leur tour facilitaient la tâche des intimés dans le traitement de leurs patients, mais cela n'en faisait pas des employés de l'hôpital. Il s'ensuit qu'ils ne sont pas visés par la protection contre toute discrimination fondée sur l'âge établie dans la Loi puisque cette protection se restreint aux victimes d'une discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. e Il n'est donc pas question de déterminer si la limitation, dans la Loi, de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi aux personnes âgées de 40 à 65 ans viole le par. 15(1) de la *Charte*.

f Je dois également ajouter que l'on s'est d'abord appuyé sur l'art. 7 de la *Charte* mais, au cours des plaidoiries, l'avocat des intimés a reconnu qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer cette disposition et qu'elle n'était pas en cause en l'espèce.

Les faits

L'appelant est le principal centre hospitalier de soins de courte durée de la Colombie-Britannique et traite quelque 18 000 patients à risque élevé par année. C'est également l'un des principaux hôpi-

ince. In 1985-86, it had an operating budget of \$175 million and employed about 6,000 people. Nearly 1,000 doctors practise at the hospital, about three quarters of whom are specialists. With the exception of those who are general practitioners, all the doctors who practise there are required to hold a teaching appointment at the University of British Columbia.

As already mentioned, it would be incorrect to say that the Vancouver General employs doctors. Doctors are retained by their patients and are paid through the provincial medicare plan. Those who practise at the Vancouver General do so by virtue of admitting privileges granted to them on an annual basis. These privileges carry the right to book patients into the hospital, to assume primary responsibility for a patient's treatment and, in the case of a surgeon, to book operating rooms. They also allow doctors to have a voice in the affairs of the hospital. While it was at one time customary for doctors to have admitting privileges at more than one hospital, this is no longer the case, at least in Vancouver.

Decisions as to the granting and renewal of admitting privileges are made by the hospital's Board of Trustees which, by ss. 5 and 6 of the *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, c. 55, is empowered to manage the property and affairs of the hospital and to pass by-laws for the purpose. Under that Act, the Vancouver General, originally incorporated in 1902, is continued as a corporation endowed with the power to operate a hospital, acquire and dispose of land and personal property, and, subject to the approval of the Minister of Health, carry on a teaching function.

The composition of the Board of Trustees is laid down in the by-laws of the hospital. By the combined operation of Articles 2(1) and 4(2), it is comprised of the following members:

- (a) Fourteen persons appointed for a term of three years by the Lieutenant-Governor in Council as follows:

taux d'enseignement dans la province. En 1985-1986, son budget de fonctionnement était de 175 millions de dollars et quelque 6 000 personnes étaient à son service. Près de 1 000 médecins pratiquent à l'hôpital et les trois quarts environ sont des spécialistes. À l'exception des généralistes, tous les médecins qui pratiquent dans cet hôpital doivent avoir une charge d'enseignement à l'Université de la Colombie-Britannique.

Comme je l'ai déjà souligné, il serait faux de dire que le Vancouver General emploie des médecins. Les médecins sont retenus par leurs patients et sont payés par le régime d'assurance-maladie de la province. Ceux qui pratiquent au Vancouver General le font en vertu de priviléges d'admission qui leur sont accordés sur une base annuelle. Ces priviléges leur permettent de faire admettre des patients à l'hôpital, d'être les premiers responsables du traitement de ceux-ci et, dans le cas des chirurgiens, de réserver des salles d'opération. Ces priviléges permettent également aux médecins d'avoir voix au chapitre des affaires de l'hôpital. Bien qu'à une certaine époque il était habituel que les médecins aient des priviléges d'admission dans plus d'un hôpital, ce n'est plus le cas maintenant, à tout le moins à Vancouver.

C'est le conseil d'administration de l'hôpital qui décide d'accorder et de renouveler les priviléges d'admission et les art. 5 et 6 de la *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, ch. 55, lui permettent de gérer les biens et les affaires de l'hôpital et d'adopter des règlements à cette fin. En vertu de cette loi, le Vancouver General, d'abord constitué en personne morale en 1902, existe toujours comme société ayant le pouvoir d'exploiter un hôpital, d'acquérir et d'aliéner des biens meubles et immeubles et, sous réserve de l'approbation du ministre de la Santé, d'exercer des fonctions d'enseignement.

La composition du Conseil d'administration est établie par règlement de l'hôpital. Par l'effet combiné des par. 2(1) et 4(2), le conseil d'administration est composé des membres suivants:

[TRADUCTION]

- a) Quatorze personnes nommées pour un mandat de trois ans par le lieutenant-gouverneur en conseil de la façon suivante:

- (i) Two persons appointed from nominees submitted by the President of The University of British Columbia;
- (ii) Two persons appointed from nominees submitted by the British Columbia Health Association; *a*
- (iii) Two persons appointed from nominees submitted by the Board of Vancouver General Hospital;
- (iv) One person appointed from nominees submitted by the British Columbia Institute of Technology; *b*
- (v) Seven persons appointed from the Community at large; *c*
- (b) The Chairman of the Medical Advisory Board; and
- (c) The President appointed under these By-Laws.

As can be seen, the government has power to appoint 14 of the 16 members of the Board. It must be underlined, however, that half of these are really nominees of specific groups, including the hospital, and the remaining are intended to represent "the Community at large". The government appointees serve for rotating, but renewable, terms of three years; see Article 4(2). The other two members, the President and the Chairman of the hospital's Medical Advisory Board, are not government appointees, but are selected by the hospital.

The Act provides for a means for governmental supervision by requiring that the by-laws be approved by the Minister of Health before coming into effect (s. 6(b)). This is reinforced by the provisions of the general statute regulating hospitals in the Province, the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, c. 176, to which the Vancouver General is also subject. For present purposes the relevant provisions of the latter Act are ss. 2 and 32. Section 2 provides, in part, as follows:

2. (1) Every hospital as defined under section 1, except hospitals owned by the Province or by Canada, shall

- (a) make provision for the representation of the Provincial government and the board of the regional

- (i) Deux personnes nommées parmi les candidats présentés par le président de l'Université de la Colombie-Britannique;
- (ii) Deux personnes nommées parmi les candidats présentés par la British Columbia Health Association;
- (iii) Deux personnes nommées parmi les candidats présentés par le Board of Vancouver General Hospital;
- (iv) Une personne nommée parmi les candidats présentés par le British Columbia Institute of Technology;
- (v) Sept personnes nommées parmi la collectivité en général;
- b) Le président du Medical Advisory Board (le «Conseil consultatif médical»);
- c) Le président (du conseil d'administration) nommé en vertu de ce règlement.

d Comme on peut le constater, le gouvernement a le pouvoir de nommer 14 des 16 membres du conseil. Il convient cependant de souligner que la moitié de ces nominations provient en réalité de groupes spécifiques, y compris l'hôpital, et que l'autre moitié est censée représenter «la collectivité en général». Les membres nommés par le gouvernement exercent, par rotation, des mandats de trois ans qui sont renouvelables; voir le par. 4(2) de la Loi. Les deux autres membres, le président du conseil d'administration de l'hôpital et le président du «conseil consultatif médical», ne sont pas nommés par le gouvernement mais sont choisis par l'hôpital.

e *g* En exigeant que les règlements soient approuvés par le ministre de la Santé avant d'entrer en vigueur, la loi prévoit un mécanisme de contrôle gouvernemental (al. 6b)). Ce mécanisme se trouve renforcé par les dispositions de la loi générale régissant les hôpitaux dans la province, la *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 176, à laquelle le Vancouver General est également assujetti. Aux fins du présent pourvoi, les art. 2 et 32 sont les dispositions pertinentes de cette Loi. L'article 2 prévoit en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] **2.** (1) Tous les hôpitaux visés à l'article premier, sauf les hôpitaux appartenant à la province ou au Canada, doivent

- a) prévoir, de la manière prescrite, la représentation du gouvernement provincial et du conseil du dis-

hospital district on the board of management of the hospital to the extent and in the manner provided;

- (c) have a properly constituted board of management and bylaws or rules thought necessary by the minister for the administration and management of the hospital's affairs and the provision of a high standard of care and treatment for patients, and the constitution and bylaws or rules of a hospital are not effective until approved by the minister;
- (d) comply with further conditions prescribed by the Lieutenant Governor in Council.

(3) Notwithstanding any other Act, or the constitution, bylaws or rules of a hospital, for this section, the Lieutenant Governor in Council may appoint a person or persons to represent the Provincial government on the board of management of a hospital for a term not exceeding 2 years or until his successor is appointed.

Section 32 provides:

32. The minister may require that the bylaws or rules of a hospital or a society or corporation having among its objects the provision of hospital facilities or the operation of a hospital be revised in a manner satisfactory to him in order to meet changing conditions and policies, and to provide for greater uniformity and efficiency in all matters concerning the administration and operation of hospitals.

The effect of these provisions may thus be summarized. Section 2(1)(c) and s. 32 extend the Minister's power in respect to the by-laws of the Vancouver General beyond the negative power of veto set out in s. 6 of the *Vancouver General Hospital Act*. Together, they confer on the Minister the positive power to require the Board of Trustees to adopt new by-laws or change existing by-laws. Sections 2(1)(a) and (3) provide for the direct representation of the provincial government on the Board, the former imposing an obligation on the hospital to allow for such representation, the latter conferring a power of appointment on the Lieutenant Governor in Council.

district hospitalier régional au conseil d'administration de l'hôpital;

- c) avoir un conseil d'administration dûment constitué et des règlements ou des règles que le ministre estime nécessaires à l'administration et à la gestion des affaires de l'hôpital, ainsi qu'à la prestation de soins et de traitements de première qualité; l'acte constitutif et les règlements ou règles d'un hôpital n'entrent en vigueur qu'après approbation du ministre;
- d) se conformer aux autres conditions prescrites par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(3) Nonobstant toute autre loi, l'acte constitutif, les règlements ou règles d'un hôpital, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, aux fins du présent article, nommer une ou plusieurs personnes pour représenter le gouvernement provincial au conseil d'administration d'un hôpital pour un mandat n'excédant pas deux ans ou jusqu'à la nomination de leur successeur.

e L'article 32 prévoit:

[TRADUCTION] **32.** Le ministre peut exiger que les règlements ou règles d'un hôpital, d'une société ou d'une compagnie dont l'un des objets est de fournir des services hospitaliers ou d'exploiter un hôpital soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante en vue de répondre à des conditions et des politiques en évolution et d'apporter plus d'uniformité et d'efficacité dans les domaines relevant de l'administration et de l'exploitation des hôpitaux.

f L'effet de ces dispositions peut être résumé ainsi. L'alinéa 2(1)c) et l'art. 32 étendent la portée des pouvoirs du ministre relativement aux règlements du Vancouver General au-delà du pouvoir négatif de veto établi à l'art. 6 de la *Vancouver General Hospital Act*. Ensemble, ils confèrent au ministre le pouvoir réel d'imposer au conseil d'administration l'adoption de nouveaux règlements ou la modification des règlements existants. L'alinéa 2(1)a) et le par. (3) prévoient que le gouvernement provincial est directement représenté au conseil d'administration puisque la première disposition oblige l'hôpital à prévoir cette représentation et la deuxième confère un pouvoir de nomination au lieutenant-gouverneur en conseil.

In this legislative context, the Board approved Medical Staff Regulation 5.04 in May of 1984, which was then approved by the Minister of Health. Regulation 5.04 provides as follows:

5.04 Retirement: Members of the Staff shall be expected to retire at the end of the appointment year in which they pass their 65th birthday. Members of the Staff who wish to defer their retirement may make special application to the Board. The Board shall request the Medical Advisory Committee for a recommendation in each such case. The Medical Advisory Committee shall, in making its recommendation, consider the report of a personal interview which shall take place between the applicant and the Department Head concerned which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant.

In implementing this Regulation, the Board seems to have operated on the view that all physicians were expected to retire on their 65th birthday unless it could be shown that they "had something unique to offer the hospital". On this basis the Board, on May 31, 1985, decided not to renew the admitting privileges of most of the respondents to this appeal, all of whom had turned 65 and most of whom were general practitioners.

The respondents commenced these proceedings to set aside the decision of the Board and to obtain a declaration that Regulation 5.04, either by its terms or by the manner of its application, violated ss. 7 and 15 of the *Charter*. The respondents also argued that the Regulation or the manner of its application was contrary to the *Human Rights Act*. An interim injunction restraining the Board from limiting or removing the admitting privileges of the respondents pending the outcome of respondents' application under the *Charter* and the *Human Rights Act* was issued by McKenzie J. of the British Columbia Supreme Court on June 27, 1985. His decision was upheld by the British Columbia Court of Appeal. Judgment in favour of the respondents' application was later given by Taylor J. of the same court on July 23, 1986, and the British Columbia Court of Appeal dismissed the appellants' appeal in a decision rendered on

Dans ce contexte législatif, le conseil d'administration a approuvé le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations en mai 1984, lequel a ensuite été approuvé par le ministre de la Santé. Le règlement 5.04 prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 5.04 La retraite: Les membres du personnel sont censés prendre leur retraite à la fin de l'année d'exercice au cours de laquelle ils atteignent 65 ans. Les membres du personnel qui veulent reporter leur mise à la retraite peuvent présenter une demande spéciale au conseil d'administration, qui demande la recommandation du «conseil consultatif médical» dans chaque cas. Avant de faire sa recommandation, le conseil consultatif médical tient compte du rapport d'une entrevue personnelle entre le requérant et le chef de département concerné, y compris le rapport de l'état de santé et du rendement continu du requérant.

Dans la mise en œuvre de ce règlement, le conseil d'administration semble avoir tenu pour acquis que tous les médecins étaient censés prendre leur retraite à leur 65^e anniversaire de naissance, sauf s'ils pouvaient démontrer qu'ils [TRADUCTION] «avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital». C'est en fonction de ce critère que, le 31 mai 1985, le conseil d'administration a décidé de ne pas renouveler les priviléges d'admission de la plupart des intimés en l'espèce, lesquels avaient tous atteint 65 ans et étaient pour la plupart des généralistes.

Les intimés ont intenté cette action en vue d'annuller la décision du conseil d'administration et d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le règlement 5.04, soit par sa formulation, soit dans son application, violait les art. 7 et 15 de la *Charte*. Les intimés ont également soutenu que le règlement ou son application étaient contraires à la *Human Rights Act*. Le 27 juin 1985, le juge McKenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné une injonction provisoire pour empêcher le conseil de restreindre ou de supprimer les priviléges d'admission des intimés jusqu'à l'issue de la requête des intimés fondée sur la *Charte* et la *Human Rights Act*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé cette décision. Le 23 juillet 1986, le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu jugement en faveur des intimés et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel des appelle-

January 6, 1988. In doing so, it found it unnecessary to reach any conclusion as to the effect or application of the *Human Rights Act*. Leave to appeal to this Court was granted on April 21, 1988.

Judicial History

British Columbia Supreme Court (1986), 30 D.L.R. (4th) 700

Taylor J., we saw, found in favour of the respondents' application. He held that the *Charter* applied both to the enactment of Regulation 5.04 and the manner in which it was applied by the Board. In respect to the former conclusion, he pointed to the facts that 14 of the 16 trustees who adopted the Regulation were appointed directly by the Lieutenant Governor in Council, and that under the *Vancouver General Hospital Act*, by-laws of the Board only came into effect if approved by the Minister of Health. From this he concluded, at p. 704, that "the provincial government effectively controls the affairs of the hospital". Taylor J. amplified this conclusion, at p. 704, by pointing to the "broad ministerial supervision" to which the Vancouver General was subject by virtue of the terms of the *Hospital Act*. After noting that s. 2(1)(c) of the latter Act required the Board to "have such by-laws and other rules as the Minister deems necessary", he concluded, at pp. 704-705, that the phrase "government of each province" in s. 32(1)(b) of the *Charter*

... extends not only to actual provincial ministries and to entities created by a provincial government which exercise governmental authority, but also to agencies set up by a provincial government which carry out government functions under government control without exercising governmental powers, that is to say those vested only with organizational powers which provide government services to the public, provided at least that the conduct in question relates to the provision of government services.

Applying this conclusion to the case, Taylor J. found, at p. 705, that the "management of the Vancouver General Hospital is for practical pur-

lants dans une décision rendue le 6 janvier 1988. Ce faisant, elle a jugé inutile de tirer une conclusion sur l'effet ou l'application de la *Human Rights Act*. Le 21 avril 1988, notre Cour accordait l'autorisation de pourvoi.

L'historique judiciaire

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 30 D.L.R. (4th) 700

Nous avons vu que le juge Taylor a statué en faveur des intimés. Il a conclu que la *Charte* s'appliquait tant à l'adoption du règlement 5.04 qu'à la manière dont le conseil l'avait appliqué. Quant à la première conclusion, il a souligné que 14 des 16 membres du conseil d'administration qui avaient adopté le règlement avaient été nommés directement par le lieutenant-gouverneur en conseil et qu'en vertu de la *Vancouver General Hospital Act* les règlements internes du conseil d'administration n'entraient en vigueur que sur approbation du ministre de la Santé. Il a donc conclu, à la p. 704, que [TRADUCTION] «le gouvernement provincial contrôle effectivement les affaires de l'hôpital». À la page 704, le juge Taylor a réaffirmé cette conclusion en mentionnant le [TRADUCTION] «contrôle ministériel étendu» dont faisait l'objet le Vancouver General en raison des termes de la *Hospital Act*. Après avoir souligné que l'al. 2(1)c) de cette loi exigeait du conseil d'administration d'avoir [TRADUCTION] «des règlements ou les règles que le ministre estime nécessaires», il a conclu, aux pp. 704 et 705, que l'expression «gouvernement de chaque province» à l'al. 32(1)b) de la *Charte*

[TRADUCTION] ... s'étend non seulement aux ministères provinciaux existants et aux entités créées par un gouvernement provincial qui exercent un pouvoir gouvernemental, mais également aux organismes mis sur pied par un gouvernement provincial exerçant des fonctions gouvernementales sous le contrôle du gouvernement sans exercer de pouvoirs gouvernementaux, c'est-à-dire ceux qui n'ont que des pouvoirs organisationnels en vue d'offrir au public des services gouvernementaux, pourvu à tout le moins que leurs fonctions en question se rapportent à la prestation de services gouvernementaux.

Appliquant cette conclusion en l'espèce, le juge Taylor a conclu que [TRADUCTION] «la gestion du Vancouver General Hospital relève à toutes fins

poses as fully under provincial government direction and control as would have been the case had it been operated within a ministry".

As to the question of whether the *Charter* applied to the conduct of the Board in implementing Regulation 5.04, Taylor J. was of the opinion, at p. 705, that "since regulations made by the trustees are, as I have found, governmental in nature, and therefore subject to the Charter, it follows that the way in which those rules are applied must be subject to the same constraints". He added that the "enactment, approval and application of the regulation involved the creation and administration of 'law' as that word is used in s. 15(1)" of the *Charter*.

Turning to s. 15(1) and the argument of the respondents that they had been discriminated against on the basis of age, Taylor J. held that Regulation 5.04 did not by itself constitute a contravention of s. 15(1). After holding that age-based distinctions were to be found discriminatory if it were shown that "age is entirely irrelevant in the context" or that the consequences for those affected by the distinction "are clearly beyond anything which can reasonably and fairly be justified by any legitimate purpose served" (p. 708), Taylor J. found nothing discriminatory in the Vancouver General's use of the concept of an "expected retirement age" in the making of decisions as to the renewal of admitting privileges. This was because it was obvious that age was relevant to one's ability to practise medicine. As well, the burden it placed on older doctors was consistent with their duty, as professionals, to ensure that others were trained in their calling and to pass on their own practices while they were themselves still able to practise efficiently. With respect to the question of whether 65 was the appropriate "expected retirement age", Taylor J. concluded, at p. 708, that it was within "a range which reasonable, fair-minded people would accept". As a

pratiques autant du contrôle du gouvernement provincial que si son exploitation relevait d'un ministère» (p. 705).

a Quant à la question de savoir si la *Charte* s'appliquait à la façon dont le conseil d'administration a mis en œuvre le règlement 5.04, le juge Taylor était d'avis que [TRADUCTION] «puisque le règlement pris par les membres du conseil d'administration est, comme je l'ai conclu, de nature gouvernementale, et donc assujetti à la *Charte*, il s'ensuit qu'il en est de même pour la façon dont ce règlement est appliqué» (p. 705). Il a ajouté que [TRADUCTION] «l'adoption, l'approbation et l'application du règlement impliquaient la création et l'application d'une 'loi' au sens du par. 15(1)» de la *Charte*.

d Examinant le par. 15(1) et l'argument des intimés qu'ils ont été victimes de discrimination fondée sur l'âge, le juge Taylor a conclu que le règlement 5.04 ne contrevanait pas en soi au par. 15(1). Après avoir décidé que les distinctions fondées sur l'âge sont discriminatoires si on établit que [TRADUCTION] «l'âge n'est absolument pas pertinent dans le contexte» ou que les conséquences pour les personnes visées par les distinctions [TRADUCTION] «vont clairement au-delà de tout ce qui peut raisonnablement et équitablement être justifié dans la poursuite d'un objectif légitime» (p. 708), le juge Taylor a conclu que le recours par le Vancouver General à la notion d'un [TRADUCTION] «âge prévu pour la retraite» pour décider du renouvellement des priviléges d'admission n'avait rien de discriminatoire. Et ce, parce qu'il était évident que l'âge avait un rapport avec les capacités d'une personne de pratiquer la médecine. En outre, le fardeau imposé aux médecins plus âgés était conforme à leur devoir, comme professionnels, de veiller à ce que les autres reçoivent la formation nécessaire à leur profession et de transmettre leur propre expertise alors qu'ils étaient eux-mêmes encore capables de pratiquer efficacement. Quant à la question de savoir s'il était approprié de fixer à 65 ans [TRADUCTION] «l'âge prévu pour la retraite», le juge Taylor a conclu, à la p. 708, que celui-ci se trouvait dans [TRADUCTION] «une catégorie que les gens raisonnables et impartiaux accepteraient». Par conséquent, il était

result, he thought, it would be inappropriate for the court to substitute its opinion as to an appropriate "expected age of retirement" for that of the hospital's Board of Trustees.

Taylor J. came to a different conclusion respecting the respondents' argument that s. 15(1) had been contravened by the manner in which the Board applied Regulation 5.04. With respect to the Board's policy decision not to renew the admitting privileges of any doctor who came within the Regulation unless it was shown that they "had something unique to offer the hospital", he stated, at pp. 716-17:

By deciding to reject the applications of all doctors over 65 who lack unique skills, the trustees added a requirement which effectively denied those over 65 the right to be judged on the basis of "health and continuing performance", the criteria which the regulation indicated would be considered in deciding whether their privileges would be continued. The plaintiffs were plainly denied the benefit of Reg. 5.04, and equal benefit of the hospital regulations generally, solely on the basis of age, and with no concomitant benefit to others. The policy was adopted essentially for administrative convenience. I find that this was neither reasonable nor, in the relevant sense, "fair".

On these grounds Taylor J. concluded that the application of Regulation 5.04 amounted to discrimination on the basis of age within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. He also found that the application of the Regulation constituted a deprivation of liberty within the meaning of s. 7 of the *Charter* that was not in accordance with "the principles of fundamental justice".

With respect to s. 1 of the *Charter*, Taylor J. held, at p. 718, that the qualification the Board placed on Regulation 5.04 was not a "limit prescribed by law", as was required by s. 1, but rather "a limit which they placed on law". He added that even if he had found the policy of the Board to be a "limit prescribed by law", it had not been shown to meet the requirements of s. 1 as a "reasonable limit" on the respondents' rights under ss. 15 and 7.

d'avis qu'il ne serait pas approprié que le tribunal substitue son opinion à celle du conseil d'administration de l'hôpital quant au caractère approprié de [TRADUCTION] «l'âge prévu pour la retraite».

^a Le juge Taylor est parvenu à une conclusion différente quant à l'argument des intimés que le conseil d'administration avait contrevenu au par. 15(1) dans l'application du règlement 5.04. En ce qui concerne la politique du conseil de ne pas renouveler les priviléges d'admission des médecins visés par le règlement à moins qu'ils n'établissent qu'ils «avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital», il a affirmé, aux pp. 716 et 717:

^c [TRADUCTION] En décident de rejeter les demandes de tous les médecins de plus de 65 ans qui ne possèdent pas de compétences uniques, les membres du conseil d'administration ont ajouté une condition qui privait dans les faits les personnes de plus de 65 ans du droit d'être jugé en fonction de «[leur] état de santé et [de leur] rendement continu», le critère qui devait être applicable selon le règlement au renouvellement de leurs priviléges. Les intimés ont été clairement privés du bénéfice du règlement 5.04, et du même bénéfice des règlements de l'hôpital en général pour la seule raison de l'âge et sans bénéfice concomitant aux autres. C'est essentiellement pour des raisons administratives que la politique a été adoptée. Je trouve que cela n'est ni raisonnable ni, au sens propre, «équitable».

^f Pour ces motifs, le juge Taylor a conclu que l'application du règlement 5.04 constituait une discrimination fondée sur l'âge au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il a également conclu que l'application du règlement privait les intimés du droit à la liberté au sens de l'art. 7 de la *Charte* d'une façon non conforme aux «principes de justice fondamentale».

^h Quant à l'article premier de la *Charte*, le juge Taylor a conclu, à la p. 718, que la restriction apportée au règlement 5.04 par le conseil d'administration ne constituait pas une «limite prescrite par une règle de droit», comme l'exige l'article premier, mais plutôt [TRADUCTION] «une limite apportée à la règle de droit». Il a ajouté que même s'il avait conclu que la politique du conseil était une «limite prescrite par une règle de droit», on n'avait pas démontré qu'elle satisfaisait aux exigences de l'article premier comme une «limite raisonnable» aux droits des intimés reconnus par les art. 15 et 7.

The Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165

On appeal, the British Columbia Court of Appeal held that the *Charter* applied to the hospital both in respect of its passage of Regulation 5.04 and of its application of that Regulation. It was of the opinion, at p. 168, that the "control exercised by the government over the operation of the hospital generally, and the formulation of its retirement policy in particular, put the question beyond doubt". Citing this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Court of Appeal stated that the question to be answered was whether the alleged infringement was an act of the legislative, executive or administrative branches of government or was connected to an act of one of these branches of government in a direct and precisely-defined way. It answered this question in the affirmative, stating, at p. 169:

The regulation at issue in these proceedings, Reg. 5:04, was approved by the minister in October 1984. That approval suffices, in our opinion, to establish the direct and precisely defined connection with government referred to in *Dolphin Delivery* as bringing the act of a non-governmental body under the *Charter*. The impugned regulation was initiated by an act of the hospital, but it came into force only upon the approval of the executive arm of the provincial government.

The court concluded its consideration of the application issue by stating, at p. 169, that "If Reg. 5:04 falls under the *Charter*, so does the conduct of those bodies charged with administering it". In its view, this brought the policy of the Board of only renewing the admitting privileges of those doctors who were over 65 who "had something unique to offer the hospital" within the purview of the *Charter*.

Turning to s. 15(1) of the *Charter*, the Court of Appeal found that Regulation 5.04 came within the right to equality "before and under the law" guaranteed by that section. This was because Regulation 5.04 was "a rule or system of rules formulated by government and imposed upon the whole or a segment of society" (p. 169), with the result that it was a law for the purposes of s. 15.

La Cour d'appel (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165

En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la *Charte* s'appliquait à l'hôpital tant à l'égard de l'adoption du règlement 5.04 que de son application. Elle était d'avis que [TRADUCTION] «le contrôle exercé par le gouvernement sur l'exploitation de l'hôpital en général et la formulation de sa politique de retraite en particulier ne soulevaient aucun doute» (p. 168). Citant l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, de notre Cour, la Cour d'appel a affirmé que la question était de savoir si la violation alléguée était un acte du pouvoir législatif, exécutif ou administratif du gouvernement ou s'il se rattachait à un acte de l'une de ces branches du gouvernement d'une manière directe et définie précisément. Elle a répondu par l'affirmative, à la p. 169:

[TRADUCTION] Le règlement contesté en l'espèce, le règlement 5.04, a été approuvé par le ministre en octobre 1984. À notre avis, cette approbation suffit pour établir le lien direct et précisément défini avec le gouvernement dont il était question dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, et qui assujettit à la *Charte* l'action d'un organisme non gouvernemental. Le règlement contesté découle d'une action de l'hôpital, mais il n'est entré en vigueur qu'à la suite de l'approbation du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.

La cour a conclu son examen de la question de l'application de la *Charte* en affirmant, à la p. 169, que [TRADUCTION] «[s]i le règlement 5.04 est visé par la *Charte*, il en est de même des actes des organismes responsables de son application». À son avis, cela signifiait que la *Charte* s'appliquait à la politique du conseil de ne renouveler les priviléges d'admission des médecins de plus de 65 ans que s'ils avaient [TRADUCTION] «quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital».

Examinant le par. 15(1) de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu que le règlement 5.04 relevait du droit à l'égalité [TRADUCTION] «devant la loi» devant la loi garanti par cet article. Il en était ainsi parce que le règlement 5.04 constituait [TRADUCTION] «une règle ou un système de règles formulé par le gouvernement et imposé à tout ou partie de la société» (p. 169), ce qui en faisait une loi aux

As to whether a violation of s. 15(1) had been shown, the Court of Appeal stated, at p. 170, that the question "is whether Reg. 5:04 makes a distinction adverse to the plaintiffs, which can be said to be unreasonable and unfair having due regard to their interests and the interests of others affected by the regulations". Citing evidence showing that the failure of the hospital to renew the admitting privileges of the respondents had meant the curtailment or end of their professional practices, the court found that Regulation 5.04 clearly made a distinction based on age which was adverse to those to whom it applied. It then found that this distinction could not be said to be reasonable and fair. After noting that there was no evidence that any of the respondents were incompetent or had prevented other physicians from obtaining admitting privileges or that physicians over 65 were, as a general rule, unable to perform to the high standards of the hospital, the court held, at pp. 171-72, that:

A regulation terminating admitting privileges at age 65 cannot logically be justified merely because it will prevent the possibility of an incompetent physician being associated with the hospital at some point thereafter. To justify such a provision, a correlation must be shown between the age of 65 and incompetence or other detriment to the operation of the hospital. In the absence of such a correlation, we cannot say that the distinction entailed in requiring retirement at age 65 is reasonable and fair.

The court then considered and rejected the argument that Regulation 5.04 did not lay down a mandatory retirement policy, but simply provided a method for determining whether those over 65 remained fit to practise. In this respect, it observed that although Regulation 5.04 stipulated that "health and continuing performance" were to be considered in determining whether a particular doctor was to be allowed to defer retirement, it did not confine its consideration to those factors. It also observed that Regulation 5.04 was interpreted and applied by the Board as a mandatory retirement provision, since only those doctors with

fins de l'art. 15. Quant à savoir si la violation du par. 15(1) avait été démontrée, la Cour d'appel a affirmé, à la p. 170, que la question [TRADUCTION] «est de savoir si le règlement 5.04 établit une distinction préjudiciable aux appellants que l'on peut qualifier d'abusive ou d'injuste compte tenu de leurs intérêts et des intérêts des autres personnes visées par les règlements». Produisant des éléments de preuve démontrant que le refus de l'hôpital de renouveler les priviléges d'admission des intimés revenait à restreindre leur pratique professionnelle, ou à y mettre fin, la cour a conclu que le règlement 5.04 établissait clairement une distinction fondée sur l'âge qui était préjudiciable à ceux qu'il visait. Elle a ensuite conclu que cette distinction ne pouvait être qualifiée de raisonnable et d'équitable. Après avoir souligné qu'il n'y avait aucune preuve que les intimés étaient incomptents ou avaient empêché d'autres médecins d'obtenir des priviléges d'admission ou que les médecins de plus de 65 ans étaient, de façon générale, incapables de respecter les normes élevées de l'hôpital, la cour a conclu ce qui suit, aux pp. 171 et 172:

[TRADUCTION] En toute logique, on ne peut justifier un règlement mettant fin aux priviléges d'admission à partir de 65 ans simplement parce que cela écartera la possibilité qu'un médecin incomptent soit rattaché à l'hôpital par la suite. Pour justifier une telle disposition, un rapport doit être établi entre l'âge de 65 ans et l'incompétence des médecins ou un autre préjudice portant atteinte à l'exploitation de l'hôpital. En l'absence d'un tel rapport, nous ne pouvons affirmer que la distinction établie par la mise à la retraite obligatoire à 65 ans est raisonnable et équitable.

La cour a ensuite examiné et rejeté l'argument que le règlement 5.04 n'établissait pas une politique de retraite obligatoire, mais constituait simplement une façon de déterminer ceux qui demeuraient habiles à pratiquer après 65 ans. À cet égard, la cour a souligné que bien que le règlement 5.04 précise que [TRADUCTION] «l'état de santé et le rendement continu» devaient être examinés pour décider de permettre à un médecin de reporter la date de sa retraite, le règlement ne restreignait pas l'examen à ces facteurs. Elle a également souligné que le conseil d'administration interprétrait et appliquait le règlement 5.04 comme une disposi-

"unique skills" were in fact allowed to defer retirement.

Turning to s. 1 of the *Charter*, the court held that the objective of Regulation 5.04—the maintenance of the highest standards of medical care and instruction—was sufficiently important to warrant overriding a constitutionally-protected right. But it found that it had not been shown that the means chosen to achieve this objective were demonstrably justified, having regard to the guidelines set out in this Court's decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This was because Regulation 5.04 "must be viewed as unfair and arbitrary in the absence of evidence or other clear indication that there is a correlation between the age of 65 and the inability to practise medicine properly or other detriment to the hospital's operations" (p. 173). It was also because the failure to show the above-mentioned correlation meant that it "cannot be said that denial of admitting privileges to all physicians who reach that age impairs the rights of those physicians as little as possible having regard to the aim of maintaining high medical standards at the hospital" (p. 173). Finally, there was a lack of overall proportionality between the object Regulation 5.04 sought to achieve and the means it employed, in which respect the court again returned to the "lack of a convincing link between the age of 65 and the ability of the hospital to deliver the high level of care, teaching and research to which it aspires" (p. 174).

Having found in favour of the respondents on the s. 15 argument, the Court of Appeal found it unnecessary to consider whether an infringement of s. 7 of the *Charter* could also be established.

Leave to appeal to this Court was granted and the following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson on August 30, 1988:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver

tion de mise à la retraite obligatoire puisque seuls les médecins aux [TRADUCTION] «compétences particulières» avaient en réalité la permission de reporter leur retraite.

^a Examinant l'article premier de la *Charte*, la cour a conclu que l'objectif du règlement 5.04—la prestation de soins médicaux et d'une formation médicale de première qualité—était suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit protégé par la Constitution. Mais elle a décidé qu'on n'avait pas établi que les mesures choisies pour parvenir à cet objectif étaient de celles dont la justification peut se démontrer, compte tenu des directives formulées par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Et ce, parce que le règlement 5.04 [TRADUCTION] «doit être considéré comme injuste et arbitraire en l'absence d'une preuve ou d'une autre indication claire qu'il y a un rapport entre l'âge de 65 ans et l'incapacité à pratiquer correctement la médecine ou un autre préjudice portant atteinte au fonctionnement de l'hôpital» (p. 173). Autre motif de la cour, le défaut d'établir le rapport en question signifiait qu'on [TRADUCTION] «ne pouvait pas affirmer que le retrait des priviléges d'admission aux médecins qui atteignent cet âge porte le moins possible atteinte à leurs droits compte tenu de l'objectif poursuivi, le maintien des normes médicales de première qualité à l'hôpital» (p. 173). Enfin, il y avait une absence de proportionnalité générale entre l'objectif que visait à atteindre le règlement 5.04 et les mesures employées, ce qui a amené la cour à réaffirmer [TRADUCTION] «l'absence d'un lien convaincant entre l'âge de 65 ans et la capacité de l'hôpital de respecter les normes de première qualité auxquelles il aspire en matière de soins, d'enseignement et de recherche» (p. 174).

ⁱ Ayant statué en faveur des intimés à l'égard de l'argument fondé sur l'art. 15, la Cour d'appel a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner s'il y avait violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi et le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 30 août 1988:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver

General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) *a* of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *b*
4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *c*

The Attorneys General of Canada, Ontario and of British Columbia intervened.

The Application of the Charter

The question of whether or not the *Charter* applies in a particular case is to be answered in light of s. 32(1), which reads:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and *f*

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province. *g*

As I commented in *McKinney*, these words give a strong message that only government is to be bound by the *Charter*. Various explanations can be advanced as to why the decision to so limit the *Charter* was taken, some of which I outlined in *McKinney*. These include the historical association of bills of rights with the struggle to constrain the exceptional power of government to impose its will upon the individual or minority groups; the belief that the values which a bill of rights seeks to promote and protect can be better and more flexibly achieved in the private sphere if left to the various specialized administrative or quasi-judicial bodies which are mandated and equipped to deal with discrimination in specific social and economic

General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont intervenus.

L'application de la Charte

Pour décider de l'application de la *Charte* dans un cas particulier, il faut tenir compte du par. 32(1) qui se lit ainsi:

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

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. *g*

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *McKinney*, ces mots indiquent fortement que seul le gouvernement est lié par la *Charte*. Diverses explications peuvent être apportées pour justifier la décision de restreindre ainsi la *Charte*, et j'en ai mentionné quelques-unes dans l'arrêt *McKinney*. Parmi celles-ci, on note les liens historiques entre les déclarations des droits et les luttes pour restreindre le pouvoir exceptionnel du gouvernement d'imposer sa volonté aux individus ou groupes minoritaires; la croyance que les valeurs qu'une déclaration des droits vise à promouvoir et à protéger peut se réaliser mieux et de manière plus souple dans le domaine privé, si on s'en remet aux divers organismes administratifs ou quasi judiciaires spécialisés

contexts; the concomitant apprehension that a generally applicable bill of rights would have an unduly chilling effect on the confidence which is essential to the meaningful enjoyment of the individual freedom a bill of rights seeks to protect; and the heavy if not impossible burden which application of the *Charter* to private conduct would impose on the courts.

Other considerations of this sort could and have been suggested. The challenge for the courts is to find a principled basis on which to give effect to the deliberate choice that has been made in favour of a Charter of Rights and Freedoms that applies only to government and its emanations. The leading authority in this respect is, of course, this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*. There McIntyre J., speaking for the Court, observed, at p. 598, that s. 32(1) treated Parliament and the legislatures "as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government", from which it followed that "where the word 'government' is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense—meaning the whole of the governmental apparatus of the state—but to a branch of government". On this basis he concluded that "The word 'government', following as it does the words 'Parliament' and 'Legislature', must ... refer to the executive or administrative branch of government", a conclusion he buttressed by referring to the manner in which the word "government" was used in the *Constitution Act, 1867*.

In short, McIntyre J. was of the view that the references in s. 32(1) to the "government of Canada" and the "government of each province" could not be interpreted as bringing within the ambit of the *Charter* the whole of that amorphous entity which in contemporary political theory might be thought of as "the state". Instead, they were to be interpreted as references to what has traditionally been thought of as the institutions of government—those bodies and offices upon which the Constitution confers power to make and enforce laws generally applicable across the body politic. This did not mean that the *Charter* was only to

qui sont tenus et capables de traiter de la discrimination dans des contextes sociaux et économiques particuliers; la crainte concomitante qu'une déclaration des droits d'application générale aurait un effet trop paralysant sur la confiance qui est essentielle au véritable exercice de la liberté individuelle qu'une charte des droits vise à protéger; et le lourd sinon impossible fardeau que l'application de la *Charte* aux actions de nature privée imposerait aux tribunaux.

D'autres considérations de ce genre pourraient être apportées et l'ont été. Le défi des tribunaux est de trouver un principe sur lequel fonder la décision délibérée de n'appliquer une charte des droits et libertés qu'au gouvernement et à ses émanations. L'arrêt de principe à cet égard est évidemment l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, de notre Cour. Dans cet arrêt, le juge McIntyre, au nom de la Cour, a souligné, à la p. 598, que le par. 32(1) considère le Parlement et les législatures «comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif» et que, par conséquent, le terme «gouvernement» utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général—c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État—mais plutôt une branche de gouvernement. D'où sa conclusion que «[l]e terme 'gouvernement', qui suit les termes 'Parlement' et 'législature', doit alors [...] désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement», une conclusion qu'il étaye en mentionnant la manière dont le terme «gouvernement» a été utilisé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En résumé, le juge McIntyre était d'avis que les mentions au par. 32(1) du «gouvernement du Canada» et du «gouvernement de chaque province» ne pouvaient être interprétées de manière à faire relever de la *Charte* l'ensemble de cette entité vague que l'on désigne parfois de nos jours en science politique comme [TRADUCTION] «l'État». Ces mentions devaient plutôt être interprétées comme désignant ce que l'on a traditionnellement considéré être les institutions du gouvernement—ces organismes auxquels la Constitution confère le pouvoir d'adopter et d'appliquer des lois d'application générale aux entités politiques. Ce qui ne veut

apply to Parliament, Legislatures and Ministers of the Crown. For although this Court was not called upon in *Dolphin Delivery* to delineate the circumstances in which the *Charter* applies to the actions of subordinate bodies that are created, supported or supervised by government, McIntyre J. clearly countenanced the application of the *Charter* to such bodies by including the "administrative branch" within his definition of the word "government". More specifically, he said, at p. 602:

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures.

Nor did the Court in *Dolphin Delivery* preclude the possibility of a successful reliance on the *Charter* by a party to a dispute between private individuals, provided it could be shown that the party against whom the *Charter* was invoked relied upon some form of governmental action. As to the question of what would amount to a sufficient element of governmental intervention, McIntyre J. was not called upon to give a determinative answer. However, in the course of a consideration of the circumstances in which the *Charter* would apply to court orders in private litigation, he did note, at p. 601, that a "more direct and a more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced" than was shown by the appellant in *Dolphin Delivery* was required.

The respondents argued that it is unnecessary in this appeal to consider whether the Vancouver General is one of the subordinate bodies to which the *Charter* applies. They argue that because Regulation 5.04 could only take effect upon the approval of the Minister of Health, its adoption and subsequent administration must be characterized as actions of the executive branch of government, to which the *Charter* obviously applies. In support of this argument, they cite this Court's decision in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*).

pas dire que la *Charte* devait seulement s'appliquer au Parlement, aux législatures et aux ministres de la Couronne. Car bien que la Cour n'ait pas été appelée dans l'arrêt *Dolphin Delivery* à déterminer les circonstances dans lesquelles la *Charte* s'applique aux actions des organismes subordonnés créés, financés ou contrôlés par le gouvernement, le juge McIntyre s'est clairement prononcé en faveur de l'application de la *Charte* à ces organismes en incluant la «branche administrative» dans sa définition du terme «gouvernement». Plus précisément, il a dit, à la p. 602:

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

La Cour, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, n'a pas non plus écarté la possibilité qu'une partie à un litige privé puisse avoir gain de cause en invoquant la *Charte*, pourvu qu'elle puisse démontrer que la partie contre qui la *Charte* a été invoquée devait recourir à une certaine forme d'action gouvernementale. Quant à savoir ce qui constituerait une intervention gouvernementale suffisante, le juge McIntyre n'avait pas à donner de réponse définitive. Cependant, alors qu'il examinait les circonstances dans lesquelles la *Charte* s'appliquerait aux ordonnances judiciaires dans un litige entre particuliers, il a souligné, à la p. 601, qu'un «lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite» était nécessaire, ce qui n'avait pas été établi par l'appelant dans l'arrêt *Dolphin Delivery*.

En l'espèce, les intimés ont soutenu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si le Vancouver General constitue l'un de ces organismes subordonnés auxquels la *Charte* s'applique. Ils soutiennent que parce que le règlement 5.04 ne pouvait entrer en vigueur que sur approbation du ministre de la Santé, son adoption et son application ultérieure doivent être qualifiées comme des actions du pouvoir exécutif du gouvernement auquel la *Charte* s'applique évidemment. À l'appui de cet argument, ils citent l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (l'affaire *Blaikie no. 2*), de notre Cour.

I do not think that the question of the applicability of the *Charter* to the facts of this case can be so easily disposed of. To my mind, the fact that Regulation 5.04 only came into effect when approved by the Minister of Health does not alter its character as a regulation for the internal management of the hospital and its staff, which was developed, written and adopted by the authorities entrusted with the ongoing management of the hospital's internal affairs by the terms of the *Vancouver General Hospital Act*. The evidence does not show that Regulation 5.04 was instigated by the Minister of Health, or that it in any way represents ministerial policy with respect to the renewal of admitting privileges. Instead, it shows that Regulation 5.04 was the end result of an internal review of policies relating to the retirement of medical staff which the hospital undertook at the initiative of its Board of Trustees in 1979. Leaving aside for the moment the question whether the Board should itself be regarded as part of government by virtue of the fact that the vast majority of its members are appointed by the Lieutenant Governor in Council, Regulation 5.04 can, in these circumstances, be interpreted as a recognition that the hospital is accorded a large degree of autonomy with respect to matters relating to its internal management. To put it somewhat differently, there is no reason to assign greater weight to the fact that Regulation 5.04 took effect after being approved by the Minister of Health than is assigned to the fact that it emerged from an internal policy review undertaken independently of the ministry or overall government policy. I agree with the appellants that this view is supported by the evidence that there is considerable variety between the hospital by-laws dealing with retirement that have obtained ministerial approval in British Columbia. This evidence suggests that retirement policy is left to the judgment of those entrusted with the responsibility of managing individual hospitals.

It is particularly difficult to see how the need for ministerial approval can be said to lead to the conclusion that the administration of Regulation 5.04 must be regarded as an action of the executive branch of government. There is absolutely no evidence that the policy of the Board to only renew

Je ne crois pas que l'on puisse décider aussi facilement la question de l'applicabilité de la *Charte* aux faits de l'espèce. À mon avis, le fait que le règlement 5.04 ne soit entré en vigueur que lorsqu'il a été approuvé par le ministre de la Santé ne modifie pas sa nature de règlement de gestion interne de l'hôpital et de son personnel, qui a été conçu, rédigé et adopté par les autorités responsables de la gestion quotidienne des affaires internes de l'hôpital selon la *Vancouver General Hospital Act*. La preuve n'indique pas que le règlement 5.04 a été adopté à la demande du ministre de la Santé ni qu'il constitue d'une façon quelconque une politique ministérielle concernant le renouvellement des priviléges d'admission. La preuve indique plutôt que le règlement 5.04 est le produit d'un examen interne entrepris par l'hôpital à la demande de son conseil d'administration en 1979 concernant la retraite du personnel médical. Sans traiter pour l'instant de la question de savoir si le conseil d'administration devrait lui-même être considéré comme un élément du gouvernement parce que la vaste majorité de ses membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, on peut dire, dans ces circonstances, que le règlement 5.04 témoigne que l'hôpital jouit d'une large marge d'autonomie dans sa gestion interne. En d'autres termes, il n'y a aucune raison d'accorder une importance plus considérable au fait que le règlement 5.04 est entré en vigueur après approbation du ministre de la Santé qu'au fait qu'il résulte d'un examen des politiques internes de l'hôpital entrepris indépendamment du ministère ou de l'ensemble de la politique gouvernementale. Je suis d'accord avec les appellants que cette opinion est étayée par la preuve que les règlements portant sur la retraite qui ont reçu l'approbation ministérielle en Colombie-Britannique varient considérablement d'un hôpital à l'autre. Ce qui laisse entendre que la politique de la retraite est laissée à l'appréciation des responsables de la gestion de chaque hôpital.

Il est particulièrement difficile de voir comment la nécessité de l'approbation ministérielle peut entraîner la conclusion qu'il faille considérer l'application du règlement 5.04 comme une action du pouvoir exécutif du gouvernement. Il n'y a absolument aucune preuve que la politique du conseil

the admitting privileges of those who came within Regulation 5.04 if they "had something unique to offer the hospital" even came to the attention of the Minister or his staff. The only sense in which the adoption and application of that policy could be said to be the action of the Minister is that it was not precluded by the wording of the by-law approved by the Minister, assuming for the moment that such approval could by itself have made Regulation 5.04 a governmental act. On that reasoning, however, the organs of government would be responsible, and the *Charter* would apply, to all actions which in any way turned on the interpretation of the Regulation.

I do not think the respondents' argument in this respect is assisted by *Blaikie No. 2, supra*. The question in that case was as to the scope of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. This Court held that s. 133 applied not only to statutes enacted by the Legislature of the Province of Quebec, but also to the regulations and orders of statutory bodies, provided there was some connection between those regulations or orders, apart from the delegation of the power to enact them, and the Quebec Legislature to which s. 133 is by its terms limited. Citing the principle that "in our constitutional system the enactments of the Government should be assimilated with the enactments of the Legislature", the Court concluded, at p. 329, that subsidiary regulations and orders fell within s. 133 whenever "these other regulations are made subject to the approval of the Government". It stated, at p. 329:

The particular form of words used in this respect by various statutes matters little. Whether it be provided that some regulations "shall have no force and effect until approved and sanctioned by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not be carried into execution until approved by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not have force and effect until confirmed by the Lieutenant-Governor in Council", they can be assimilated with the enactments of the Government and therefore of the Legislature as long as positive action of the Government is required to breathe life into them.

d'administration de ne renouveler les priviléges d'admission des médecins visés par le règlement 5.04 que s'ils [TRADUCTION] «avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital» a même été portée à l'attention du ministre ou de son personnel. La seule façon de dire que l'adoption et l'application de cette politique résultent de l'action du ministre est qu'elles n'étaient pas interdites par le texte du règlement approuvé par le ministre, en supposant pour l'instant que cette approbation pouvait en soi avoir fait du règlement 5.04 une action gouvernementale. Cependant, d'après ce raisonnement, les organes du gouvernement seraient responsables de toutes les actions qui portaient d'une façon quelconque sur l'interprétation du règlement et la *Charte* s'appliquerait à toutes ces actions.

Je ne crois pas que l'arrêt *Blaikie no. 2*, précité, puisse être daucun secours à la position des intimés à cet égard. La question dans cet arrêt concernait la portée de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Notre Cour a conclu que l'art. 133 s'appliquait non seulement aux lois adoptées par la législature de la province de Québec, mais également aux règlements et aux ordonnances des organismes statutaires, pourvu qu'il y ait un certain lien entre d'une part, ces règlements ou ordonnances, mis à part le pouvoir délégué de les adopter, et d'autre part, la législature du Québec à laquelle l'art. 133 est restreint selon ses termes. Citant le principe que «dans notre régime constitutionnel, les mesures édictées par le gouvernement doivent être assimilées aux mesures adoptées par la Législature», la Cour a conclu, à la p. 329, que les règlements et ordonnances subsidiaires relevaient de l'art. 133 chaque fois que «ces autres règlements sont soumis à l'approbation du gouvernement». Elle a affirmé, à la p. 329:

Le texte particulier des différentes lois importe peu à cet égard. Que la loi dispose que certains règlements «n'entreront en vigueur que lorsqu'ils auront été approuvés et sanctionnés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «ne seront pas mis à exécution avant d'avoir été approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «n'auront aucun effet avant d'avoir été confirmés par le lieutenant-gouverneur en conseil», ils peuvent être assimilés à des mesures du gouvernement et, par conséquent, de la Législature tant qu'une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie.

Without such approval or confirmation, they are a nullity . . . or at least inoperative.

Relying on this statement, the respondents argue that the fact that the by-laws of the Vancouver General only come into force on receiving the approval of the Minister of Health should bring them within the compass of s. 32(1) of the *Charter* in the same way that the need for executive approval brings the regulations and orders of subsidiary bodies of the Government of Quebec within the compass of s. 133. It must be remembered however, that whereas s. 133 relates to the scope of a specific, albeit important, interest or right, s. 32(1) relates to the scope of a comprehensive bill of rights encompassing many different types of rights and freedoms and, thus, many different aspects of government activity. I do not think that what the Court has said with regard to the scope of the former is neatly transferable to the task of delimiting the scope of the latter. It should also be noted that the following statement appears in the introduction to this Court's decision in *Blaikie No. 2*, at p. 319:

It must be emphasized that regulations or orders in issue in the case at bar are regulations or orders which constitute delegated legislation properly so called and not rules or directives of internal management.

Pursuant to what I have said above, I would think it clear that Regulation 5.04, concerned as it is with the retirement of medical staff, is not delegated legislation, but is quintessentially a "rule or directive of internal management". It follows that it is not the type of regulation the Court had in mind when setting out the boundaries of s. 133. The requirement of approval by the government is nothing more than a mechanism to ensure that the hospital's actions do not run counter to the powers conferred on the government by the legislature to prescribe standards in respect of hospital administration. It is a mere supervisory power to that end. It does not displace the ongoing responsibility of its Board to manage the affairs of the hospital for the benefit of the community.

Sans cette approbation ou confirmation, ils sont nuls [...] ou à tout le moins inopérants.

S'appuyant sur cette affirmation, les intimés soutiennent que le fait que les règlements du Vancouver General n'entrent en vigueur qu'après avoir reçu l'approbation du ministre de la Santé devrait les faire relever du par. 32(1) de la *Charte* de la même façon que la nécessité de l'approbation du pouvoir exécutif fait relever de l'art. 133 les règlements et ordonnances des organismes subsidiaires du gouvernement du Québec. Il convient cependant de rappeler que, alors que l'art. 133 concerne la portée d'un intérêt ou d'un droit précis, bien qu'important, le par. 32(1) concerne la portée d'une déclaration des droits générales englobant plusieurs types de droits et de libertés différents et donc plusieurs aspects de l'activité du gouvernement. Je ne crois pas que ce que la Cour a affirmé en ce qui concerne la portée de l'art. 133 se transpose facilement pour délimiter la portée du par. 32(1). Il convient également de souligner que l'affirmation suivante se retrouve dans l'introduction des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Blaikie no. 2*, à la p. 319:

Il importe de souligner qu'il s'agit dans la présente affaire de règlements qui constituent de la législation déléguée proprement dite et non pas des règles ou directives de régie interne.

Conformément à ce que j'ai déjà dit, je pense qu'il est clair que le règlement 5.04, traitant comme il le fait de la retraite du personnel médical, n'est pas une disposition législative déléguée, mais fait partie essentiellement des «règles ou directives de régie interne». Il s'ensuit qu'il ne s'agit pas du type de règlements dont se préoccupait la Cour lorsqu'elle établissait les paramètres de l'art. 133. L'obligation d'obtenir l'approbation du gouvernement n'est rien de plus qu'un mécanisme pour veiller à ce que les actions de l'hôpital ne soient pas contraires aux pouvoirs conférés au gouvernement par la législature de prévoir des normes en matière d'administration hospitalière. Il ne s'agit que d'un simple pouvoir de contrôle destiné à cette fin. Il ne modifie pas la responsabilité permanente du conseil d'administration de gérer les affaires de l'hôpital à l'avantage de la collectivité.

In light of the foregoing, I would conclude that neither Regulation 5.04 or its administration can properly be said to be acts of the executive branch of government. I take it to be self-evident that they cannot be regarded as acts of the legislative branch of government, as there does not appear to be any provision in either of the statutes under which the Vancouver General operates that requires it to adopt a special policy respecting the renewal of admitting privileges of doctors who have reached the age of 65. There is certainly nothing in the relevant statute law that requires the adoption of the particular policy which the hospital has in fact adopted. The question therefore becomes whether the Vancouver General is part of what McIntyre J. designated the "administrative branch" of government.

This question cannot be answered by simply pointing out that the provision of health care and hospital services is an important part of the legislative mandate of provincial governments, and that the Vancouver General was incorporated for the express purpose of providing such care and services. If that was by itself sufficient to bring the hospital and all other bodies and individuals concerned with the provision of health care or hospital services within the reach of the *Charter*, a wide range of institutions and organizations commonly regarded as part of the private sector, from airlines, railways, and banks, to trade unions, symphonies and other cultural organizations, would also come under the *Charter*. For each of these entities, along with many others, are concerned with the provision of a service which is an important part of the legislative mandate of one or the other level of government.

In short, as in *McKinney*, we must look beyond the fact that the Vancouver General is an incorporated body which performs an important public service. In this regard the respondents adopt the findings of the Court of Appeal as to the degree and significance of government involvement in the operation of the Vancouver General. In concluding that the hospital was controlled by the Government of British Columbia and therefore subject to

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de conclure que ni le règlement 5.04 ni son application ne peuvent être véritablement considérés comme des actes du pouvoir exécutif du gouvernement. J'estime qu'il est évident qu'ils ne peuvent être considérés comme des actes du pouvoir législatif du gouvernement puisqu'il ne semble pas y avoir de disposition dans l'une ou l'autre des lois régissant l'exploitation du Vancouver General qui l'oblige à adopter une politique particulière concernant le renouvellement des priviléges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans. Il n'y a certainement rien dans la législation applicable qui exige l'adoption de la politique particulière que l'hôpital a de fait adoptée. La question est donc de savoir si le Vancouver General fait partie de ce que le juge McIntyre a appelé la «branche administrative» du gouvernement.

On ne peut simplement y répondre en soulignant que la prestation des soins de santé et des services hospitaliers constitue une partie importante du mandat législatif des gouvernements provinciaux, et que le Vancouver General a été constitué en personne morale dans le but précis de fournir ces soins et ces services. Si cela suffisait en soi pour rendre la *Charte* applicable à l'hôpital et aux autres organismes et individus visés par les soins de santé ou les services hospitaliers, un vaste éventail d'institutions et d'organismes considérés habituellement comme faisant partie du secteur privé, allant des compagnies aériennes, des chemins de fer et des banques aux syndicats, aux orchestres et aux autres organismes culturels, relèverait également de la *Charte*. En effet, chacune de ces entités, ainsi que plusieurs autres, ont pour but de fournir un service qui constitue un élément important du mandat législatif de l'un ou l'autre palier de gouvernement.

En résumé, comme dans l'arrêt *McKinney*, nous ne devons pas nous arrêter uniquement au fait que le Vancouver General est un organisme constitué en personne morale qui offre un important service public. À cet égard, les intimés adoptent les conclusions de la Cour d'appel quant à la mesure et l'importance de la participation du gouvernement dans l'exploitation du Vancouver General. En concluant que l'hôpital était contrôlé par le gouverne-

the *Charter*, the Court of Appeal summarized, at pp. 168-69, what it took to be the relevant provisions of the *Hospital Act* in the following terms:

Section 2(1) requires the hospital to make room for government representation on its management board in whatever manner the government thinks necessary; to have a board and by-laws thought necessary by the minister and any constitution, by-laws or rules are ineffective without ministerial approval; and to comply with the conditions prescribed by the Lieutenant Governor in Council—a provision which leaves it open for the Lieutenant Governor to set virtually any requirement deemed appropriate.

Section 2(3) gives government an unassailable right to appoint persons to the hospital management board. Section 32 states that the minister may require that by-laws be revised to his satisfaction and s. 36(1) permits the Lieutenant Governor to make any additional regulations he thinks necessary—regulations which under s. 36(3) may include virtually all aspects of running the hospital. Section 41(1) provides for additional ministerial control where hospitals receive money for building, and s. 44(4) and (6) allows the government to appoint a public administrator to manage the hospital and displace the board. That administrator can be given total control of the hospital (s. 44(5)), governed by conditions set by the Lieutenant Governor in Council.

The effective control of the hospital by the government is affirmed by the *Vancouver General Hospital Act*, which states that by-laws passed by the hospital's board come into force only when approved by the minister: s. 6.

While I accept this summary as substantially accurate, I respectfully disagree with the view of the Court of Appeal that it reveals governmental control of a character and quality that would justify application of the *Charter*. I have already given my opinion as to the limited significance of the requirement that the hospital's by-laws be approved by the Minister of Health. I also think that it is not very significant that the *Hospital Act* provides for ministerial control in respect of the use which the hospital makes of any grant received from the Province toward, in the words of s. 41(1), "the planning, constructing, reconstructing, purchasing and equipping of a hospital . . . or the

ment de la Colombie-Britannique et donc assujetti à la *Charte*, la Cour d'appel a résumé comme suit, aux pp. 168 et 169, ce qu'elle estimait être les dispositions pertinentes de la *Hospital Act*:

- ^a [TRADUCTION] Le paragraphe 2(1) oblige l'hôpital à prévoir la représentation du gouvernement au conseil de gestion, de la manière que le gouvernement estime nécessaire; à avoir un conseil et des règlements que le ministre juge nécessaires, tout acte constitutif, règlement ou règle étant inopérants sans l'approbation du ministre; et à se conformer aux conditions établies par le lieutenant-gouverneur en conseil—une disposition qui permet au lieutenant-gouverneur d'imposer pratiquement toute exigence qu'il estime appropriée.
- ^b Le paragraphe 2(3) accorde au gouvernement un droit absolu de nommer les personnes au conseil de gestion de l'hôpital. L'article 32 prévoit que le ministre peut exiger que les règlements soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante et le par. 36(1) permet au lieutenant-gouverneur d'adopter tout autre règlement qu'il estime nécessaire—des règlements qui peuvent viser pratiquement tous les aspects de l'exploitation d'un hôpital en vertu du par. 36(3). Le paragraphe 41(1) prévoit un contrôle ministériel supplémentaire lorsque les hôpitaux reçoivent des subsides à des fins de construction et les par. 44(4) et (6) permettent au gouvernement de nommer un administrateur public pour gérer l'hôpital et remplacer le conseil. Cet administrateur peut se voir accorder le contrôle entier de l'hôpital (par. 44(5)), sous réserve des conditions établies par le lieutenant-gouverneur en conseil.

Le contrôle réel de l'hôpital par le gouvernement est confirmé par l'art. 6 du *Vancouver General Hospital Act* qui prévoit que les règlements adoptés par le conseil de l'hôpital n'entrent en vigueur que sur approbation du ministre.

Bien que ce résumé m'apparaisse essentiellement exact, avec égards, je ne puis partager l'opinion de la Cour d'appel qu'il implique l'existence d'un contrôle gouvernemental d'une nature et d'une qualité qui justifieraient l'application de la *Charte*. J'ai déjà exprimé mon opinion quant à l'importance relative de la nécessité de l'approbation du règlement de l'hôpital par le ministre de la Santé. J'estime également peu important que la *Hospital Act* prévoie un contrôle ministériel quant à l'emploi par l'hôpital des subventions reçues de la province et affectées, selon les termes du par. 41(1), [TRADUCTION] «à la planification, la construction, la reconstruction, l'achat et l'équipement

acquiring of land or buildings for hospital purposes". The fact that the Vancouver General is not autonomous when it comes to the use of money given to it by the government for specific capital investments says little regarding the degree of autonomy it enjoys overall. If anything, it suggests that direct government involvement in hospital decision-making is the exception rather than the rule.

This point can be made with even greater force with respect to s. 36(1), which permits the Lieutenant Governor in Council to make such additional regulations as he thinks necessary, and s. 44, which provides for the appointment of a public administrator and the displacement of the Board. When it is considered that the power of the Minister under s. 36(1) is to make "any regulations deemed necessary for the carrying out of the provisions of this Act to meet any contingency not expressly provided for in it" (emphasis added), it becomes clear that both provisions have nothing to do with the day-to-day operation of the hospitals to which they apply. Instead, they make allowance for those exceptional circumstances where a high degree of direct government involvement in the management of a hospital is deemed to have become necessary. Again, the fact that the Act makes special allowance for ministerial intervention in these situations indicates that it assumes that the management of a hospital would ordinarily be a matter for the judgment of its own Board of Trustees.

In sum, it is crucial in assessing the statutory framework summarized by the Court of Appeal to bear in mind the difference between ultimate or extraordinary, and routine or regular control. While it is indisputable that the fate of the Vancouver General is ultimately in the hands of the Government of British Columbia, I do not think it can be said that the *Hospital Act* makes the daily or routine aspects of the hospital's operation, such as the adoption of policy with respect to the renewal of the admitting privileges of medical staff, subject to government control. On the contrary, it

d'un hôpital [...] ou à l'acquisition de bien-fonds ou d'édifices pour les hôpitaux». Le fait que le Vancouver General ne soit pas autonome lorsqu'il est question de l'utilisation des sommes qui lui sont

- a remises par le gouvernement à des fins d'investissements en capital déterminés ne révèle rien du degré d'autonomie dont l'hôpital bénéficie dans l'ensemble. Cela indique plutôt que la participation directe du gouvernement dans le processus décisionnel de l'hôpital est l'exception plutôt que la règle.

Cet argument peut même s'appliquer plus vigoureusement en ce qui concerne le par. 36(1), qui permet au lieutenant-gouverneur en conseil d'adopter les autres règlements qu'il estime nécessaires, et l'art. 44, qui prévoit la nomination d'un administrateur public et le remplacement du conseil d'administration. Lorsque l'on comprend que le pouvoir du ministre en vertu du par. 36(1) est d'adopter [TRADUCTION] «tout autre règlement qu'il estime nécessaire aux fins de l'application des dispositions de cette Loi pour répondre aux situations d'urgence que celle-ci ne prévoit pas expressément» (je souligne), il devient clair que les deux dispositions n'ont rien à voir avec l'exploitation quotidienne des hôpitaux auxquels elles s'appliquent. Elles prévoient plutôt les circonstances exceptionnelles où l'on estime nécessaire la participation directe et importante du gouvernement dans la gestion d'un hôpital. Encore une fois, le fait que la loi prévoie spécialement l'intervention du ministre dans ces situations indique qu'elle suppose que la gestion d'un hôpital est une question qui relève habituellement du jugement de son conseil d'administration.

En résumé, il est capital dans l'évaluation du cadre législatif résumé par la Cour d'appel d'avoir présent à l'esprit la différence entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. Bien qu'on ne puisse contester que l'existence du Vancouver General relève en dernier ressort du gouvernement de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que la *Hospital Act* assujettit les aspects quotidiens ou routiniers du fonctionnement de l'hôpital, comme l'adoption d'une politique en matière de renouvellement des priviléges d'admission accordés au per-

implies that the responsibility for such matters will, barring some extraordinary development, rest with the Vancouver General's Board of Trustees. It could in fact be said to contain an explicit recognition to this effect, in that it defines "board of management" as "the directors, managers, trustees or other body of persons having the control and management of a hospital" (s. 1). To similar effect is s. 5 of the *Vancouver General Hospital Act*, which provides that the "property and affairs of the corporation shall be managed by a Board of Trustees". These two provisions would be meaningless unless the *Hospital Act* is interpreted in accordance with the distinction between ultimate or extraordinary, and routine or regular control which I have described above.

To this, it may be objected that the Board of Trustees is itself an extension of the Minister of Health and an instrument of government policy. Such an objection could draw support from s. 2(1) of the *Hospital Act*, which imposes a duty on all hospitals to have the "bylaws or rules thought necessary by the minister for the administration and management of the hospital's affairs and the provision of a high standard of care and treatment for patients". It could also draw support from s. 32, which empowers the Minister to "require that the bylaws or rules of a hospital . . . be revised in a manner satisfactory to him in order to meet changing conditions and policies, and to provide for greater uniformity and efficiency in all matters concerning the administration and operation of hospitals". Finally, it could be said that the subservient status of the Board of Trustees is plainly indicated by s. 2(3), which gives the government what the Court of Appeal called an "unassailable right to appoint persons to the hospital management board". As the respondents point out, the government appoints 14 of the 16 members of the Vancouver General's Board of Trustees.

sonnel médical, au contrôle du gouvernement. Au contraire, cela signifie que la responsabilité en ces matières, sous réserve d'une situation extraordinaire, relève du conseil d'administration du Vancouver General. On pourrait d'ailleurs affirmer qu'elle le reconnaît expressément, en ce qu'elle définit le terme [TRADUCTION] «conseil d'administration» comme [TRADUCTION] «les directeurs, gestionnaires, fiduciaires ou autre groupe de personnes ayant le contrôle et la gestion d'un hôpital» (art. 1). L'article 5 de la *Vancouver General Hospital Act* va dans le même sens puisqu'il prévoit que [TRADUCTION] «des biens et les affaires de la société sont gérés par un conseil d'administration». Ces deux dispositions seraient inutiles à moins que la *Hospital Act* ne soit interprétée conformément à la distinction entre les contrôles ultimes ou extraordinaires et les contrôles routiniers ou réguliers que j'ai déjà décrits.

À cet argument, on peut opposer que le conseil d'administration est en soi une extension du ministre de la Santé et un instrument de la politique du gouvernement. Cette objection pourrait s'appuyer sur le par. 2(1) de la *Hospital Act*, qui impose à tous les hôpitaux l'obligation d'avoir [TRADUCTION] «des règlements ou des règles que le ministre estime nécessaires à l'administration et à la gestion des affaires de l'hôpital ainsi qu'à la prestation de soins et de traitements de première qualité». Elle pourrait également s'appuyer sur l'art. 32 qui confère au ministre le pouvoir [TRADUCTION] «d'exiger que les règlements ou règles d'un hôpital [...] soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante en vue de répondre à des conditions et des politiques en évolution et d'apporter plus d'uniformité et d'efficacité dans les domaines relevant de l'administration et de l'exploitation des hôpitaux». Enfin, on pourrait dire que le rôle subordonné du conseil d'administration ressort clairement du par. 2(3), lequel accorde au gouvernement ce que la Cour d'appel qualifie de «droit absolu de nommer les personnes au conseil de gestion de l'hôpital». Comme les intimés le soulignent, le gouvernement nomme 14 des 16 membres du conseil d'administration du Vancouver General.

To this argument I would make the following rejoinders. First, I do not think the fact that the Board of Trustees can be required to adopt by-laws that are thought necessary by the Minister of Health can undermine its responsibility for by-laws or rules, such as Regulation 5.04, which it adopts on its own initiative and pursuant to its own sense of what is in the best interests of the Vancouver General. The same can be said with respect to the Minister's power to order a revision of a hospital's by-laws, at least until such revision has actually been ordered.

As to the Lieutenant Governor's power to appoint members of the Board, while it is true, as noted, that the hospital's by-laws provide for the appointment of fourteen members of the Board of Trustees by the Lieutenant Governor in Council, it then specifies that two are to be appointed from each of the lists of nominees submitted by the President of The University of British Columbia, the British Columbia Health Association and the Board of the Vancouver General itself. One is to be appointed from nominees submitted by the British Columbia Institute of Technology, while seven members are to be appointed "from the Community at large". What this shows, I think, is that the Lieutenant Governor's power of appointment is far less discretionary than the respondents contend. It also shows, especially when it is remembered that the two remaining members of the Board are the hospital's President and the Chairman of the hospital's Medical Advisory Committee, that no member of the Board sits as the representative of the Minister of Health or the government generally. Instead, each sits as a representative of one of the groups or organizations that have a direct interest in the Vancouver General and the service it provides. It is not going too far to say that the Lieutenant Governor's power of appointment is, in light of Article 2, simply a mechanism to ensure the balanced representation of these groups and organizations on the hospital's principal decision-making body. It is not a means for the exercise of regular government control over the day-to-day operations of the hospital. This

Je statuerais sur cet argument de la façon suivante. Premièrement, je ne crois pas qu'obliger le conseil d'administration à adopter des règlements que le ministre de la Santé estime nécessaires à modifie sa responsabilité à l'égard des règlements ou des règles, comme le règlement 5.04, qu'il adopte de sa propre initiative et conformément à ce qu'il estime être les meilleurs intérêts du Vancouver General. On peut dire la même chose du pouvoir du ministre d'ordonner l'examen des règlements de l'hôpital, à tout le moins jusqu'à ce que cet examen soit effectivement ordonné.

Quant au pouvoir du lieutenant-gouverneur de nommer les membres du conseil d'administration, bien qu'il soit vrai, comme je l'ai déjà noté, que le règlement de l'hôpital prévoit la nomination de 14 membres du conseil d'administration par le lieutenant-gouverneur en conseil, il précise ensuite que deux membres doivent être nommés à partir de chacune des listes de candidats présentées respectivement par le président de l'Université de la Colombie-Britannique, la British Columbia Health Association et le conseil d'administration du Vancouver General lui-même. L'un des membres doit être nommé à partir des candidats présentés par le British Columbia Institute of Technology, alors que sept membres doivent provenir «de la collectivité en général». Je pense que cela signifie que le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur est bien loin d'être aussi discrétionnaire que les intimés le prétendent. Cela indique également, surtout lorsqu'on se rappelle que les deux autres membres du conseil d'administration sont le président de l'hôpital et le président du conseil consultatif médical de l'hôpital, qu'aucun membre du conseil d'administration ne représente le ministre de la Santé ou le gouvernement en général. Chacun représente plutôt l'un des groupes ou des organismes qui ont un intérêt direct dans le Vancouver General et les services qu'il offre. Il n'est pas exagéré de dire que le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur est simplement, compte tenu de l'art. 2, un mécanisme visant à assurer une représentation équilibrée de ces groupes et organismes au sein du principal organisme décisionnel de l'hôpital. Il ne s'agit pas d'un moyen permettant au gouvernement de contrôler régulièrement les activités quotidiennes de l'hôpital. Cette conclu-

conclusion is supported by the fact that under s. 2 of Article 2, appointments to the Board are for fixed terms.

On the basis of the foregoing, I would conclude that the appellant hospital does not form part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It follows that its actions in adopting and administering Regulation 5.04 do not fall within the ambit of the *Charter*. I would add that there can be no question of the Vancouver General's being held subject to the *Charter* on the ground that it performs a governmental function, for it follows from what I have said above that the provision of a public service, even if it is one as important as health care, is not the kind of function which qualifies as a governmental function under s. 32. The case differs in this respect from the cases of *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (Ont. H.C.), and *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.), assuming those cases to have been correctly decided. I would also add that this is not a case for the application of the *Charter* to a specific act of an entity which is not generally bound by the *Charter*. The only specific connection between the actions of the Vancouver General in adopting and applying Regulation 5.04 and the actions of the Government of British Columbia was the requirement that Regulation 5.04 receive ministerial approval. In light of what I have said above in regard to this requirement, a "more direct and a more precisely-defined connection", to borrow McIntyre J.'s phrase used in *Dolphin Delivery*, would have to be shown before I would conclude that the *Charter* applied on this ground.

sion s'appuie sur le fait qu'en vertu de l'al. 2 de l'art. 2, les nominations au conseil d'administration sont pour des mandats déterminés.

^a Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que l'hôpital appelant ne fait pas partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il s'ensuit que son adoption et son application du règlement 5.04 ne relèvent pas de la portée de la *Charte*. ^b J'ajouterais qu'il ne peut être question que le Vancouver General soit assujetti à la *Charte* parce qu'il exerce une fonction gouvernementale, car il découle de ce que j'ai déjà dit que la prestation d'un service public, même s'il s'agit d'un service aussi important que les soins de santé, ne relève pas du genre de fonction que l'on peut qualifier de fonction gouvernementale en vertu de l'art. 32. À cet égard, cette affaire diffère des situations visées dans les décisions *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.), et *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (C. Div. Ont.), à supposer qu'elles soient bien fondées. J'ajouterais également qu'il ne s'agit pas d'une affaire où la *Charte* s'applique à une action précise d'un organisme qui n'est pas généralement lié par la *Charte*. Le seul lien précis entre les actions du Vancouver General relativement à l'adoption et à l'application du règlement 5.04 et les actions du gouvernement de la Colombie-Britannique était l'exigence selon laquelle le règlement 5.04 devait recevoir l'approbation du ministre. Compte tenu de ce que j'ai déjà dit au sujet de cette obligation, «un lien plus direct et mieux défini», pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, devrait être démontré pour m'inciter à conclure que la *Charte* s'applique à cet égard.

^h

These conclusions are sufficient to dispose of this appeal in favour of the appellant hospital. However, as in *McKinney*, I shall also deal with the case on the assumption that the Vancouver General is a part of government and discuss the issue of whether Regulation 5.04 and the actions taken in its application violate s. 15 of the *Charter*.

ⁱ Ces conclusions suffisent pour disposer du pourvoi en faveur de l'hôpital appelant. Cependant, comme dans l'arrêt *McKinney*, je vais également examiner l'affaire en supposant que le Vancouver General fait partie du gouvernement et analyser la question de savoir si le règlement 5.04 et les mesures prises pour l'appliquer violent l'art. 15 de la *Charte*.

Section 15 of the Charter

On the assumption that the Vancouver General is part of government within the meaning of s. 32, I now propose to deal with the question whether its policy of not renewing the admitting privileges of doctors who have reached the age of 65 unless they have "something unique to offer the hospital" violates s. 15 of the *Charter*.

In the first instance, the answer to this question depends on whether the alleged inequality is one made by "law". I think it obvious that Regulation 5.04, if made by government, would qualify as a law, and that it is unnecessary to explain its characterization as such at any great length. This is in this respect a much clearer case than *McKinney*, as there is no question in this case of the challenged conduct's being the outcome of negotiations with the representatives of those who claim a violation of their s. 15 rights. It is also clear that the "law" in question comprehends not just Regulation 5.04 alone, but the policy which is followed in its application to those who come within its terms as well. It would be incongruous if our entitlement to equality "before and under the law" and to the "equal protection and equal benefit of the law" did not reach the manner in which a law was interpreted and enforced by those charged with its operation. It will often be this process of interpretation and enforcement that determines the impact that a law has on the lives of those who come within its scope. These views accord with this Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, as well as with the remarks of Linden J. in *Re McCutcheon and City of Toronto, supra*, at p. 202. They also accord with the jurisprudence of the Supreme Court of the United States, in which it is clear that constitutional protection against discriminatory state action is not limited to the legislative context; see *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

Having determined that Regulation 5.04 and the policy that the Board of Trustees adopted as a guide to its application come within the sphere of constitutional protection afforded by s. 15, the

L'article 15 de la Charte

En supposant que le Vancouver General fait partie du gouvernement au sens de l'art. 32, je vais maintenant examiner la question de savoir si sa politique de ne pas renouveler les priviléges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans à moins qu'ils n'aient «quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital» viole l'art. 15 de la *Charte*.

^b Tout d'abord, pour répondre à cette question, il faut déterminer si l'inégalité reprochée découle d'une «loi». Je pense qu'il est évident que si le règlement 5.04 avait été adopté par le gouvernement, il serait considéré comme une loi, et il n'est pas nécessaire d'expliquer cette qualification en détail. À cet égard, il s'agit d'une affaire beaucoup plus claire que l'affaire *McKinney*, car en l'espèce la conduite contestée n'est pas le résultat de négociations avec les représentants de ceux qui prétendent que les droits que leur reconnaît l'art. 15 sont violés. Il est aussi clair que la «loi» en question ne comprend pas seulement le règlement 5.04 mais aussi la politique suivie en l'appliquant à ceux qui y sont assujettis. Il serait absurde que notre droit à l'égalité «devant la loi» et à «la même protection et au même bénéfice de la loi» ne comprenne pas la manière dont une loi est interprétée et appliquée par les responsables de son application. C'est souvent ce processus d'interprétation et d'application qui détermine les répercussions d'une loi sur la vie de ceux qu'elle vise. Ces opinions sont conformes à la décision de notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, ainsi qu'aux remarques du juge Linden dans la décision *Re McCutcheon and City of Toronto*, précité, à la p. 202. Elles sont également conformes à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, qui reconnaît clairement que la protection constitutionnelle contre l'action discriminatoire de l'État ne se restreint pas au contexte législatif; voir les arrêts *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

Ayant conclu que le règlement 5.04 et la politique adoptée par le conseil d'administration comme guide pour son application relèvent de la protection constitutionnelle conférée par l'art. 15, la

question becomes whether they are discriminatory in light of this Court's decision in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. As in the case of the university policies of mandatory retirement considered in *McKinney*, I think it would be difficult to argue that they are not. They make a distinction based on age, one of the personal characteristics enumerated in s. 15(1). It is a distinction which is clearly discriminatory within the test set out by this Court in *Andrews*. In this regard, the following statement, taken from the reasons of McIntyre J., at pp. 174-75, is representative of the Court's reasoning:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

There is no doubt that Regulation 5.04 and the associated policy of the Vancouver General's Board of Trustees impose a burden on doctors who practise at the hospital and who have turned 65 which is not imposed on their colleagues of a younger age. The evidence shows that for most of the respondents, the hospital's refusal to renew their admitting privileges will mean that they will have to drastically curtail their practices. For some, it will mean the end of their practices. In short, Regulation 5.04 as applied by the Board of Trustees will mean that the respondents are being forced either into partial or full retirement. The loss this can entail for a person's physical and psychological well-being is serious. In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, employment was described in the following terms, at p. 368:

question est de savoir s'ils sont discriminatoires compte tenu de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Comme c'est le cas pour a les politiques de retraite obligatoire des universités qui ont été examinées dans l'arrêt *McKinney*, je pense qu'il serait très difficile de prétendre qu'ils ne le sont pas. Ils établissent une distinction fondée sur l'âge, l'une des caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1). Il s'agit d'une distinction clairement discriminatoire au sens du critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *Andrews*. À cet égard, l'affirmation suivante, tirée des motifs du juge McIntyre, aux pp. 174 et 175, illustre le raisonnement de la Cour:

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

Il n'y a pas de doute que le règlement 5.04 et la politique du conseil d'administration du Vancouver General qui en découle imposent aux médecins qui pratiquent à l'hôpital et qui ont atteint 65 ans un fardeau qui n'est pas imposé à leurs collègues plus jeunes. La preuve indique que, pour la plupart des intimés, le refus de l'hôpital de renouveler leurs priviléges d'admission signifie qu'ils devront restreindre de manière draconienne l'exercice de leur profession. Pour certains, cela signifie la fin de leur pratique médicale. En résumé, le règlement 5.04, tel qu'il est appliqué par le conseil d'administration, impose aux intimés une retraite partielle ou complète. Les répercussions qu'entraîne cette politique sur le bien-être physique et psychologique d'un individu sont graves. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, on a décrit le travail de la façon suivante, à la p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

McDougal, Lasswell and Chen, *Human Rights and World Public Order* (1980), have described the "traumatic impact of the sudden loss of accustomed roles, precipitated by involuntary retirement" (p. 781). The effect of Regulation 5.04 and the associated policy of the Board of Trustees is to impose these deprivations on the basis of a personal characteristic attributed to individuals solely because of his association with a group, that is, those over 65. They are for that reason discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

The argument of the appellants respecting this branch of the case was essentially that there was no discrimination because Regulation 5.04 and the policy decision under which it was implemented were reasonable having regard to the purposes they were designed to serve. In this regard, counsel drew our attention to the testimony of various expert witnesses who appeared at trial regarding the effect of age on a doctor's capabilities. He also drew attention to what he described as the "institutional concerns" of the Vancouver General, which he argued Regulation 5.04 addressed. These were: the need to control the size of the medical staff in order to foster the staff cohesiveness that was essential to the hospital's team approach to the provision of medical treatment, the role which a regular turnover in staff played in keeping the hospital at the leading edge of research and acute care technique, and the need to ensure that the hospital's limited resources were made available to those who could make most efficient and productive use of them. These various concerns, he maintained, were especially important in the case of the Vancouver General given its role and responsibilities as a research, teaching and acute care institution. Together with the evidence as to the effects of aging, he added, they showed that the actions of the hospital in adopting and applying Regulation

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

McDougall, Lasswell et Chen dans leur ouvrage, *Human Rights and World Public Order* (1980), b ont décrit les [TRADUCTION] «épercussions traumatisantes de la perte subite des rôles habituels, précipitées par une retraite forcée» (p. 781). L'effet du règlement 5.04 et de la politique du conseil d'administration qui en découle est d'imposer ces privations en fonction d'une caractéristique personnelle attribuée aux individus en raison seulement de leur appartenance à un groupe, c'est-à-dire, à celui des gens âgés de plus de 65 ans. Ils d sont pour cette raison discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

L'argument des appellants concernant cet aspect de l'affaire est essentiellement qu'il n'y a pas e discrimination parce que le règlement 5.04 et la décision de politique en vertu de laquelle il a été appliqué sont raisonnables compte tenu des fins qu'ils visent. À cet égard, l'avocat des appellants a attiré notre attention sur le témoignage de divers f témoins experts qui ont comparu à l'audience concernant l'effet de l'âge sur les aptitudes d'un médecin. Il a également attiré notre attention sur ce g qu'il a décrit comme les [TRADUCTION] «préoccupations institutionnelles» du Vancouver General qu'il prétendait être visées par le règlement 5.04. Ces préoccupations sont: la nécessité de contrôler la taille du personnel médical pour favoriser sa cohésion, qui est essentielle à la pratique de l'hôpital de s'adresser à des équipes dans la prestation h des traitements médicaux, le rôle qu'un changement régulier de personnel joue pour permettre à l'hôpital d'être à la fine pointe de la recherche et des techniques de soins de courte durée, et la nécessité de voir à ce que les ressources limitées de l'hôpital soient mises à la disposition de ceux qui peuvent en faire l'usage le plus efficace et le plus productif. Selon lui, ces diverses préoccupations j sont particulièrement importantes dans le cas du Vancouver General compte tenu de son rôle et de ses responsabilités comme institution de recherche,

5.04 were entirely reasonable. From this it followed that the respondents had not been discriminated against.

The problem with this argument can be quickly stated; it confuses the question of whether discrimination has taken place with that of whether the discrimination is "demonstrably justified in a free and democratic society". The evidence and "institutional concerns" referred to address the latter question and, as such, fall to be considered under s. 1 of the *Charter*. They do not go to the question of whether or not there has been a violation of s. 15(1). Accordingly, I now turn to s. 1.

Section 1 of the Charter

General

As noted in *McKinney*, this Court first set out a detailed approach for the application of s. 1 in *R. v. Oakes, supra*. The onus of justifying a limitation to a *Charter* right rests on the parties seeking to uphold the limitation. The starting point of the inquiry is an assessment of the objectives of the law to determine whether they are sufficiently important to warrant the limitation of a constitutional right. The challenged law is then subjected to a proportionality test in which the objective of the impugned law is balanced against the nature of the right it violates, the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society.

As this Court recently pointed out in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, and as I reiterated in *McKinney*, this balancing task should not be approached in a mechanistic fashion. At pages 1489-90 of *Cotroni*, it was said that "While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a par-

de formation et de soins de courte durée. Il a ajouté que ces préoccupations, jointes à la preuve sur les effets du vieillissement, indiquent que les actions de l'hôpital dans l'adoption et l'application ^a du règlement 5.04 sont tout à fait raisonnables. Il s'ensuit donc que les intimés n'ont pas été victimes de discrimination.

Le problème que soulève cet argument peut être ^b rapidement formulé; il confond la question de savoir s'il y a eu discrimination avec celle de savoir si la discrimination peut se justifier «dans une société libre et démocratique». La preuve et les [TRADUCTION] «préoccupations institutionnelles» ^c mentionnées portent sur cette dernière question et, comme telles, doivent être considérées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Elles ne répondent pas à la question de savoir s'il y a eu violation du par. 15(1). Par conséquent, j'examine maintenant l'article premier.

L'article premier de la Charte

Généralités

^f Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *McKinney*, c'est dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, que notre Cour a présenté pour la première fois un mode détaillé d'application de l'article premier. L'obligation de justifier la limite apportée à un droit reconnu par la *Charte* incombe aux parties qui veulent la maintenir. Le point de départ de l'analyse consiste à évaluer les objectifs de la loi pour déterminer s'ils sont suffisamment importants pour ^g justifier la limitation du droit garanti par la Constitution. La loi contestée est ensuite assujettie à un critère de proportionnalité où l'objectif de cette loi est souposé en fonction de la nature du droit, de l'étendue de sa violation et de la mesure dans ^h laquelle la limite apportée favorise d'autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique.

Comme notre Cour l'a récemment affirmé dans ⁱ l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, et comme je l'ai répété dans l'arrêt *McKinney*, cette tâche ne devrait pas être envisagée d'une manière mécaniste. Aux pages 1489 et 1490 de l'arrêt *Cotroni*, on a dit que «[b]ien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes

ticular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature". Early in the development of the balancing test, Dickson C.J. underlined this point by stating: "Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards". See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69. I elaborated on this in the specific context of s. 15(1) in the following passage from *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at p. 198:

The degree to which a free and democratic society such as Canada should tolerate differentiation based on personal characteristics cannot be ascertained by an easy calculus. There will rarely, if ever, be a perfect congruence between means and ends, save where legislation has discriminatory purposes. The matter must, as earlier cases have held, involve a test of proportionality. In cases of this kind, the test must be approached in a flexible manner. The analysis should be functional, focussing on the character of the classification in question, the constitutional and societal importance of the interests adversely affected, the relative importance to the individuals affected of the benefit of which they are deprived, and the importance of the state interest.

As in *McKinney*, it is important in considering the issues raised by a case like the present to note that judicial evaluation of the state's interest will differ depending on whether the state is the "singular antagonist" of the person whose rights have been violated, as it usually will be where the violation occurs in the context of the criminal law, or whether it is instead defending legislation or other conduct concerned with "the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce government resources". See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994. In the former situation, the courts will be able to determine whether the impugned law or other government conduct is the "least drastic means" for the achievement of the state interest with a considerable measure of certainty, given their familiarity with the values and operation of the criminal justice system and the

douivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir». Au début de la formulation de ce critère d'évaluation, le juge en chef

- a Dickson a souligné que «[t]ant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769. Dans le contexte particulier du par. 15(1), j'ai précisé ce point dans l'extrait suivant de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 198:

Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques

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

Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *McKinney*, il est important dans l'examen des questions soulevées par une affaire comme celle-ci de souligner que l'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'État différera selon que l'État est «l'adversaire singulier» de la personne dont les droits ont été violés, comme ce sera habituellement le cas lorsque la

- j violation se produit dans le contexte du droit criminel, ou selon qu'il cherche plutôt à défendre une loi ou une autre conduite portant sur «la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées»; voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994. Dans le premier cas, les tribunaux pourront déterminer avec un certain degré de certitude si la loi contestée ou toute autre conduite gouvernementale fait appel aux «moyens les moins radicaux» pour atteindre l'objectif de l'État,

judicial system generally. As this Court has noted in *Irwin Toy*, however, the same degree of certainty may not be achievable in the latter situation.

I now turn to the objectives of the "law" at hand.

Objectives

Given that counsel for the appellants addressed his arguments as to the reasonableness of Regulation 5.04 and the policy under which it was applied to the question of whether there was discrimination within the meaning of s. 15 of the *Charter*, he did not specifically define their underlying objectives for the purposes of a s. 1 analysis. He did, however, enumerate the "institutional concerns" which he said the Board of Trustees hoped to address through the adoption of Regulation 5.04. These consisted of the need to limit the growth of the hospital's staff to take account of budgetary and resource limitations under which the Vancouver General must operate, the desire to limit the size of staff so as to encourage and preserve a cohesive staff capable of taking a team approach to the practice of medicine, and the need to make some of the hospital's staff positions and resources available to younger doctors recently trained in the latest approaches to medical practice.

It is this final "institutional concern" which points towards what I regard to be the fundamental objective of Regulation 5.04 and the policy that was adopted with respect to its application. In this respect, Regulation 5.04 is akin to the policies of mandatory retirement considered in *McKinney*. Just as those policies were directed toward the achievement of excellence in the universities' pursuit of higher learning, Regulation 5.04 and its attendant policy were intended to maintain and enhance the quality of medical care the Vancouver General is capable of providing. They were, in a word, intended to promote excellence in the hospital's pursuit of its mandate as a centre of medical

compte tenu de leur connaissance des valeurs et du fonctionnement du système de justice criminelle et du système judiciaire en général. Cependant, comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *Irwin Toy*, il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans le second cas.

J'examine maintenant les objectifs de la «loi» en question.

Les objectifs

Puisque les arguments de l'avocat des appellants quant au caractère raisonnable du règlement 5.04 et de la politique en vertu de laquelle ce dernier a été appliqué ont porté sur la question de savoir s'il y avait discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*, il n'a pas défini précisément leurs objectifs sous-jacents aux fins d'un examen fondé sur l'article premier. Il a cependant énuméré les [TRADUCTION] «préoccupations institutionnelles» que, selon lui, le conseil d'administration avait à l'esprit en adoptant le règlement 5.04. Font partie de ces préoccupations la nécessité de restreindre l'accroissement du personnel de l'hôpital pour tenir compte des restrictions en matière de budget et de ressources en vertu desquelles le Vancouver General doit fonctionner, la volonté de restreindre la taille du personnel pour encourager et maintenir la cohésion d'un personnel capable de pratiquer la médecine dans un esprit d'équipe, et la nécessité d'offrir aux jeunes médecins récemment formés selon les dernières techniques médicales certains des postes et des ressources de l'hôpital.

C'est cette dernière «préoccupation institutionnelle» qui porte sur ce que j'estime être l'objectif fondamental du règlement 5.04 et de sa politique d'application. À cet égard, le règlement 5.04 est semblable aux politiques de retraite obligatoire examinées dans l'arrêt *McKinney*. Tout comme ces politiques faisaient partie de la recherche de l'excellence dans les universités en matière de haut savoir, le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache visaient à maintenir et à promouvoir la qualité des soins médicaux que pouvait offrir le Vancouver General. Bref, ils faisaient partie de la recherche de l'excellence par l'hôpital dans le cadre de son mandat comme centre de recherche et

research and teaching and as the major acute care hospital in the Province of British Columbia.

I have little doubt that this objective meets the "objectives test" as it has been developed in the jurisprudence; it is an objective that warrants the overriding of constitutional guarantees, provided it can satisfy the other requirements of the s. 1 test. Excellence in the practice of medicine and the provision of hospital services is certainly a highly important goal, one that produces obvious social benefits. It is crucial in this regard to emphasize the special responsibilities that devolve upon the Vancouver General by virtue of its mandate as the major acute care hospital in the Province with its extensive involvement in teaching and research. From this it is fair to assume that the specialized care it provides is beyond the capabilities of most, if not all, the other hospitals in the Province. Consequently, the ability of people in all parts of the Province to obtain high quality medical care when they most seriously require it may be said to depend on the quality of treatment available at the Vancouver General. Just as importantly, the teaching and research function carried out at the hospital is crucial to the future availability of competent and well-trained doctors in every part of the Province.

Accordingly, having determined that a pressing and substantial government objective lies behind Regulation 5.04 and its attendant policy, I turn to the question whether the Regulation and policy are appropriate or proportionate to the objective they seek to promote.

Proportionality

As Dickson C.J. stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*, a three-step approach to the question of proportionality as between objectives and means is ordinarily to be followed. He set out this approach, at p. 768 of his judgment, where he stated:

de formation médicales et comme principal hôpital de soins de courte durée dans la province de la Colombie-Britannique.

- a Je ne doute pas que cet objectif réponde au [TRADUCTION] «critère des objectifs» tel qu'il a été formulé dans la jurisprudence; il s'agit d'un objectif qui justifie la suppression de garanties constitutionnelles, pourvu qu'il satisfasse aux autres exigences du critère de l'article premier. L'excellence dans la pratique de la médecine et dans la prestation des services médicaux constitue certainement un objectif très important qui apporte évidemment des avantages à la société. Il est capital à cet égard de souligner les responsabilités particulières qui incombent au Vancouver General en raison de son mandat comme principal hôpital de soins de courte durée dans la province et de sa participation importante en matière de formation et de recherche. Il est donc juste de présumer que les soins spécialisés qu'il offre dépassent les possibilités de la plupart des autres hôpitaux de la province, sinon de tous. Par conséquent, on peut dire que la possibilité pour les gens de toutes les régions de la province d'obtenir des soins médicaux de grande qualité lorsqu'ils en ont le plus besoin dépend de la qualité des traitements qu'offre le Vancouver General. Et de façon toute aussi importante, la formation et la recherche assurées par l'hôpital sont essentielles pour que chaque région de la province ait à l'avenir des médecins compétents et bien formés.

- g Par conséquent, ayant déterminé que le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache constituent un objectif gouvernemental urgent et important, je vais maintenant déterminer si le règlement h et sa politique sont appropriés ou proportionnels à l'objectif qu'ils visent à promouvoir.

La proportionnalité

- i Comme le juge en chef Dickson l'a formulé dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, il faut habituellement suivre une démarche en trois étapes pour déterminer si les mesures appliquées sont proportionnelles aux objectifs fixés. Il a établi cette démarche dans ses motifs, à la p. 768, lorsqu'il a affirmé:

Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

I will now consider the case at bar in light of each of these "aspects" of the proportionality requirement: rationality, minimal impairment and deleterious effects, or as it has sometimes been referred to, overall proportionality.

Rationality

Regulation 5.04 and the policy under which it was applied have much the same relation to the Vancouver General's pursuit of excellence in the provision of medical treatment and medical teaching and research as was found to exist in *McKinney, supra*, between a policy of mandatory retirement and the pursuit of academic excellence in universities. It allows for regular staff renewal and the intellectual invigoration that flows from it. What I had to say in *McKinney*, at p. 284, with respect to the case of universities seems, with slight modification, applicable here:

Mandatory retirement not only supports the tenure system which undergirds the specific and necessary ambience of university life. It ensures continuing faculty renewal, a necessary process to enable universities to be centres of excellence. Universities need to be on the cutting edge of new discoveries and ideas, and this requires a continuing infusion of new people. In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people. Mandatory retirement achieves this in an orderly way that permits long-term planning both by the universities and the individual. [Emphasis in original.]

Leaving aside the reference to the system of academic tenure for the moment, I think a similar analysis can be made of Regulation 5.04 and its associated policy of implementation. For obvious

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

Je vais maintenant examiner l'espèce en fonction de chacun de ces «aspects» du critère de proportionnalité: le lien rationnel, l'atteinte minimale et les effets préjudiciables ou, comme on l'indique parfois, la proportionnalité générale.

La rationalité

d Le règlement 5.04 et sa politique d'application ont sensiblement le même lien avec la recherche de l'excellence par le Vancouver General en matière de traitements médicaux, de recherche et de formation en matière médicale que celui qui existe e dans l'arrêt *McKinney*, précité, entre une politique de retraite obligatoire et la recherche de l'excellence en matière d'enseignement dans les universités. Ce rapport permet le renouvellement régulier du personnel et l'apport intellectuel qui en découle. f Ce que j'ai dit dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 284, dans le cas des universités semble s'appliquer en l'espèce avec de légères modifications:

La retraite obligatoire ne justifie pas seulement le g système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire. Elle assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. Les universités doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées, et cela exige l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu. [Souligné dans l'original.]

Mettant de côté pour l'instant la question du système de la permanence, je pense qu'on peut faire un examen semblable du règlement 5.04 et de la politique d'application qui s'y rattache. Pour des

reasons, hospitals as much as universities, "need to be on the cutting edge of new discoveries and ideas". If anything, it is even more important that hospitals remain fully apprised of the latest developments, given that human life and health may depend upon it, and that developments in medical knowledge and method occur at such a rapid pace. These rather trite observations, which apply to hospitals generally, are especially pertinent in the case of a hospital concerned with the provision of the kind of sophisticated and specialized treatment that is the responsibility of the Vancouver General. They also apply with special force to a hospital which, like the Vancouver General, carries out an important research and teaching function.

It is equally obvious that hospitals are like universities in that their ability to remain abreast of new discoveries and ideas "requires a continuing infusion of new people". More particularly, and as was recognized by the courts below, it depends on their ability to regularly make room on their staffs for younger doctors who, by virtue of their recent training, are fully conversant with the latest theories, discoveries and techniques. And since hospitals are, as much as universities, a "closed system with limited resources", this regular infusion with the vitality and perspective of the young can only be achieved by the corresponding departure of some of those already on staff. I note in this respect the submission of counsel for the appellants to the effect that the resource limitations under which the Vancouver General must operate was one of the "institutional concerns" motivating the adoption of Regulation 5.04 and the actions taken in respect of its implementation.

So viewed, I think it clear that Regulation 5.04 and the policy under which it was applied are "rationally connected" to the objective that lies behind them. Together they ensure that staff positions for younger doctors will regularly become available as members of the existing staff reach the age of 65. It is valuable in this respect to think

raisons évidentes, les hôpitaux, tout comme les universités, «doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées». Il serait même plus important que les hôpitaux soient toujours au courant des progrès les plus récents, puisque la vie et la santé humaines peuvent en dépendre et que les découvertes en matière de savoir médical et de techniques médicales progressent à un rythme si rapide. Ces remarques plutôt évidentes, qui s'appliquent aux hôpitaux en général, sont particulièrement pertinentes dans le cas d'un hôpital qui offre le genre de soins délicats et spécialisés dont est responsable le Vancouver General. Elles s'appliquent également avec une rigueur particulière à un hôpital comme le Vancouver General qui exerce des fonctions de recherche et de formation importantes.

Il est de même évident que les hôpitaux sont comme les universités en ce que leur capacité de se maintenir à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées «exige le concours permanent de nouveaux membres». Elle dépend plus particulièrement, comme l'ont reconnu les tribunaux d'instance inférieure, de leur capacité d'accueillir régulièrement au sein de leur personnel des jeunes médecins qui, en raison de leur formation récente, sont pleinement au courant des dernières théories, découvertes et techniques. Et comme les hôpitaux sont tout autant que les universités un «système fermé ayant des ressources limitées», cet apport régulier que fournissent les jeunes avec leur vitalité et leurs idées ne peut être réalisé que par le départ concomitant de certains des membres qui font déjà partie du personnel. Je souligne à cet égard la prétention de l'avocat des appellants que les ressources limitées en vertu desquelles le Vancouver General doit fonctionner faisaient partie des «préoccupations institutionnelles» à l'origine de l'adoption du règlement 5.04 et des mesures prises pour son application.

Vu sous cet angle, je pense qu'il est clair que le règlement 5.04 et sa politique d'application ont «un lien rationnel» avec l'objectif qui les sous-tend. Ensemble, ils permettent aux jeunes médecins d'occuper des postes de façon régulière au fur et à mesure que les membres du personnel actuel atteindront 65 ans. Il est utile à cet égard d'envisa-

of a staff position at the Vancouver General or any other hospital as a resource which is allocated through decisions as to the granting, renewal or non-renewal of admitting privileges. The resource is "scarce" in that it does not expand at a rate proportionate with the growth in the medical profession. It follows that it will not be allocated to those younger doctors who are needed on staff if a hospital is to remain "on the cutting edge of new discoveries and ideas", unless it is regularly and predictably relinquished by some of those who already have possession of it. Regulation 5.04 ensures that this will occur.

To the above I would add that Regulation 5.04 and its attendant policy are "rationally connected" to their underlying objective in an even more direct fashion. For they ensure not only that room is made on staff for younger and recently trained doctors, but also that it is made by the departure from staff of those who, by reason of advancing age, will be increasingly unable to function at the high level the Vancouver General must demand of its doctors. Common experience teaches that there will be considerable variety between individuals as to the rate at which the skills and aptitudes essential to the practice of medicine deteriorate. But it also teaches, and the evidence broadly confirms, that as a general rule such deterioration will accelerate as a person enters the later stages of life. It follows that a rule, which provides for the retirement of doctors before such deterioration will normally undermine their ability to function as full and competent members of medical staff, is "rationally connected" to the determination of the Vancouver General to provide hospital care and medical instruction conforming to the highest standards of professional competence and expertise.

Minimal Impairment

In approaching the question whether Regulation 5.04 and the policy by which it was implemented violated the respondents' s. 15 rights "as little as possible", I would reiterate what I have said above regarding the special considerations that apply in cases concerned with measures that relate directly

ger un poste au Vancouver General ou à tout autre hôpital comme une ressource offerte à la suite de la décision d'accorder ou de renouveler ou non des priviléges d'admission. La ressource est «limitée» en ce qu'elle ne peut augmenter de manière proportionnelle à l'accroissement du personnel médical. Il s'ensuit qu'elle ne sera pas offerte aux jeunes médecins dont un hôpital a besoin pour demeurer «à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées», à moins que certains de ceux qui en jouissent déjà n'y renoncent régulièrement et de manière prévisible. Le règlement 5.04 fait en sorte qu'il en sera ainsi.

À ce qui précède, j'ajouterais que le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache ont un «lien rationnel» avec leur objectif sous-jacent d'une manière encore plus directe. En effet, grâce à eux non seulement des places seront-elles accordées aux jeunes médecins récemment formés, mais encore elles s'offriront à la suite du départ de membres du personnel qui, en raison de leur âge, seront de moins en moins capables de faire preuve de la haute compétence que le Vancouver General attend de ses médecins. L'expérience de tous les jours montre que le rythme de détérioration des compétences et des aptitudes essentielles à la pratique de la médecine varie considérablement d'un individu à l'autre. Mais elle enseigne également, et la preuve le confirme généralement, qu'en règle générale cette détérioration s'accentuera lorsqu'une personne atteindra les dernières étapes de sa vie. Il s'ensuit qu'une règle qui prévoit la retraite des médecins avant que cette détérioration porte normalement atteinte à leur capacité de fonctionner pleinement et de manière compétente comme membres du personnel médical, a «un lien rationnel» avec la volonté du Vancouver General d'offrir des soins de santé et une formation médicale conformes aux normes les plus élevées de la compétence et de l'expertise professionnelles.

L'atteinte minimale

Pour aborder la question de savoir si le règlement 5.04 et sa politique d'application violent «le moins possible» les droits que reconnaît l'art. 15 aux intimes, je répéterais ce que j'ai déjà dit au sujet des considérations particulières applicables aux mesures qui portent directement sur la réparti-

to the allocation of resources or that attempt to strike a balance between competing social groups. In such cases, neither the experience of judges nor the institutional limitations of judicial decision making prepares a court to make a precise determination as to where the balance between legislative objective and the protection of individual or group rights and freedoms is to be drawn. As the majority of this Court observed in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 993:

... in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck.

Accordingly, it is only appropriate that the courts have exhibited considerable flexibility in assessing legislation of this sort through the lens of s. 1 of the *Charter*. That is so not only out of recognition of the difficulty of the choice that has to be made but also because such legislation impacts on many different and interrelated aspects of society and government policy. It is also because there are inherent advantages in a democratic society of having representative institutions deal with matters such as the division of scarce social resources between competing groups. This was expressly recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*. There the majority put it this way, at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or

tion des ressources ou qui tentent d'établir un équilibre entre les revendications contraires de groupes concurrents. Dans ces cas, ni l'expérience des juges ni les restrictions institutionnelles du processus décisionnel judiciaire ne préparent un tribunal à déterminer précisément le point d'équilibre entre l'objectif du législateur et la protection des droits et libertés d'un individu ou d'un groupe. Comme les juges de notre Cour, à la majorité, l'ont souligné dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 993:

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

^a Par conséquent, il sied donc que les tribunaux aient fait preuve d'une très grande souplesse dans l'examen d'une loi de ce genre en fonction de l'article premier de la *Charte*. Il en est ainsi non seulement parce que les tribunaux reconnaissent qu'il est difficile de faire un choix, mais également parce que cette loi a des répercussions sur des aspects très différents et reliés de la société et de la politique du gouvernement. Il en est également ainsi parce que dans une société démocratique il y a des avantages inhérents à laisser aux institutions représentatives le soin de traiter de questions comme le partage de ressources sociales limitées entre des groupes concurrents. On l'a reconnu expressément dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité. Voici comment les juges de la majorité se sont exprimés, aux pp. 993 et 994:

^b Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par exemple «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative

to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd., supra*, at p. 772).

In short, as the Court went on to say, the question is whether the hospital authorities had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible in its attempts to achieve its pressing and substantial objectives. The following statement from *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 994, regarding the limitation of freedom of expression that was there in question is of general application:

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. [Emphasis added.]

Returning to the case at bar, it follows from what I have said that Regulation 5.04 and its attendant policy attempt to strike a balance between young doctors seeking to commence a practice and doctors who have been engaged in practice for some time. It seeks to strike a balance with respect to their mutual demand for access to the resource that is the *sine qua non* of a full medical practice, a position on a hospital medical staff. Remembering that the courts are not to attempt an artificial precision in assessing whether "the correct balance" has been struck, I would nevertheless suggest that the Board of Trustees of the Vancouver General had a "reasonable basis" for concluding that Regulation 5.04 and the policy by which it was applied impaired respondents' rights of equality "as little as possible" given its pressing and substantial objective.

In my view, the Board was amply justified, given the current climate of budgetary restraint pervasive in the public sector, in concluding that its ability to bring new doctors on staff depended on the timely retirement of some of those already

à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

En résumé, comme la Cour l'a affirmé par la suite, la question est de savoir si les responsables de l'hôpital étaient raisonnablement fondés à conclure qu'ils portaient le moins possible atteinte au droit visé dans la poursuite de leurs objectifs urgents et réels. L'extrait suivant de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 994, concernant la restriction de la liberté d'expression dont il était question dans cet arrêt est d'application générale:

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

Pour en revenir aux faits de l'espèce, il découle de ce que j'ai dit que le règlement 5.04 et sa politique d'application tentent d'établir un équilibre entre les jeunes médecins qui veulent commencer à pratiquer et les médecins qui pratiquent depuis déjà un certain temps. Le règlement tente d'établir un équilibre entre leur demande mutuelle d'accès à une ressource essentielle à une pleine pratique médicale, soit un poste au sein du personnel médical de l'hôpital. Me rappelant que les tribunaux ne doivent pas tenter d'atteindre une précision artificielle pour déterminer si «l'équilibre approprié» a été établi, je suis toutefois d'avis que le conseil d'administration du Vancouver General était «raisonnablement fondé» à conclure que le règlement 5.04 et sa politique d'application portaient «de moins possible atteinte» aux droits à l'égalité des intimés compte tenu de son objectif urgent et réel.

À mon avis, le conseil était amplement justifié, compte tenu du climat actuel de restrictions budgétaires dans le secteur public, de conclure que sa capacité d'attirer de nouveaux médecins dépendait de la retraite au moment opportun de certains des

there. Moreover, it cannot be said to have acted unreasonably in concluding that the retirement, as a matter of course, of those who had reached the age of 65 would ensure the departure from staff of those who would generally be less able to contribute to the hospital's sophisticated practice. It must be stressed that the policy of applying Regulation 5.04 without exception, save in those "special cases where the physician had something unique to offer the hospital", was an attempt by the Board to recognize that the assumption of declining capabilities in those 65 and over would not always hold true. Although it operated with regard to the hospital's requirements rather than with regard to each individual doctor's health and capabilities, this was probably necessary given the overriding objective of making staff positions available to doctors recently trained in the latest theories and methods.

It cannot be denied that Regulation 5.04 and the associated policy of implementation imposes a heavy loss on those who reach the age of 65 and who wish to continue in practice. The evidence clearly shows that those who are denied a renewal of their admitting privileges pursuant to Regulation 5.04 will be unable to continue their practices in the manner and to the extent that they have become accustomed. In some cases, failure to obtain a renewal will mean the complete cessation of long-standing practices and the end of professional careers. But the anguish and sense of loss this entails cannot be considered in isolation from the frustration and anger younger doctors would experience if they were prevented from entering into a full practice upon completion of long years of arduous study and preparation.

The dynamics of the equation are not significantly altered by throwing the fate of the patients of those forced to retire into the balance, as counsel for the respondents does. Given the deterioration which is an undeniable characteristic of increasing age, the only hardships Regulation 5.04 can be said to impose on these patients is to force them to change their doctors sooner than they might otherwise have done. More importantly, any loss thereby incurred must surely be more than

médecins qui s'y trouvaient déjà. En outre, on ne peut dire que le conseil a agi de façon déraisonnable en concluant que la mise à la retraite réglementaire de ceux qui ont atteint 65 ans garantirait le départ de ceux qui seraient en général moins capables de contribuer à la pratique spécialisée de l'hôpital. Il convient de souligner qu'en appliquant sans exception le règlement 5.04, sauf dans les «cas particuliers où un médecin a quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital», le conseil tentait de reconnaître que le principe de la détérioration des capacités de ceux qui ont 65 ans et plus n'était pas toujours exact. Bien que le règlement ait été appliqué en fonction des exigences de l'hôpital plutôt que de la santé et des capacités de chaque médecin individuellement, cela était probablement nécessaire compte tenu de l'objectif prédominant d'offrir des postes aux médecins récemment formés aux théories et aux méthodes les plus récentes.

On ne peut nier que le règlement 5.04 et sa politique d'application imposent une lourde perte à ceux qui ont 65 ans et souhaitent continuer à pratiquer. La preuve démontre clairement que ceux qui sont privés du renouvellement de leurs priviléges d'admission par suite de l'application du règlement 5.04 seront incapables de continuer à pratiquer la médecine de la manière et dans la mesure où ils l'avaient fait jusqu'à maintenant. Dans certains cas, le non-renouvellement signifie la cessation complète de pratiques établies depuis longtemps et la fin de carrières professionnelles. Mais l'angoisse et le sentiment de perte que cela comporte ne peuvent être considérés indépendamment de la frustration et de la colère que les jeunes médecins connaîtraient s'ils étaient empêchés de pratiquer pleinement après de longues années de préparation et d'études sérieuses.

Les éléments de l'équation ne sont pas véritablement modifiés si, comme le fait l'avocat des intimés, on tient compte du sort des patients de ceux qui sont obligés de prendre leur retraite. Compte tenu de la détérioration qui est une caractéristique incontestable du vieillissement, on peut dire que le seul préjudice que le règlement 5.04 impose à ces patients, c'est de les obliger à changer de médecin plus tôt qu'ils ne l'auraient fait autrement. Plus important encore, tout préjudice ainsi subi est

compensated for by the benefit that they and all other clients of the British Columbia health system derive from the regular infusion of new talent and new ideas into the Province's major acute care and research hospital.

This view of Regulation 5.04 and the associated policy is confirmed when the question of whether they strike a reasonable balance between competing resource users is viewed from the point of view of alternative measures. The only alternative that appears to have been mooted was the suggestion that the Vancouver General could have instituted a program of skills testing or performance evaluation. The evidence suggests that such a program would be costly both to implement and operate, a not unimportant consideration given the financially straitened circumstances in which most hospitals and the health care system generally must now operate. But more important is the invidious and disruptive effect such a program would have on the environment in which all members of the hospital's medical staff must work. As I explained in *McKinney*, skills testing and performance evaluation can be demeaning, especially when applied to highly trained and senior members of a professional community. As a trigger for the application of a rule of mandatory retirement, they would be the very antithesis of the kind of dignified departure that should be the crowning moment of a professional career. Just as detrimental is the added pressure which performance-based retirement would introduce into what must already be a very high pressure work environment. Nor is it difficult to imagine how such a scheme could sow suspicion and dissension among a hospital staff.

It is important in this regard to note that the development of a cohesive staff whose members are comfortable working as members of a team was one of the "institutional concerns" the Vancouver General had in mind in passing Regulation 5.04. While counsel seemed to relate this concern

certainement plus que compensé par les avantages que ces patients et tous les autres bénéficiaires du système de santé de la Colombie-Britannique tirent de l'apport régulier de nouveaux talents et de nouvelles idées au sein du principal hôpital de la province spécialisé en soins de courte durée et en recherche.

Cette façon de considérer le règlement 5.04 et la b politique qui s'y rattache est confirmée lorsque la question de savoir s'ils établissent un équilibre raisonnable entre les usagers concurrents des ressources en cause est abordée dans l'optique des autres mesures possibles. La seule autre mesure qui semble avoir été envisagée était l'idée que le Vancouver General ait pu mettre sur pied un programme d'évaluation des aptitudes et du rendement. La preuve indique qu'un tel programme d sera coûteux tant en ce qui concerne sa mise en œuvre que son fonctionnement, un facteur qui n'est pas négligeable compte tenu de la situation financière difficile dans laquelle la plupart des hôpitaux et les services de soins de santé doivent maintenant fonctionner en général. Mais ce qui est plus important, c'est le sentiment d'injustice et l'effet néfaste qu'un tel programme provoquerait dans le milieu de travail de tous les membres du personnel médical de l'hôpital. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *McKinney*, les évaluations d'aptitudes et de rendement peuvent être humiliantes, surtout lorsqu'elles sont appliquées à des professionnels chevronnés et expérimentés. Comme facteur d'application d'une règle de retraite obligatoire, elles iraient tout à fait à l'encontre de la dignité du départ qui devrait couronner une carrière professionnelle. La tension qu'ajouteraient un système de retraite fondé sur le rendement dans un milieu de travail qui comporte déjà énormément de pression serait tout aussi préjudiciable. Il n'est pas difficile non plus d'imaginer comment un tel système susciterait la méfiance et la dissension au sein du personnel de l'hôpital.

À cet égard, il est important de souligner que la cohésion d'un personnel hospitalier dont les membres se plaisent à travailler au sein d'une équipe était l'une des «préoccupations institutionnelles» à l'origine de l'adoption du règlement 5.04 par le Vancouver General. Bien que l'avocat des appe-

exclusively to a desire to limit the number of doctors on staff, I think it is also clearly relevant to the desire to avoid the disruptive effects of performance-related retirement. What I have said in *McKinney* regarding the role that mandatory retirement plays in the preservation of the "necessary ambience of university life" is also applicable to the present case, notwithstanding that the institution of tenure, and the animosity toward regular performance evaluation it engenders, is not *per se* part of the hospital setting.

As a final comment on this branch of the appeal, I would simply say that it is not appropriate for this Court to "second-guess" the government's determination that 65 is the appropriate age at which to implement its policy of *de facto* mandatory retirement. On this issue, I refer to the comments made in *R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*, at pp. 781-82, 800-801, to the effect that the exercise of "line-drawing" was one that should generally be left to the legislature.

lants semble relier cette préoccupation au seul désir de limiter le nombre de médecins, je pense qu'elle est également tout à fait pertinente à la volonté d'éviter les effets perturbateurs d'une mise à la retraite fondée sur l'évaluation du rendement. Ce que j'ai dit dans l'arrêt *McKinney* sur le rôle que la retraite obligatoire joue dans le maintien de «l'ambiance [...] essentielle de la vie universitaire» s'applique également en l'espèce, peu importe que le système de la permanence, et l'animosité à l'égard des évaluations régulières de rendement qu'elle engendre, ne fasse pas partie en soi du milieu hospitalier.

À titre de dernière remarque sur cet aspect du pourvoi, j'ajouterais simplement qu'il n'est pas approprié que notre Cour [TRADUCTION] «se prononce après coup» sur la conclusion du gouvernement que 65 ans est l'âge approprié pour mettre en œuvre sa politique de retraite obligatoire dans les faits. Sur cette question, je mentionne les remarques faites dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, 800 et 801, selon lesquelles la tâche d'établir une «ligne de démarcation» devrait généralement être laissée au législateur.

Deleterious Effects

It is evident from what I have said in relation to "minimal impairment" that the effects of Regulation 5.04 and its attendant policy are not so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objectives. In the circumstances, and given that a full explanation would cover the ground already covered under the previous heading, I find it unnecessary to say anything further regarding deleterious effects.

Conclusion and Disposition

I would dispose of this appeal on the ground that the appellant hospital is not a part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It is therefore not bound by the *Charter*. Even if the hospital were a part of government, I would hold that although Regulation 5.04 and the policy the Board of Trustees of the Vancouver General followed in applying it are discriminatory under s. 15

découle clairement de ce que j'ai dit de «l'atteinte minimale» que les effets du règlement 5.04 et de la politique qui s'y rattache ne sont pas sévères au point de l'emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement. Dans ces circonstances, et parce qu'une explication complète reprendrait ce qui a déjà été dit dans la section précédente, je conclus qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit concernant les effets préjudiciables du règlement contesté et de sa politique d'application.

Conclusion et dispositif

Je suis d'avis de disposer de ce pourvoi en affirmant que l'hôpital appelant ne fait pas partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il n'est donc pas lié par la *Charte*. Même si l'hôpital faisait partie du gouvernement, je suis d'avis de conclure que, bien que le règlement 5.04 et sa politique d'application suivie par le conseil d'administration du Vancouver General soient dis-

of the *Charter*, they are saved under s. 1 as a "reasonable [limit] prescribed by law" which is "demonstrably justified in a free and democratic society".

I would, therefore, allow the appeal, reverse the decisions of the trial judge and the Court of Appeal, and dismiss the plaintiffs' action with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

No.

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

If the Regulation had been enacted by government, it would be contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

If the policy had been adopted by government, it would be contrary to s. 15(1).

4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

If questions 2 and 3 had been answered in the affirmative, the Regulation and policy would nevertheless be justified under s. 1 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague La Forest J. and, for the reasons I gave in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I must respectfully

criminatoires en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, ils sont justifiés en vertu de l'article premier parce qu'il s'agit d'une «règle de droit» qui est restreinte «dans des limites [...] raisonnables» et dont «la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'informer les décisions du juge de première instance et de la Cour d'appel et de rejeter l'action des intimés. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Si le règlement avait été adopté par le gouvernement, il serait contraire au par. 15(1) de la *Charte*.

3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Si la politique avait été adoptée par le gouvernement, elle serait contraire au par. 15(1).

4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Si la réponse aux questions 2 ou 3 avait été affirmative, le règlement et la politique seraient néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge La Forest et, pour les motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney c. Université de*

disagree with him that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application to the Vancouver General Hospital. In my view, the *Charter* does apply and as a consequence the appellant's policy of mandatory retirement is unconstitutional. While the questions raised by these appeals are generally similar to those this Court addressed in *McKinney*, there are some important differences and I wish to deal with those.

I. Application of the *Charter* to the Vancouver General Hospital

The scope of application of the *Charter* is governed by s. 32(1) which provides:

32. (1) This Charter applies

- (a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
- (b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

In *McKinney*, I discussed s. 32(1) at some length. I found that the purpose of the section was to extend the reach of the *Charter* to all those entities and activities that could be construed as "governmental". I identified the criteria I thought were relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* under s. 32. I indicated at p. 370 that:

... I would favour an approach that asks the following questions about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government:

1. Does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question?
2. Does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state?
3. Is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229 rendus en même temps que les présents pourvois, je ne saurais, avec égards, être de son avis que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas au Vancouver General Hospital. À mon avis, la *Charte* s'applique et, en conséquence, la politique de retraite obligatoire instaurée par l'hôpital appelant est inconstitutionnelle. Bien que les questions soulevées par les présents pourvois soient, dans l'ensemble, semblables à celles que notre Cour a examinées dans l'arrêt *McKinney*, il y a d'importantes différences que je veux analyser.

I. L'application de la *Charte* au Vancouver General Hospital

Le paragraphe 32(1) définit la portée d'application de la *Charte*.

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

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

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai assez longuement analysé le par. 32(1). J'ai conclu que ce paragraphe avait pour objet d'étendre l'application de la *Charte* à toutes les entités et activités qu'on peut considérer comme «gouvernementales». J'ai défini les critères qui, selon moi, servaient à déterminer si une entité est assujettie à la *Charte* en vertu de l'art. 32. J'y ai dit à la p. 370 que:

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

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

In my respectful view, the application of these three tests leads inexorably to a finding that the *Charter* applies to the Vancouver General Hospital.

1. Application of the Criteria to the Vancouver General Hospital

(a) The "Control" Test

A review of the various connections between the Province and the Hospital leads me to conclude that the provincial government exercises a substantial amount of control over the appellant. In particular, the government has exercised control over the Vancouver General Hospital in three areas: (1) governing structure; (2) policy; and (3) funding.

Dealing first with control over the governing structure of the Hospital, the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, c. 176, sets out the function and powers of the Hospital and its constituent elements. Section 30 provides that the Lieutenant Governor may appoint inspectors whose function it is to inspect the accounts, books, equipment and any other thing on or about the hospital. Section 37 provides that the Lieutenant Governor may, by regulation, establish one or more medical appeal boards. These boards are vested with the jurisdiction to review management decisions regarding permits to practise medicine or dentistry in the Hospital. Under s. 2(1)(c) of the Act every hospital is required to have a properly constituted board of management. It is in this Board that the governance of hospital affairs is largely reposed.

The composition of the Board is dealt with under both the *Hospital Act* and the *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, c. 55. Under s. 2(1)(a) of the former Act, the Hospital is obliged to make provision for, *inter alia*, representation of the provincial government on the Board. This directive has been carried out under s. 5 of the *Vancouver General Hospital Act* which provides that the Board shall consist of those persons appointed under the *Hospital Act*. The actual composition of the Board is dealt with in Article 4, s. 2, of the Vancouver General Hospital by-laws.

Avec égards, j'estime que l'application de ces trois critères nous amène forcément à conclure que la *Charte* s'applique au Vancouver General Hospital.

a. 1. Application de ces critères au Vancouver General Hospital

a) Le critère du «contrôle»

L'examen des différents liens qui existent entre la province et l'hôpital appelant m'amène à conclure que le gouvernement provincial exerce un contrôle important sur celui-ci. Plus précisément, le gouvernement exerce un contrôle sur le Vancouver General Hospital dans trois domaines: (1) l'administration interne, (2) les politiques et (3) le financement.

Commençons par le contrôle sur l'administration interne de l'hôpital; la *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 176, établit le rôle et les pouvoirs de l'hôpital appelant et de ses éléments constituants. L'article 30 prescrit que le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer des inspecteurs dont le rôle consiste à examiner les comptes, les registres et le matériel et toute autre chose ayant trait à l'hôpital. L'article 37 édicte que le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, établir un ou plusieurs comités médicaux d'appel. Ces comités ont la compétence d'exercer un contrôle sur toutes les décisions de l'administration au sujet des questions relatives à l'exercice de la médecine ou de l'art dentaire à l'hôpital appelant. En vertu de l'al. 2(1)c) de la Loi, tout hôpital est tenu d'avoir un conseil d'administration régulièrement constitué. Ce conseil voit dans une grande mesure à l'administration générale de l'hôpital.

b) La *Hospital Act* et la *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, ch. 55, déterminent la composition du conseil d'administration. En vertu de l'al. 2(1)a) de la première Loi, l'hôpital appelant est tenu de prévoir, notamment, la représentation du gouvernement provincial au conseil d'administration. Cette disposition est mise en œuvre en vertu de l'art. 5 de la *Vancouver General Hospital Act* qui dispose que le conseil d'administration est composé de personnes nommées en vertu de la *Hospital Act*. La composition même du conseil est régie par le par. 4(2) du règlement du

Section 2 (in combination with Article 2, s. 1) provides that the Lieutenant Governor shall appoint 14 of the Board's 16 members, the appointees to be chosen from several specified communities. If, however, any of the specified organizations fail to submit candidates, the Lieutenant Governor may appoint whomever he or she wishes (s. 3).

The authority of the Board of Trustees is broad and diverse. Section 2(1)(b) provides that the Board is to have full control over the revenue and expenditure of the Hospital. The Hospital is also to have by-laws or rules thought necessary by the Minister for carrying out the administration and management of the Hospital's affairs and providing a high standard of care (s. 2(1)(c)). Under s. 6 of the *Vancouver General Hospital Act*, the power to pass such by-laws has been reposed in the Hospital's Board of Trustees. The Hospital enjoys special government-like powers in a number of respects and the exercise of these would presumably fall under the jurisdiction of the Board. For example, the property of the Hospital is protected from expropriation under s. 45 of the *Hospital Act* and s. 11 of the *Vancouver General Hospital Act*.

The powers of the Board of Trustees are subject to the authority of the Lieutenant Governor and the Minister of Health. Both the Lieutenant Governor and the Minister have the power to intervene in significant ways in the operations of the Board. The Lieutenant Governor may order the Hospital to comply with any conditions in addition to those enumerated in the *Hospital Act* as he or she may prescribe (s. 2(1)(d)). He may also make any additional regulations he thinks necessary (s. 36(1)). As well, under s. 2(1)(c) of that Act by-laws or rules *et cetera* passed by hospital boards are ineffective without ministerial approval and this requirement is repeated in s. 6 of the *Vancouver General Hospital Act*. The Minister may require that any by-law be revised to his satisfaction (s. 32). As well, the composition of the governing bodies of the Hospital may be radically altered by the Minister and the Lieutenant governor. Section 2(3) of the *Hospital Act* provides that the Lieutenant Governor may appoint to the Board any number of persons to represent the provincial

Vancouver General Hospital. L'article 2 (et le par. 2(1)) édicte que le lieutenant-gouverneur en conseil nomme 14 des 16 membres du conseil d'administration, les personnes ainsi nommées devant être choisies dans différents groupes déterminés. Si, cependant, un groupe déterminé ne propose pas de candidat, le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer qui il veut (art. 3).

b La compétence du conseil d'administration est générale et diversifiée. L'alinéa 2(1)b) prescrit que le conseil a plein contrôle sur les recettes et les dépenses de l'hôpital appelant. Celui-ci doit aussi avoir le règlement que le ministre estime nécessaire à l'administration de l'hôpital et à la prestation de soins de haute qualité (al. 2(1)c)). En vertu de l'art. 6 de la *Vancouver General Hospital Act*, la compétence d'adopter ce règlement est attribuée au conseil d'administration. L'hôpital appelant dispose de pouvoirs spéciaux apparentés à ceux d'un gouvernement à bon nombre d'égards et l'exercice de ces pouvoirs relève présumément du conseil d'administration. Par exemple, les biens-fonds de l'hôpital appelant ne sont pas sujets à l'expropriation en vertu de l'art. 45 de la *Hospital Act* et de l'art. 11 de la *Vancouver General Hospital Act*.

f Les pouvoirs du conseil d'administration sont subordonnés à l'autorité du lieutenant-gouverneur en conseil et du ministre de la Santé. Le lieutenant-gouverneur en conseil et le ministre ont le pouvoir d'intervenir de façon importante dans l'administration du conseil. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut enjoindre à l'hôpital appelant de respecter toute obligation qui s'ajoute à celles que la *Hospital Act* impose (al. 2(1)d)). Il peut aussi édicter tout règlement supplémentaire qu'il estime nécessaire (par. 36(1)). De plus, en vertu de l'al. 2(1)c) de la Loi, les dispositions réglementaires adoptées par les conseils d'administration des hôpitaux sont inopérantes jusqu'à ce qu'elles aient été approuvées par le ministre; cette exigence est aussi reprise par l'art. 6 de la *Vancouver General Hospital Act*. Le ministre peut exiger que tout règlement soit modifié dans le sens qu'il souhaite (art. 32). Le ministre et le lieutenant-gouverneur en conseil peuvent aussi modifier radicalement la composition des corps dirigeants de l'hôpital appelant. Le paragraphe 2(3) de la *Hospital Act* édicte

government notwithstanding any other Act or the constitution, by-laws or rules of any hospital. Finally, and perhaps most tellingly, the Province may simply "take over" the running of the Hospital. The Minister may under s. 44(1) appoint an examining board to examine any aspect of the Hospital's operations. Upon receipt of the examining board's report the Minister may make recommendations to the Lieutenant Governor who in turn under s. 44 may appoint a public administrator and completely usurp the Board of Trustees.

que le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer au conseil un nombre quelconque de personnes pour représenter le gouvernement de la province en dépit de toute autre loi, ou de l'acte ^a constitutif et du règlement de tout hôpital. Enfin, ce qui est peut-être le plus significatif, la province peut tout simplement prendre en charge le fonctionnement de l'hôpital appelant. En vertu du par. 44(1), le ministre peut nommer un comité d'enquête pour examiner tout aspect quelconque du fonctionnement de l'hôpital appelant. Sur réception du rapport du comité d'enquête, le ministre peut faire des recommandations au lieutenant-gouverneur en conseil qui, à son tour, peut, en vertu de l'art. 44, nommer un administrateur public et évincer complètement le conseil d'administration.

With respect to Hospital policy, I believe that the Province exercises a significant amount of control in this area as well. For instance, under the *Hospital Act* the Hospital is prohibited from refusing to admit any person on account of their indigent circumstances (s. 4). Hospitals are precluded from admitting any person with a communicable disease unless the Minister is satisfied that the hospital has sufficient facilities for the handling of such a person (s. 3). All persons being treated in hospital for tuberculosis of the respiratory tract are subject to supervision by a medical health officer appointed by the Lieutenant Governor. Every hospital is under a statutory obligation to keep detailed patient records (s. 18). Further, certain hospitals including the appellant must provide reasonable facilities for giving clinical instruction to medical students. If the hospital and the university are unable to agree as to the nature and extent of the facilities to be granted the dispute is determined by the Lieutenant Governor. Under the regulations passed pursuant to the *Hospital Act* (*Hospital Act Regulations*, B.C. Reg. 289/73 as am.), a number of provisions were passed by the Lieutenant Governor dealing with procedures for admission and discharge of patients (ss. 2 and 3) and the substantive requirements that must be met before hospitals can treat patients (s. 4). Further,

À l'égard des politiques de l'hôpital appelant, je ^d crois que la province exerce là aussi une mesure importante de contrôle. Par exemple, en vertu de la *Hospital Act*, l'hôpital appelant ne peut refuser d'admettre une personne parce qu'elle n'a pas de ressources financières (art. 4). Les hôpitaux ne ^e sont pas autorisés à admettre une personne atteinte d'une maladie contagieuse à moins que le ministre ne soit convaincu que l'hôpital dispose des installations nécessaires pour soigner cette personne (art. 3). Toutes les personnes traitées à l'hôpital pour la tuberculose des voies respiratoires sont soumises à une surveillance de la part d'un agent de santé désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil. Tout hôpital a l'obligation légale de tenir un dossier médical détaillé des patients (art. 18). De plus, certains hôpitaux, dont l'hôpital appelant, ont l'obligation de fournir des installations suffisantes pour donner une formation clinique à des étudiants en médecine. Si l'hôpital et l'université ne peuvent ^f se mettre d'accord sur la nature et l'étendue des installations à affecter à cette fin, le lieutenant-gouverneur en conseil tranche la question. En vertu des règlements adoptés sous l'empire de la *Hospital Act*, (*Hospital Act Regulations*, B.C. Reg. 289/73 et modifications), le lieutenant-gouverneur en conseil a édicté un certain nombre de dispositions relatives aux procédures d'admission et de congé des patients (art. 2 et 3) et aux conditions de fond qui doivent être respectées ⁱ avant que les hôpitaux puissent traiter des patients (art. 4). De plus, les règlements régissent l'organi-

the regulations make provision for the organization of medical staff and delineate the duties which such staff organizations must perform (s. 5).

As I demonstrated above, even although the Board of Trustees is vested with a large amount of authority respecting the operations of the hospital, the Minister and the Lieutenant Governor have each been granted broad powers to impose their will upon the Board and thus to enforce government policy. The following provisions illustrate how extensive these powers are. Section 32 provides:

32. The minister may require that the bylaws or rules of a hospital or society or corporation having among its objects the provision of hospital facilities or the operation of a hospital be revised in a manner satisfactory to him in order to meet changing conditions and policies, and to provide for greater uniformity and efficiency in all matters concerning the administration and operation of hospitals.

Section 36 indicates the scope of the Lieutenant Governor's regulation-making power:

36. (1) The Lieutenant Governor in Council may make any regulations deemed necessary for the carrying out of the provisions of this Act to meet any contingency not expressly provided for in it, and providing for the returns to be rendered by the secretary or other executive officer of a hospital.

(2) All regulations under this section shall be presented to the Legislative Assembly.

(3) The power to make regulations under this section extends to prescribing, for any hospital as defined under any of the provisions of this Act, the

(a) proportion of the accommodation which shall be used as public or standard ward accommodation;

(b) number or proportion of persons who, being persons in receipt of social services as defined in the *Guaranteed Available Income for Need Act*, are to be provided with the necessary care and accommodation at the rates payable under that Act;

(c) rules or standards for the ownership, capital debt, maintenance, operation and management of hospitals or licensed hospitals;

sation du corps médical et définissent les fonctions que ces organismes médicaux doivent remplir (art. 5).

Comme je l'ai déjà indiqué, bien que le conseil d'administration soit doté de pouvoirs étendus à l'égard du fonctionnement de l'hôpital, le ministre et le lieutenant-gouverneur en conseil disposent de pouvoirs généraux d'imposer leur volonté au conseil d'administration et d'appliquer de la sorte les politiques du gouvernement. Les dispositions suivantes montrent l'ampleur de ces pouvoirs. L'article 32 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] **32.** Le ministre peut exiger que les règlements ou règles d'un hôpital, d'une société ou d'une compagnie dont l'un des objets est de fournir des services hospitaliers ou d'exploiter un hôpital soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante en vue de répondre à l'évolution des conditions et des politiques et d'apporter plus d'uniformité et d'efficacité dans les domaines relevant de l'administration et de l'exploitation des hôpitaux.

L'article 36 fait état de l'étendue du pouvoir de réglementation du lieutenant-gouverneur en conseil:

[TRADUCTION] **36.** (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre tout règlement qu'il juge nécessaire à l'application des dispositions de la présente loi afin de faire face à toute situation d'urgence non expressément prévue à la présente loi et pour déterminer les rapports que le secrétaire ou tout autre administrateur d'un hôpital doit faire.

(2) Tous les règlements pris en vertu du présent article seront déposés auprès de l'Assemblée législative.

(3) Le pouvoir de prendre des règlements conféré en vertu du présent article s'étend à celui de prescrire, à l'égard de tout hôpital, tel que défini en vertu d'une disposition de la présente loi,

a) la proportion des lits dudit hôpital qui devra servir aux salles d'hôpital publiques—ou conventionnelles;

b) le nombre ou la proportion de personnes qui, étant des personnes recevant l'assistance sociale suivant la définition donnée dans la *Guaranteed Available Income for Need Act*, doivent y recevoir les soins nécessaires et le logement aux taux payables en vertu de cette loi;

c) les règles ou les normes relatives à la propriété, à la dette d'établissement, à l'entretien, à l'exploitation et à la gestion des hôpitaux ou des hôpitaux licenciés;

- (d) issue, by the board of management, of permits authorizing the treatment of patients by physicians, dentists or paramedical personnel;
 - (e) establishment of medical staff organizations and other bodies comprised of persons to whom permits are issued under paragraph (d) and the promulgation, by a board of management, of bylaws or rules governing those organizations or other bodies;
 - (f) requirements governing the admission to and discharge from hospitals of patients;
 - (g) rules or standards regarding the care and treatment of patients;
 - (h) records and documents respecting patients kept by a hospital or supplied by a medical practitioner or dentist to a hospital, and the minimum period for the retention of the records and documents by a hospital;
 - (i) powers, duties and responsibilities of a public administrator appointed under section 44, and any matter respecting a hospital corporation for which the appointment is made; and
 - (j) terms and conditions of the planning and operation of a hospital following public administration under section 44.
- (4) Where regulations are made,
- (a) each hospital to which the regulations are applicable shall observe them, and
 - (b) the person having charge of admissions to a hospital to which regulations made under subsection (3)(b) are applicable shall, if the number or proportion of the persons to whom that paragraph refers accommodated in that hospital is less than the number or proportion prescribed, give preference of admission to those persons.

Apart from the extraordinary powers of the Lieutenant Governor, the routine discharge of the Board's function involves the articulation and implementation of hospital policy by a body dominated by government representatives. With respect to its managerial responsibilities, the Board is obliged under s. 8 of B.C. Reg. 289/73 to appoint an administrator who shall be the representative of the Board and shall execute all orders of the Board concerning the administration of the Hospital. With respect to policies concerning the provision

- d) la délivrance, par le conseil de gestion, des permis autorisant le traitement des patients par les médecins, les dentistes et le personnel paramédical;
 - e) la constitution de conseils de professionnels de la santé et d'autres organismes formés de personnes à qui des permis sont délivrés en vertu de l'alinéa d), et la promulgation par un conseil de gestion des règles ou règlements régissant ces organismes ou d'autres organismes;
 - f) les conditions d'admission et de congé des patients;
 - g) les règles ou normes applicables aux soins et aux traitements prodigués aux patients;
 - h) les dossiers ou pièces établis et conservés à l'égard des patients par l'hôpital ou ceux fournis à l'hôpital par un médecin ou un dentiste et la durée minimale de conservation par l'hôpital des dossiers et archives;
 - i) les pouvoirs, les devoirs et les responsabilités de l'administrateur public nommé en application de l'article 44 et tout autre sujet relatif à une institution hospitalière à l'égard de laquelle la nomination est faite;
 - j) les conditions de planification et d'exploitation d'un hôpital après la nomination d'un administrateur en vertu de l'article 44.
- (4) Dès la promulgation des règlements,
- a) tout hôpital auquel les règlements s'appliquent est tenu de les observer et
 - b) les personnes responsables de l'admission des patients à un hôpital auquel s'appliquent les règlements pris en vertu de l'alinéa 3b), doivent, si le nombre ou la proportion des personnes mentionnées à cet alinéa et admises à cet hôpital est moindre que le nombre ou la proportion prescrite, accorder la préférence d'admission à ces personnes.

Outre les pouvoirs extraordinaires dont dispose le lieutenant-gouverneur en conseil, l'exercice quotidien des fonctions du conseil d'administration comporte la formulation et la mise en œuvre des politiques de l'hôpital par un organisme dominé par les représentants du gouvernement. En vertu de ses responsabilités de gestion, le conseil d'administration est tenu, en vertu de l'art. 8 du B.C. Reg. 289/73 de nommer un administrateur qui représente le conseil et applique toutes ses directives afférentes à l'administration de l'hôpital appé-

of medical services, the Board is obliged under s. 6 of the regulations to make provision for medical staff procedures in the by-laws. Under Article 6 of the Vancouver General Hospital By-Laws, the Board of Trustees has delegated this function to a number of specialized committees who report back to the Board.

With respect to the issue of funding, the evidence discloses that the operating costs of the Hospital are borne almost entirely by the Province. The provision of these funds has gone hand in hand with the Regulation. Under the *Hospital Act* provisions exist for the supervision of hospital expenditures. Section 40 provides that the Lieutenant Governor may withhold amounts payable to the Hospital where the board of management refuses or neglects to comply with the Act or the regulations or fails to administer the Hospital in a manner satisfactory to the Minister. Section 41 prescribes the conditions applicable upon the Hospital's receiving financial assistance toward the planning, constructing, reconstructing, purchasing and equipping of the hospital.

Finally, the Province also subsidizes the Hospital's clientele, the patients. As has been mentioned by my colleague La Forest J., the physicians who initiated this action are not, strictly speaking, employees of the Hospital. Instead, they are paid by the Province on a fee for service basis. That is, they are paid by the government for the treatments they administer to their patients. Thus, the Province directly finances the provision of health care at the Vancouver General Hospital.

In my view, the extensive supervisory power which the Province exercises over the Hospital supports the conclusion that the appellant is a government entity for the purposes of s. 32(1) of the *Charter*. Before leaving this branch of the s. 32(1) inquiry, however, I would like to address the question whether, regardless of the Hospital's status as a governmental entity, the particular action complained of here is or is not government action.

lant. Pour ce qui a trait aux politiques de prestation des soins de santé, le conseil d'administration est tenu, en vertu de l'art. 6 du règlement, d'établir, par règlement, les règles que le personnel médical doit observer. En vertu de l'art. 6 du règlement du Vancouver General Hospital, le conseil d'administration a délégué cette tâche à plusieurs comités spécialisés qui font rapport au conseil.

Quant à la question du financement, la preuve révèle que la province défraie presque entièrement les coûts d'exploitation de l'hôpital appelant. La fourniture de ces fonds va de pair avec la réglementation. En effet, la *Hospital Act* prévoit la surveillance des dépenses des hôpitaux. L'article 40 dispose que le lieutenant-gouverneur en conseil peut retenir les sommes affectées à l'hôpital si le conseil de gestion refuse ou néglige de se conformer à une disposition de la Loi ou du règlement ou n'administre pas l'hôpital à la satisfaction du ministre. L'article 41 détermine les conditions en vertu desquelles l'hôpital peut recevoir des subventions de planification, de construction, de reconstruction, d'achat de fournitures et d'équipement.

Enfin, la province défraie aussi les dépenses des clients de l'hôpital, c'est-à-dire les patients. Comme mon collègue le juge La Forest l'a mentionné, les médecins qui ont intenté la présente action ne sont pas, au sens strict, des employés de l'hôpital appelant. Ils sont plutôt rémunérés par la province selon un système d'honoraires. En effet, ils sont payés par le gouvernement en fonction des traitements qu'ils administrent à leurs patients. Ainsi, la province finance directement la prestation des soins médicaux au Vancouver General Hospital.

À mon avis, l'étendue des pouvoirs de surveillance que la province exerce sur l'hôpital étaye la conclusion que l'hôpital appelant est une entité gouvernementale pour les fins du par. 32(1) de la *Charte*. Avant de laisser cet aspect de l'examen fondé sur le par. 32(1), cependant, j'aborderai la question de savoir si, indépendamment du statut d'entité gouvernementale de l'hôpital, l'action contestée en l'espèce constitue ou non un acte du gouvernement.

The respondents submit that because Regulation 5.04 could only take effect upon the approval of the Minister, its enactment and subsequent application must be characterized as an act of government. They rely on the decision of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*) in support of this submission.

In *Blaikie No. 2* the Court was asked to decide whether regulations and orders issued by statutory bodies are Acts of the Legislature within the meaning of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* which reads:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

The Court concluded that delegated legislation fell within the compass of s. 133. It stated at p. 329:

The particular form of words used in this respect by various statutes matters little. Whether it be provided that some regulations "shall have no force and effect until approved and sanctioned by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not be carried into execution until approved by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not have force and effect until confirmed by the Lieutenant-Governor in Council", they can be assimilated with the enactments of the Government and therefore of the Legislature as long as positive action of the Government is required to breathe life into them. Without such approval or confirmation, they are a nullity . . . or at least inoperative.

My colleague La Forest J. has distinguished *Blaikie No. 2* on the basis that it was decided in the context of a constitutional provision protecting certain defined and restricted rights (i.e., the right

Les intimés soutiennent que, puisque le règlement 5.04 ne devenait applicable qu'après son approbation par le Ministre, son adoption et son application subséquente doivent être qualifiées d'action du gouvernement. Ils invoquent l'arrêt de notre Cour *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*), à l'appui de cette prétention.

Dans *Blaikie n° 2*, notre Cour devait déterminer si les règlements et les décrets pris par les organismes constitués en vertu des lois sont des lois de la législature au sens de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi conçue:

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Notre Cour a conclu que la législation par délégation tombe sous le coup de l'art. 133. Elle dit, à la p. 329:

Le texte particulier des différentes lois importe peu à cet égard. Que la loi dispose que certains règlements «n'entreront en vigueur que lorsqu'ils auront été approuvés et sanctionnés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «ne seront pas mis à exécution avant d'avoir été approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «n'auront aucun effet avant d'avoir été confirmés par le lieutenant-gouverneur en conseil», ils peuvent être assimilés à des mesures du gouvernement et, par conséquent, de la Législature tant qu'une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie. Sans cette approbation ou confirmation ils sont nuls [...] ou à tout le moins inopérants.

Mon collègue le juge La Forest établit une distinction entre l'arrêt *Blaikie n° 2* et l'espèce parce que celui-ci porte sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle qui protège certains

to use either the French or the English language in certain defined circumstances) whereas the present appeals are to be decided in the context of s. 32(1) which affects the scope of every guarantee in the *Charter*. I agree with La Forest J. that because *Blaikie No. 2* was decided in a different constitutional context and in relation to a different constitutional guarantee its usefulness in construing s. 32(1) is limited.

In *McKinney* I noted that it was not necessary that there be a clear nexus between government and the particular impugned activity in order that the control test be met. On the other hand, I observed at p. 363:

The evidence that one is dealing with government action will, of course, be even stronger if one can point to a direct nexus between government and the activity in question. But I do not think that the specific questions the control test poses about the presence of such a nexus are in any sense necessary conditions for a finding that there is government action. I am quite prepared to accept that, even in the absence of such a nexus, there may be sufficient government control to enable one to conclude that government action is in issue.

In my respectful view, the conclusion I have reached respecting the general relationship of control which the Province has with the Hospital is strengthened when it is recognized that the government also has specific control over the particular action in issue in these appeals. Regulation 5.04 would be totally ineffectual without the prior written approval of the Minister. Indeed, had the Minister not been prepared to approve the Regulation, he had the power to forestall its enactment and compel the Board of Trustees to enact a by-law more to his liking. In such circumstances I fail to see how the Regulation could be characterized as beyond government control or as anything other than a simple reflection of government policy. To my mind, the fact that the Province through the Minister had the power to treat the by-law in this way provides an exceedingly strong indication that what is at issue in these appeals is government action. Indeed, in this case I might be prepared to find that the requirements of s. 32(1)

droits définis et restreints (c'est-à-dire le droit de se servir du français ou de l'anglais dans certaines circonstances déterminées) alors que les présents pourvois dépendent de l'interprétation du par.

- a* 32(1), lequel détermine la portée de tous les droits garantis par la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que, parce que l'arrêt *Blaikie* n° 2 a été décidé dans un contexte constitutionnel différent et en fonction d'une garantie constitutionnelle différente, son utilité pour l'interprétation du par. 32(1) est limitée.

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai souligné qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait un lien apparent entre le gouvernement et l'activité précise mise en cause pour satisfaire au critère du contrôle. D'autre part, j'ai fait remarquer ceci à la p. 363:

La preuve qu'il s'agit d'une action gouvernementale sera évidemment plus solide si l'on peut déceler un lien direct entre le gouvernement et l'activité en question. Mais je ne crois pas que les questions précises que soulève le critère du contrôle quant à l'existence d'un tel lien soient de toute façon des conditions nécessaires pour conclure à l'existence d'une action gouvernementale. Je suis tout à fait disposée à reconnaître que, même en l'absence d'un tel lien, le gouvernement peut exercer suffisamment de contrôle pour conclure qu'il s'agit d'une action gouvernementale.

- f* À mon avis, la conclusion à laquelle j'en suis venue au sujet du contrôle que la province exerce sur l'hôpital appelant est étayée lorsque l'on reconnaît que le gouvernement a aussi un contrôle exprès sur l'action particulière contestée dans les présents pourvois. Le règlement 5.04 serait totalement sans effet sans l'approbation préalable donnée par écrit par le ministre. De plus, si le ministre n'avait pas voulu approuver le règlement, il avait le pouvoir d'empêcher son adoption et de forcer le conseil d'administration à en adopter un autre qui lui aurait plu davantage. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment on peut dire que le règlement échappe au contrôle du gouvernement ou qu'il reflète autre chose que la politique du gouvernement. Selon moi, la façon dont la province pouvait, par l'entremise du ministre, traiter le règlement donne une indication très forte que ce qui est contesté en l'espèce est une action du gouvernement. En l'espèce, je pourrais être prête à conclure que les conditions exigées en vertu du par. 32(1)
- g*
- h*
- i*
- j*

are met on the basis of the control test alone. It is not necessary to do so, however, since in my view the government function test and the government entity test provide further support for my conclusion that the *Charter* applies to the Vancouver General Hospital.

(b) The "Government Function" Test

As I indicated in *McKinney*, in applying the "government function" test, the general principle is that a function becomes governmental because a government has decided to perform it, not because the function is inherently governmental.

Public health in general and hospitals in particular have been supported by local and provincial governments in Canada since pre-Confederation times. In 1830, for example, the legislature of Upper Canada provided funding for the hospital at York established by the Lieutenant Governor, Sir John Colborne: see *An Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital*, S.U.C. 1830, c. 31. In British Columbia the legislature enacted in 1869 a statute conferring on the Governor-in-Council power to establish local health boards and to regulate sanitary and other conditions in hospitals: see *An Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia*, C.S.B.C. 1877, c. 83. The legislature of British Columbia also passed the *Insane Asylums Act*, C.S.B.C. 1888, c. 61, providing for the establishment of mental hospitals in the Province. Finally, in 1888 it instituted a complete regime of public health under the *Health Act*, R.S.B.C. 1897, c. 91. In 1832 the legislature of Lower Canada passed an Act to support certain hospitals: see *An Act to appropriate certain sums of money for the support of the Emigrant Hospital at Quebec and of the Fever Hospital at Point Levi, and for other purposes therein mentioned*, S.L.C. 1832, c. 15. And in New Brunswick the legislature established a Board of Health in the City and County of St. John and conferred on the Board authority to "purchase, build or hire" hospitals and power to regulate them: see *An Act to estab-*

sont remplies en raison du seul critère du contrôle. Il n'est cependant pas nécessaire que je le fasse puisque, selon moi, les critères de la fonction gouvernementale et de l'organisme gouvernemental renforcent encore la conclusion à laquelle j'arrive que la *Charte* s'applique au Vancouver General Hospital.

b) Le critère de la «fonction gouvernementale»

Comme je l'ai indiqué dans l'arrêt *McKinney*, le principe général régissant l'application du critère de la «fonction gouvernementale» veut qu'une fonction devienne gouvernementale parce que le gouvernement a décidé de la remplir, non parce que la fonction est gouvernementale de par sa nature même.

d) Au Canada, les gouvernements locaux et provinciaux ont pris en charge la santé publique en général et les hôpitaux en particulier depuis une époque antérieure à la Confédération. En 1830, par exemple, la législature du Haut-Canada affectait des fonds à l'hôpital de York fondé par le lieutenant-gouverneur sir John Colborne: voir *An Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital*, S.U.C. 1830, ch. 31. En Colombie-Britannique, l'assemblée législative a adopté en 1869 une loi qui accordait au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de créer des commissions locales d'hygiène et de réglementer les conditions d'hygiène et autres conditions dans les hôpitaux: voir *An Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia*, C.S.B.C. 1877, ch. 83. L'assemblée législative de la Colombie-Britannique a aussi adopté la *Insane Asylums Act*, C.S.B.C. 1888, ch. 61, pour pourvoir à l'établissement d'hôpitaux psychiatriques dans la province. Enfin, en 1888, elle a établi un régime complet de santé publique en vertu de la *Health Act*, R.S.B.C. 1897, ch. 91. En 1832, l'assemblée législative du Bas-Canada a adopté une loi pour pourvoir au fonctionnement de certains hôpitaux: voir *Acte pour affecter certaines sommes d'argent pour le soutien de l'Hôpital des Émigrés à Québec, et de l'Hôpital pour les cas de Fièvres à la Pointe Lévi, et pour d'autres fins y mentionnées*, S.B.-C. 1832, ch. 15. Au Nouveau-Brunswick, l'assemblée législative a créé une Commis-

lish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.B. 1855, c. 40, s. 11.

Section 92(7) of the *Constitution Act, 1867*, gives the provinces exclusive jurisdiction over

sion d'hygiène dans la ville et le comté de St. John et lui a octroyé le pouvoir d'[TRADUCTION] «acquérir, construire ou louer» des hôpitaux et celui de les réglementer; voir *An Act to establish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.-B. 1855*, ch. 40, art. 11.

Le paragraphe 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces la compétence exclusive sur

92. . .

7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.

Pursuant to this grant of authority provincial legislatures have become increasingly involved over the years in the public health and hospital area. For example, in Manitoba the legislature enacted *The General Hospital Act*, C.S.M. 1880, c. 26, which established the Winnipeg General Hospital. The Nova Scotia legislature, through Title VI of the R.S.N.S. 1900, set up a regime of hospitals and public health regulation. Chapter 47 [*Of Local Hospitals*] Title IV provides that municipal and town councils shall be authorized to establish and support local public hospitals. In Ontario, the legislature provided financial aid to a number of hospitals through *The Charity Aid Act*, R.S.O. 1877, c. 223. They also ensured the government's right to inspect such facilities through *The Prison and Asylum Inspection Act*, R.S.O. 1877, c. 224, s. 14.

Finally, the administration of hospitals in the provinces is under the general authority of provincial Ministers of Health: see, for example, *Public Hospitals Act*, R.S.O. 1980, c. 410; *Hospitals Act*, R.S.A. 1980, c. H-11; *The Hospital Standards Act*, R.S.S. 1978, c. H-10; and *An Act Respecting the Ministère de la santé et des services sociaux*, R.S.Q., c. M-19.2.

This brief overview of the legislation in place both before and after Confederation leads me to conclude that the establishment and maintenance

En raison de cette attribution de compétence, les autorités provinciales se sont occupées de plus en plus au fil des ans de la santé publique et des hôpitaux. Par exemple, au Manitoba, l'assemblée législative a adopté *The General Hospital Act*, C.S.M. 1880, ch. 26 qui établit l'Hôpital général de Winnipeg. L'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a établi, en vertu du Titre VI des R.S.N.S. 1900, une réglementation des hôpitaux et de la santé publique. Le chapitre 47 [*Of Local Hospitals*] du Titre VI édicte que les conseils municipaux des villes et villages auront l'autorité d'établir des hôpitaux publics locaux et de pourvoir à leur fonctionnement. En Ontario, l'assemblée législative a accordé une aide financière à plusieurs hôpitaux en vertu de *The Charity Aid Act*, R.S.O. 1877, ch. 223. L'Assemblée a aussi accordé au gouvernement le droit d'inspecter ces installations en vertu de *The Prison and Asylum Inspection Act*, R.S.O. 1877, ch. 224, art. 14.

Enfin, l'administration des hôpitaux dans les provinces relève de la compétence générale des ministres de la santé provinciaux: voir *Loi sur les hôpitaux publics*, L.R.O. 1980, ch. 410; la *Hospitals Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11; *The Hospital Standards Act*, R.S.S. 1978, ch. H-10; et la *Loi sur le ministère de la santé et des services sociaux*, L.R.Q., ch. M-19.2.

Ce bref survol des lois adoptées avant et après la Confédération m'amène à conclure que la création

of hospitals is a traditional function of government.

(c) The "Statutory Authority and the Public Interest" Test

It has already been established that the Hospital is broadly empowered to conduct its affairs through its "enabling" statutes. It has also been established that government has traditionally assumed a responsibility for the provision of basic medical services to its citizens. Justification for state involvement in the public health field is not hard to find. Simply put, government has recognized for some time that access to basic health care is something no sophisticated society can legitimately deny to any of its members. Less philosophically, government has also recognized that the promotion and protection of health is crucial to the maintenance of a viable and productive society.

I believe that the fact that the Hospital is established and operates pursuant to statutory authority, is heavily regulated by government and discharges a traditional government function in the public interest brings it within the concept of "government" for purposes of s. 32. Regulation 5.04 is therefore subject to review under s. 15 of the *Charter*.

II. Does the Hospital's Mandatory Retirement Policy Infringe Section 15 of the Charter?

The Hospital's power to retire the physicians who practise at the Hospital is found in ss. 5 and 6 of the *Vancouver General Hospital Act* which empowers the Board of Trustees to pass by-laws for the purposes of managing the property and affairs of the Hospital. The Board approved of Medical Staff Regulation 5.04 which was further approved by the Minister. Regulation 5.04 provides:

5.04 Retirement: Members of the Staff shall be expected to retire at the end of the appointment year in which they pass their 65th birthday. Members of the Staff who wish to defer their retirement may make special application to the Board. The Board shall request the Medical Advisory Committee for a recommendation in each such case. The Medical Advisory Committee shall, in making its recommendation, consider the report of a personal

et l'entretien des hôpitaux est une fonction traditionnelle de gouvernement.

c) Le critère de la «compétence législative et de l'intérêt public»

Il a déjà été mentionné que l'hôpital appelant possède des pouvoirs généraux relativement à son exploitation en vertu de ses lois «habilitantes». Il a aussi été établi que le gouvernement a, par tradition, joué un rôle dans la prestation des soins médicaux essentiels à ses citoyens. La justification de l'intervention de l'État dans le domaine de la santé publique n'est pas difficile à établir. En bref, le gouvernement a reconnu depuis un certain nombre d'années que l'accès aux soins de santé essentiels est un service dont aucune société évoluée ne peut légitimement priver ses citoyens. D'une façon plus pratique, le gouvernement reconnaît aussi que l'avancement et la protection de la santé favorisent le maintien d'une société productive et saine.

À mon sens, comme l'hôpital appelant existe et fonctionne en vertu de lois, comme il est strictement réglementé par le gouvernement et remplit une fonction traditionnellement propre au gouvernement dans l'intérêt public, il s'inscrit dans la notion de «gouvernement» pour les fins de l'art. 32. Le règlement 5.04 est donc susceptible de révision en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

II. La politique de retraite obligatoire de l'hôpital appelant enfreint-elle l'art. 15 de la Charte?

g) La capacité qu'a l'hôpital appelant de mettre à la retraite les médecins qui y exercent découle des art. 5 et 6 de la *Vancouver General Hospital Act* qui accorde au conseil d'administration le droit d'adopter des règlements relatifs à la gestion des biens et des affaires de l'hôpital. Le conseil a approuvé le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations, qui a aussi été approuvé par le ministre. Le règlement 5.04 est ainsi conçu:

i) [TRADUCTION] 5.04 La retraite: Les membres du personnel sont censés prendre leur retraite à la fin de l'année d'exercice au cours de laquelle ils atteignent 65 ans. Les membres du personnel qui veulent reporter leur mise à la retraite peuvent présenter une demande spéciale au conseil d'administration, qui demande la recommandation du «conseil consultatif médical» dans chaque cas. Avant de faire sa recommandation, le conseil con-

interview which shall take place between the applicant and the Department Head concerned which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant.

As was the case in *McKinney*, it is unnecessary for me to determine whether s. 15(1) would apply in the absence of a legislative provision mandating or permitting the discriminatory action complained of. In the context of these appeals it is evident that the power to retire flows from the *Vancouver General Hospital Act* and the Regulation passed pursuant to it.

Turning now to the question whether Regulation 5.04 infringes s. 15(1), it is to be noted that the constitutional questions posed by Chief Justice Dickson regarding the application of s. 15(1) of the *Charter* embrace two possibilities: whether Regulation 5.04 is on its face contrary to s. 15(1); and whether the way in which the Regulation is administered violates the equality guarantee. The constitutional questions are posed in this way because of the unique structure of the Regulation. The Regulation differs from the provisions at issue in *McKinney* in that it contemplates by its terms exceptions to the general rule that members of the medical staff are required to retire at age 65. Specifically, the Regulation stipulates that members of the staff who wish to retain their admitting privileges may make special application to the Medical Advisory Committee to permit them to stay on at the Hospital. The Regulation provides that the Committee shall conduct a personal interview which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant. Based on this interview the Committee makes a recommendation to the Board.

Is the Regulation, apart from the manner in which it has been administered, contrary to s. 15(1)? In *McKinney* the provisions at issue were found to infringe s. 15(1) because they reinforced the stereotype of older workers as incompetent and were therefore discriminatory within the meaning of s. 15(1): see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. Senior academics were

sultatif médical tient compte du rapport d'une entrevue personnelle entre le requérant et le chef de département concerné, y compris un rapport de l'état de santé et du rendement continu du requérant.

- ^a Comme dans l'arrêt *McKinney*, il n'est pas nécessaire que je décide si le par. 15(1) s'appliquerait en l'absence d'une disposition législative qui permet ou ordonne l'acte discriminatoire contesté. Dans le contexte des présents pourvois, il est évident que le pouvoir qu'a l'hôpital appelant de mettre à la retraite découle de la *Vancouver General Hospital Act* et de son règlement d'application.
- ^b Quant à ce qui est de savoir si le règlement 5.04 enfreint le par. 15(1), il faut remarquer que les questions constitutionnelles établies par le juge en chef Dickson au sujet de l'application du par. 15(1) de la *Charte* envisagent deux possibilités:
- ^c que le règlement 5.04 soit contraire au par. 15(1) de la *Charte* par sa rédaction même et que la façon d'appliquer le règlement viole la garantie d'égalité. Les questions constitutionnelles sont ainsi formulées vu la conception particulière du règlement.
- ^d Celui-ci se distingue des dispositions contestées dans l'arrêt *McKinney* en ce que le règlement lui-même prévoit une exception à la règle générale qui oblige le personnel médical à prendre sa retraite à l'âge de 65 ans. Le règlement dit précisément que les médecins qui veulent conserver leurs priviléges d'admission peuvent présenter une demande spéciale au conseil consultatif médical afin d'être autorisés à continuer d'exercer leur profession à l'hôpital appelant. Le règlement précise que le conseil doit faire subir une entrevue personnelle qui comporte un examen de la santé et du rendement du demandeur. En fonction des résultats de l'entrevue, le conseil consultatif soumet une recommandation au conseil d'administration.

Le règlement est-il contraire au par. 15(1) indépendamment de la manière dont il est appliqué?

- ⁱ Dans l'arrêt *McKinney*, les dispositions contestées ont été jugées contraires au par. 15(1) parce qu'elles renforcent le préjugé que les travailleurs âgés sont incompetents et, par conséquent, ont été jugées discriminatoires au sens du par. 15(1): voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 et *R. c. Turpin*, [1989] 1

compelled to retire irrespective of their individual capabilities and solely upon the basis of their having advanced in years. The interests which the guarantee of equality embodied in s. 15 were meant to protect, i.e., human dignity and the sense of self-worth and self-esteem, were thus violated. In this case, on the other hand, provision has in fact been made to permit senior physicians to retain their hospital privileges and thus continue the practice of their profession so long as they are capable of performing satisfactorily. The question therefore becomes whether Regulation 5.04 is discriminatory in spite of the fact that it provides an exception for those who can demonstrate individual capacity to perform. Put another way, can it be said that the Regulation discriminates even although it invokes the concept of individual merit and ability rather than the stereotype of older physicians as incompetent? In my view, the answer to this question is "yes".

It seems to me that in considering whether a provision violates s. 15(1) the Court should be wary of underestimating the discriminatory effect of any given measure. Here, for instance, even although the Regulation provides on its face for non-discriminatory exceptions, the principle behind the measure remains constitutionally unsound. By its terms Regulation 5.04 stipulates that staff are expected to retire at age 65. In this way the unarticulated premise remains that with increasing age comes increasing incompetence and decreasing ability. That the Regulation provides for exceptions does not, in my view, detract from the fact that the central concept animating the provision falls foul of s. 15(1).

This difficulty with the Regulation is compounded by the fact that it goes on to direct those who wish to continue to work to demonstrate that the stereotype does not apply to them. It seems to me clearly discriminatory to impose this burden upon those who already suffer the burden of stereotype and prejudice (and who thereby have suffered a blow to their sense of self-worth and self-esteem as useful and productive citizens).

R.C.S. 1296. Les professeurs d'université âgés étaient tenus de prendre leur retraite quelles que soient leurs capacités personnelles uniquement parce qu'ils avaient atteint un âge déterminé. Les ^a intérêts que le droit à l'égalité consacré par l'art. 15 vise à protéger, c'est-à-dire la dignité et le sens de l'estime de soi et de sa propre valeur, se trouvaient violés. En l'espèce, d'autre part, le règlement donne aux médecins âgés la possibilité de ^b conserver leurs priviléges auprès de l'hôpital et ainsi de continuer à exercer leur profession pourvu que leur rendement soit satisfaisant. La question est donc de savoir si le règlement 5.04 est discriminatoire même s'il permet une exception en faveur de ceux qui se montrent capables d'exercer leur profession. Autrement dit, peut-on dire que le règlement est discriminatoire même s'il fait appel aux notions de mérite individuel et de compétence ^c plutôt qu'au stéréotype du médecin âgé, donc incompétent? À mon avis, la réponse à cette question est «oui».

Il me semble que pour déterminer si une disposition enfreint le par. 15(1) la Cour doit se garder de sous-estimer l'effet discriminatoire d'une mesure donnée. En l'espèce, par exemple, même si le règlement prévoit des exceptions non discriminatoires, le principe de la mesure contestée demeure vicié du point de vue constitutionnel. Par sa rédaction même, le règlement 5.04 affirme que les médecins sont censés prendre leur retraite à 65 ans. De cette façon, la prémissse sous-entendue ^f reste que le vieillissement entraîne peu à peu l'incompétence et la diminution des capacités. Bien que le règlement prévoie des exceptions, il n'en reste pas moins, selon moi, que la notion principale ^g sous-jacente à la disposition enfreint le par. 15(1).

Ce problème que le règlement pose est amplifié du fait qu'il exige en plus de ceux qui veulent continuer d'exercer leur profession qu'ils démontrent que le préjugé en cause ne s'applique pas à eux. Il me semble manifestement discriminatoire d'imposer ce fardeau à ceux qui sont déjà victimes d'un préjugé (et qui, en conséquence, sont déjà atteints dans l'estime qu'ils se portent et dans la perception de leur valeur propre en tant que citoyens utiles et productifs).

The Court of Appeal also found that Regulation 5.04 was on its face in violation of s. 15(1) although for different reasons. The Court of Appeal noted that the operation of the exemption contained in the Regulation was not confined to issues of competence alone and therefore permitted consideration of irrelevant factors by the Board. In other words, health and continuing performance were factors to be included in the determination of whether a particular individual would be allowed to retain his or her admitting privileges, but they were not the sole basis upon which these reviews were to be conducted. I agree with this analysis and find that it provides further support for my conclusion that Regulation 5.04 is discriminatory on its face.

I should add, however, that I do not consider schemes such as that embodied in this Regulation to be on the same footing as "blanket rules" like those at issue in *McKinney*. In my opinion, any mechanism which seeks to take account of individual differences is preferable to one that flatly denies opportunities on the basis of stereotypical and prejudicial notions of ability. It should be emphasized, however, that the merits of exemption schemes are irrelevant to whether or not there has been a violation of s. 15(1). Exemption schemes such as that contemplated by Regulation 5.04 are properly a matter for consideration under s. 1 of the *Charter*.

Turning now to the question whether Regulation 5.04 was administered in a manner contrary to the *Charter*, I think the answer to this question is also "yes". The evidence is clear that the Regulation has been applied by the Board in a discriminatory fashion. The Court of Appeal found that the Board interpreted the provision as a mandatory retirement policy. Its practice was to terminate admitting privileges at age 65 subject to a finding not only that the applicant was of good health and performing satisfactorily, but also that the applicant possessed "unique" skills. Clearly the manner of application of Regulation 5.04 adopted by the Board is discriminatory because it perpetuates and reinforces the stereotype identified earlier of older workers as incompetent.

La Cour d'appel a aussi conclu, quoique pour des motifs différents, que le règlement 5.04 enfreint le par. 15(1) par sa rédaction même. Elle a signalé que l'application de l'exception portée au règlement ne se limitait pas exclusivement à des questions de compétence, mais qu'elle permettait au conseil de prendre en compte des facteurs non pertinents. En d'autres termes, la santé et le rendement constant d'une personne en particulier comprenaient au nombre des facteurs servant à déterminer si elle pouvait être autorisée à conserver ses priviléges d'admission, mais ils ne constituaient pas les seuls sujets de l'examen. Je souscris à cette analyse et je trouve qu'elle étaye la conclusion à laquelle j'arrive que le règlement 5.04 est discriminatoire par sa rédaction même.

Je dois ajouter cependant que je ne considère pas que les régimes semblables à celui que ce règlement contient sont sur le même pied que les «règles générales» contestées dans l'arrêt *McKinney*. À mon avis, tout mécanisme qui cherche à tenir compte des différences particulières est préférable à celui qui écarte carrément toute possibilité en vertu de notions d'habileté fondées sur des idées préconçues et des préjugés. Il faut cependant souligner que le bien-fondé des régimes d'exception n'est pas pertinent à la question de savoir s'il y a ou non violation du par. 15(1). Les régimes d'exception comme celui que prévoit le règlement 5.04 sont des questions qui se prêtent à un examen fondé sur l'article premier de la *Charte*.

Quant à savoir si le règlement 5.04 a été appliqué d'une manière contraire à la *Charte*, je crois qu'il faut aussi répondre «oui». La preuve indique manifestement que le conseil d'administration a appliqué le règlement de manière discriminatoire. La Cour d'appel a conclu que le conseil a vu dans ces dispositions une politique de retraite obligatoire. Il avait l'habitude de mettre fin aux priviléges d'admission des médecins ayant atteint 65 ans sauf si, en plus d'être en bonne santé et de bien remplir leurs fonctions, ils possédaient une compétence «particulière». Manifestement, la façon dont le conseil appliquait le règlement était discriminatoire parce qu'elle perpétuait et renforçait le stéréotype déjà mentionné voulant que les travailleurs âgés soient incompetents.

I find that Regulation 5.04 violates s. 15(1) both in terms and in the manner in which those terms have been interpreted and applied.

III. Is the Hospital's Mandatory Retirement Policy Reasonable and Demonstrably Justifiable Under Section 1 of the Charter?

Section 1 of the *Charter* provides:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The factors to be considered by the Court in applying s. 1 were first set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The *Oakes* "test" was succinctly summarized by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, as follows:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

It is this test that must be applied in ascertaining whether the Hospital's mandatory retirement policy meets the requirements of s. 1 of the *Charter*.

1. Objectives

The Hospital cites two objectives which its policy of retiring physicians at age 65 is meant to serve. First, it maintains that it is crucial that the

Je conclus que le règlement 5.04 enfreint le par. 15(1) tant par son libellé que par la façon dont il a été interprété et appliqué.

a III. La politique de retraite obligatoire appliquée par l'hôpital appelant est-elle raisonnable et justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

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

d Les facteurs dont la Cour doit tenir compte dans l'application de l'article premier sont énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge en chef Dickson a bien résumé le critère de l'arrêt *Oakes* dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768:

e Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

i C'est ce critère qu'il faut appliquer pour déterminer si la politique de retraite obligatoire de l'hôpital appelant satisfait aux exigences de l'article premier de la *Charte*.

1. Les objectifs

j L'hôpital appelant mentionne deux objectifs que sa politique de retraite obligatoire des médecins à 65 ans vise à atteindre. D'abord, l'hôpital soutient

Hospital, as an acute care and teaching hospital, provide the highest standard of modern medical care, education and research. The evidence establishes that the Vancouver General Hospital has developed as a highly specialized institution providing unique treatment services which other hospitals in the Province are unable to offer. It is a hospital of last resort, so to speak, for patients with specialized medical problems. I do not think it can be seriously questioned that this objective is of sufficient importance to override *Charter* rights and freedoms. It is an objective of "pressing and substantial" proportions and therefore meets the first branch of the *Oakes* test.

The Hospital also suggests that another objective of Regulation 5.04 is the promotion of opportunities for other (younger) physicians to practise medicine. The appellant argues that the Hospital can only accommodate a fixed number of medical personnel. Accordingly, if senior physicians are permitted to retain their admitting privileges, opportunities will as a necessary consequence be denied to younger physicians. In *McKinney* a similar argument was raised respecting the reduction of employment opportunities for younger academics. As in that case, my colleague La Forest J. has accepted that the Hospital is a "closed system" and therefore that permitting senior physicians to continue their relationship with the Hospital will necessarily result in junior physicians being denied opportunities. The evidence in this case, however, does not support this. It was accepted by both the trial judge and the Court of Appeal that permitting the respondents to retain their hospital privileges would not prevent other physicians from gaining admitting privileges.

This Court has recognized that in some situations evidence need not be led to prove government's assertion that there exists a pressing and substantial concern that must be addressed. Indeed, the gravity of a problem may be self-evident and the Court may simply take judicial notice of it. Where, however, a serious question is raised

qu'il est essentiel qu'à titre d'hôpital d'enseignement et de soins de courte durée, les soins médicaux, la formation et la recherche qu'il dispense répondent aux normes contemporaines les plus élevées. La preuve démontre que le Vancouver General Hospital est devenu un établissement hautement spécialisé qui dispense des traitements uniques que les autres hôpitaux de la province ne peuvent offrir. C'est un hôpital de dernier recours, dans un certain sens, pour les patients ayant des problèmes médicaux particuliers. Je ne crois pas qu'on puisse sérieusement contester que cet objectif a suffisamment d'importance pour l'emporter sur les droits et libertés garantis par la *Charte*. C'est donc un objectif assez «urgent et réel» pour satisfaire à la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*.

d L'hôpital appelant mentionne aussi que le règlement 5.04 vise à offrir à d'autres médecins (plus jeunes) la possibilité d'exercer leur profession. En effet, l'hôpital appelant soutient qu'il ne peut recevoir qu'un nombre limité de médecins. Conséquemment, s'il permet aux médecins plus âgés de garder leurs priviléges d'admission, les médecins plus jeunes auront forcément moins de possibilités. Dans l'arrêt *McKinney*, on a invoqué un argument semblable au sujet de la diminution des possibilités d'emploi pour les professeurs plus jeunes. Comme dans cette affaire-là, mon collègue le juge La Forest a accepté l'argument que l'hôpital appelant constitue un «système fermé» et que s'il est permis aux médecins plus âgés de continuer à y exercer, il en résultera forcément moins de chances d'avancement pour les médecins plus jeunes. La preuve en l'espèce n'étaye toutefois pas cet argument. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu l'un et l'autre que permettre aux intimes de garder les priviléges que l'hôpital leur accorde n'empêcherait pas d'autres médecins d'avoir le privilège de faire admettre des patients.

i Notre Cour a déjà reconnu que, dans certaines situations, il n'est pas nécessaire de présenter des éléments de preuve au soutien de l'affirmation du gouvernement qu'il existe une préoccupation «urgente et réelle». En effet, la gravité d'un problème peut être évidente et la Cour peut simplement en prendre connaissance d'office. Cependant, lors-

as to whether a pressing concern as alleged in fact exists, it is incumbent on the party bearing the burden of proof under s. 1 to establish the pressing and substantial concern. In my view, where there is no evidence to support the allegation that a significant problem exists, the first branch of the *Oakes* test will not be met. The purpose behind this branch of the *Oakes* test is to ensure that constitutional rights and freedoms will only be sacrificed where it is reasonable and justifiable to do so. The concept of constitutional entrenchment requires that rights and freedoms be curtailed only in response to real and not illusory problems. In my view, therefore, this Court cannot, absent some form of proof, give effect to the Hospital's claim that its system is "closed". Consequently, it remains to be determined whether the infringement of the respondent physician's equality rights is proportional to the Hospital's aim of providing high quality health care.

2. Means

(a) Rational Connection

Is there a rational connection between the imposition of mandatory retirement and ensuring a high standard of medical care, education and research? The appellant Hospital argues that the infusion of young physicians carries with it the infusion of new discoveries and new ideas. It maintains that retiring senior physicians from and introducing junior physicians to the hospital system will upgrade the quality of medical service. I accept that there is a rational connection in this case between the objective sought to be achieved and the means adopted to achieve it. However, I wish to deal briefly with the implications of this conclusion.

First, it should be emphasized that the question whether a basis exists for treating groups in a discriminatory manner is not a concern of s. 15 but of s. 1. Section 15 deals with prejudice, disadvantage and stereotype regardless of its origin and s. 1 deals with its justification.

que l'existence de la préoccupation urgente invoquée suscite un doute sérieux, il incombe à la partie chargée du fardeau de la preuve en vertu de l'article premier d'établir qu'il existe bien une préoccupation urgente et réelle. À mon avis, quand il n'y a pas de preuve pour étayer l'allégation qu'il existe un problème important, le premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* n'est pas respecté. L'objet de ce premier volet est d'assurer que les droits et libertés garantis par la Constitution ne seront sacrifiés que s'il est raisonnable et justifiable de le faire. La notion de la consécration des droits et libertés par la constitution exige que ceux-ci ne soient limités qu'en raison de problèmes réels et non illusoires. J'estime donc que notre Cour ne peut, sans aucune sorte de preuve, admettre la prétention de l'hôpital appelant qu'il constitue un système «fermé». En conséquence, il reste à déterminer s'il existe un lien de proportionnalité entre la violation des droits à l'égalité des médecins intimés et le but visé par l'hôpital de fournir des soins de haute qualité.

e) 2. Les moyens

a) Le lien rationnel

f) Existe-t-il un lien rationnel entre l'imposition de la retraite obligatoire et la recherche de l'excellence en matière de formation, de recherche et de soins médicaux? L'hôpital appelant soutient que la présence de jeunes médecins implique l'apport de nouvelles découvertes et de nouvelles idées. Il soutient que la mise à la retraite des médecins âgés et la venue de jeunes médecins à l'hôpital aura pour effet d'améliorer la qualité des soins médicaux. Je reconnais qu'il y a un lien rationnel en l'espèce entre l'objectif poursuivi et les moyens adoptés pour le réaliser. Cependant, je veux expliquer brièvement les conséquences de cette conclusion.

i) D'abord, il faut souligner que la question de savoir s'il existe un motif de traiter des groupes de façon discriminatoire ne relève pas de l'art. 15, mais de l'article premier. L'article 15 porte sur les préjugés, les désavantages et les stéréotypes quelle que soit leur origine et l'article premier porte sur leur justification.

I believe also that the question whether the foundations of prejudice are based upon observable, reliable facts is one which this Court should approach in the most cautious manner. Throughout these appeals the parties have grappled with the question of the extent to which age and ability correlate. It is, in my view, a matter of common knowledge that with the aging process comes some measure of change in ability, although, of course, the nature and extent of that change varies from individual to individual. Even although I am prepared to accept that the rational connection branch of the *Oakes* test has been met in this case, I would not wish to be understood as suggesting that all infringements of equality have some basis in fact and that a rational connection between various objectives and stereotypes will in all cases be established. Indeed, this Court will doubtless be obliged in future to address whether other forms of discrimination based on different grounds have any foundation in biology or whether they are premised instead on misplaced notions about the nature and abilities of various groups. This is a most delicate determination. History unfortunately demonstrates how easily such misperceptions can be accepted with untold costs. It cannot be overemphasized, in my opinion, that this matter is fraught with difficulty and that the utmost care has to be taken in dealing with such questions.

For example, close scrutiny of the rational connection being advanced may take place in at least two ways. Vigilance should be exercised in examining the nature of the correlation advanced. It seems to me that in this case the deleterious effects of age have been painted with too broad a brush. The Hospital argues that with increasing age comes a decrease in all skills associated with the practice of medicine. This cannot be so. Diagnostic ability, for example, may actually increase with years in practice. Similarly, the Court should carefully scrutinize assertions regarding the extent of the relationship between the grounds of the infringement and its justification. For example, in this case a line has been drawn by the appellant Hospital at age 65. It seems to me that different considerations might prevail had the retirement age been set at 80.

Je crois aussi que notre Cour doit agir avec beaucoup de prudence quand il s'agit de savoir si le fondement d'une idée préconçue s'appuie sur des faits observables et exacts. Tout au long de ces pourvois, les parties se sont interrogées sur la mesure dans laquelle l'âge et l'habileté sont liés. Il est, d'après moi, généralement reconnu que le vieillissement amène un certain changement des capacités même si, il va de soi, la nature et l'éten-
b due du changement varient d'une personne à l'autre. Même si je suis prête à reconnaître que l'exigence du critère de l'arrêt *Oakes* relative au lien rationnel est respectée en l'espèce, je ne veux pas que l'on comprenne que toutes les atteintes à l'égalité ont quelque fondement dans des faits et qu'un lien rationnel entre divers objectifs et idées préconçues sera prouvé dans tous les cas. Certes, notre Cour sera sans doute appelée plus tard à juger si d'autres formes de discrimination appuyées sur d'autres motifs ont un fondement biologique ou si elles sont plutôt fondées sur de fausses notions sur la nature et l'habileté de différents groupes. C'est une des questions les plus délicates à déterminer.
c L'histoire nous enseigne à quel point ces fausses idées peuvent être dommageables. On ne saurait trop souligner, selon moi, que ces sujets sont difficiles et qu'il faut les aborder avec une extrême prudence.

Ainsi, un examen minutieux du lien rationnel proposé peut se faire d'au moins deux façons. Il faut être prudent au moment d'examiner le lien proposé. Il me semble qu'en l'espèce on a dépeint à trop grands traits les effets néfastes du vieillissement. L'hôpital appelant soutient que le vieillissement emporte une diminution de toutes les capacités liées à l'exercice de la médecine. Ce ne peut pas être le cas. Par exemple, l'habileté d'établir un diagnostic peut de fait augmenter avec l'expérience. De même, la Cour doit-elle examiner de façon critique les prétentions au sujet de la solidité du lien entre les motifs de l'atteinte aux libertés et sa justification. En l'espèce, par exemple, l'hôpital appelant a établi une limite fixe à l'âge de 65 ans. Il me semble qu'il aurait fallu tenir compte d'autres facteurs si on avait fixé l'âge de la retraite à 80 ans.

All of this is merely to say that the role the rational connection branch of the proportionality test is meant to serve should not be forgotten. Its purpose is to engage the Court in an examination of whether government is proceeding logically in the pursuit of its aims. Technically, all the rational connection branch of s. 1 requires is a demonstration that there is some logical connection, however slight, between the objective and the means by which it is sought to be achieved. When, however, the inquiry turns to other elements of the *Oakes* test, the quality and extent of the connection becomes crucial.

In this case, as I have indicated, I am prepared to conclude that there does exist a rational connection between the desire to provide top quality medical care and the decision to have such care provided substantially by younger members of the medical profession. The real issue, in my view, is whether reliance upon these generalized notions of ability is justifiable. I turn then to consider whether the means chosen by the Hospital impairs the rights of the respondent doctors as little as possible.

(b) Minimal Impairment

In *Edwards Books, supra*, and *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court recognized that a strict application of the minimal impairment branch of the *Oakes* test is not always appropriate. My colleague La Forest J. has characterized the issue at stake in this appeal as falling within the class of exceptional cases envisioned in *Edwards Books* and *Irwin Toy* and concluded therefore that the more generous standard of review contemplated by those decisions should apply. In effect, he sees the question which this Court must address as the efficacy of the policy of mandatory retirement in a closed system with limited resources. For the reasons I gave in *McKinney* I must respectfully disagree with him that this is an appropriate case for the relaxation of the minimal impairment test.

Tout ceci vise seulement à rappeler qu'il ne faut pas perdre de vue le rôle que doit jouer le volet du lien rationnel que comprend le critère de la proportionnalité. Son rôle consiste à inviter la Cour à déterminer si le gouvernement procède de façon logique dans la poursuite du but qu'il vise. Techniquement, tout ce qu'exige la partie de l'article premier quant au lien rationnel, c'est la démonstration d'un lien logique quelconque, si petit soit-il, entre l'objectif poursuivi et les moyens employés pour le réaliser. Cependant, au moment d'examiner les autres éléments du critère de l'arrêt *Oakes*, la vigueur et l'étendue du lien deviennent déterminants.

En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, je suis prête à conclure qu'il existe un lien rationnel entre l'intention de fournir des soins médicaux de haute qualité et la décision de faire prodiguer ces soins en grande partie par des médecins plus jeunes. La vrai question en litige est, selon moi, de savoir si le recours à ces notions générales relatives aux capacités est fondé. Je me demanderai donc si le moyen choisi par l'hôpital appelant porte atteinte le moins possible aux droits des médecins intimés.

f) b) L'atteinte minimale

Dans les arrêts *Edwards Books*, précité, et *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a reconnu qu'il ne convient pas toujours d'appliquer strictement la partie du critère de l'arrêt *Oakes* qui porte sur l'atteinte minimale. Mon collègue, le juge La Forest, a estimé que la question en litige dans les présents pourvois appartient à la catégorie des cas d'exception dont parlent les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy*, et il a donc conclu qu'il faut appliquer la norme d'examen plus généreuse énoncée dans ces arrêts. En somme, il considère que la question que notre Cour doit résoudre est celle qui porte sur l'efficacité d'une politique de retraite obligatoire dans un système fermé disposant de ressources limitées. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *McKinney*, je ne saurais partager son avis qu'il y a lieu, en l'espèce, d'assouplir le critère de l'atteinte minimale.

As I have already noted, it has not been established that the Hospital is in fact a "closed system". On the contrary, the evidence demonstrated that permitting the respondent physicians to retain their admitting privileges would have absolutely no effect on the availability of practice opportunities for doctors embarking upon their careers. That being the case, I see no reason in fact or in law for applying a deferential standard of review. For the same reasons as I expressed in *McKinney*, I hasten to add that, even if it were accepted in principle that the *Irwin Toy* standard should apply, the record simply does not reveal any evidentiary basis for deviating from *Oakes*. No suggestion has been made that positions freed up through retirement have been filled by younger physicians who would otherwise have experienced limited employment opportunities due to senior physicians being permitted to practise their profession beyond age 65. In my opinion, therefore, the minimal impairment test as articulated in *Oakes* should apply.

The issue therefore comes down to this: Even accepting that there is some correlation between age and ability (a correlation which has, in my view, been overstated by the Hospital), is there not some other way of achieving the objective of high quality medical care which recognizes and takes account of the abilities of individual doctors aged 65 and over? I think the answer to this question is plainly "yes".

In *McKinney* the appellant professors suggested alternative ways of dealing with the objective of faculty renewal. The situation in these appeals is somewhat different in that the doctors are not suggesting that the Hospital attempt some new, untried mechanism for ensuring that the Hospital meet its goal of providing high quality medical care. Instead, they are merely asking that the Hospital revert back to its former way of implementing its objectives. Before Regulation 5.04 was enacted the Hospital dealt with the issue of physician competency in the following manner. Admitting privileges, once granted, were renewed on an

Comme je l'ai déjà fait remarquer, on n'a pas fait la preuve que l'hôpital appelant constitue en réalité un «système fermé». Au contraire, la preuve indique que permettre aux médecins intimés de garder leur privilège d'admission n'aurait aucun effet sur les possibilités d'exercice de la médecine qui s'offrent aux médecins qui commencent leur carrière. Puisqu'il en est ainsi, je ne vois pas de motif de fait ou de droit d'appliquer un critère d'examen déférentiel. Pour les mêmes motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney*, je me hâte d'ajouter que, même si l'on acceptait le principe que le critère de l'arrêt *Irwin Toy* devrait s'appliquer, le dossier ne comporte aucun élément de preuve qui permettrait de s'écartier du critère de l'arrêt *Oakes*. On n'a pas soutenu que les postes libérés par les mises à la retraite ont été occupés par des médecins plus jeunes qui autrement n'auraient pas eu les mêmes chances d'exercer leur profession, étant donné que des médecins plus âgés étaient autorisés à exercer leur profession au-delà de l'âge de 65 ans. Donc, à mon avis, le critère de l'atteinte minimale énoncé dans l'arrêt *Oakes* doit s'appliquer.

La question en litige se ramène donc à ceci: même si l'on reconnaît qu'il existe un certain lien entre l'âge et les capacités (un lien sur lequel l'hôpital appelant a, selon moi, trop insisté), n'y a-t-il pas quelque autre moyen de fournir, tel que souhaité, des soins médicaux de haute qualité qui permettrait de reconnaître et de prendre en considération les capacités des médecins âgés de 65 ans et plus? Je crois que la réponse à cette question est manifestement «oui».

Dans l'arrêt *McKinney*, les professeurs appelaient ont proposé des moyens subsidiaires d'arriver au renouvellement du corps enseignant. La situation dans les présents pourvois est un peu différente parce que les médecins n'ont pas proposé que l'hôpital appelant ait recours à un nouveau mécanisme non éprouvé pour fournir comme il le souhaite des soins médicaux de haute qualité. Il ont plutôt demandé que l'hôpital appelant revienne à son ancienne méthode de réaliser son objectif. Avant l'adoption du règlement 5.04, l'hôpital appelant réglait ainsi la question relative aux capacités des médecins. Les priviléges d'admission des

annual basis. Renewal was assured so long as the Board was satisfied that the staff member was in good health and had the ability to continue performing safely and competently. In addition, internal auditing procedures were in place under which Department Heads had responsibility for ensuring the competency of the staff. This practice, which applied to physicians of all ages, was changed in 1984 when the Minister approved Regulation 5.04.

patients, une fois accordés, étaient renouvelables chaque année. Le renouvellement avait lieu à la condition que le conseil soit convaincu que l'intéressé était en bon état de santé et qu'il avait la capacité de continuer de remplir ses fonctions avec prudence et compétence. De plus, il existait des procédures de vérification interne qui rendaient les chefs des départements responsables du contrôle de la compétence du personnel. Cette méthode, qui s'appliquait aux médecins de tous âges a été modifiée en 1984 par l'approbation du règlement 5.04 par le ministre.

Why did the Hospital change this practice of treating the competency of all doctors on the same footing? It would appear that the primary reason for the change was that it was administratively convenient to remove incompetent physicians through the mechanism of mandatory retirement rather than staging annual performance reviews as had previously been done. There is no evidence that the former practice had been unsatisfactory in terms of "weeding out" incompetent doctors.

Pourquoi l'hôpital appelant a-t-il modifié sa méthode de traiter les capacités de tous les médecins de la même façon? Il semblerait que la raison principale du changement tient à la commodité administrative qu'il y a écarté les médecins incompétents par le mécanisme de la retraite obligatoire plutôt qu'en organisant des examens annuels du rendement comme on le faisait auparavant. Il n'y a pas d'élément de preuve indiquant que la pratique antérieure n'ait pas donné satisfaction lorsqu'il s'agissait d'éliminer les médecins incompétents.

This Court has established that administrative convenience is not an adequate reason for sacrificing *Charter* rights and freedoms. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, the federal government had adopted a procedure respecting immigration claims which violated s. 7 of the *Charter* and cited administrative convenience as the reason. At pages 218-19 of my reasons I stated:

Certainly the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles.

Notre Cour a statué que la commodité administrative n'est pas un motif valable de supprimer des droits et libertés garantis par la *Charte*. Dans l'affaire *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le gouvernement fédéral avait suivi une procédure applicable aux demandes d'immigration qui violait l'art. 7 de la *Charte* et il a invoqué la commodité administrative comme justification. J'ai dit, aux pp. 218 et 219 de mes motifs:

Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoires s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passe à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes.

In my opinion, these comments apply with equal force to the guarantee of equality embodied in s. 15(1). It seems to me that it will always be more convenient from an administrative point of view to treat disadvantaged groups in society as an indistinguishable mass rather than to determine individual merit. But s. 15(1) demands otherwise. In discrimination claims of the kind involved here, if the guarantee of equality is to mean anything, it must at least mean this: that wherever possible an attempt be made to break free of the apathy of stereotyping and that we make a sincere effort to treat all individuals, whatever their colour, race, sex or age, as individuals deserving of recognition on the basis of their unique talents and abilities. Respect for the dignity of every member of society demands no less.

The comments made in *Singh* also have an important bearing on the issue of minimal impairment. Under this branch of the *Oakes* test the question is whether other means are available to achieve the objective which impinge upon *Charter* rights less severely. Here, the past practice of the appellant Hospital both served its objective and respected the Constitution. The high calibre of the medical staff was ensured by subjecting all physicians to regular review of their performance. And the equality rights of the respondents were ensured by not subjecting them to the arbitrary forces of prejudice. It seems to me indisputable that where the sole reason for a change from a constitutionally sound to a constitutionally unsound system is administrative convenience, the minimal impairment branch of the proportionality test cannot be satisfied.

I should note that these comments are in no way meant to suggest that the only constitutionally permissible method of dealing with the issue of incompetency is by way of annual reviews of performance. It must be emphasized that had Regulation 5.04 been phrased and interpreted as establishing 65 as the presumptive age of retirement but allowing those aged 65 and over to retain their hospital privileges so long as they were found

À mon avis, ces commentaires s'appliquent avec autant de vigueur aux libertés garanties en vertu du par. 15(1). Il me semble qu'il sera toujours plus commode du point de vue administratif de traiter ^a les groupes défavorisés de la société de façon impersonnelle plutôt que de se fonder sur le mérite individuel. Le paragraphe 15(1) exige toutefois que l'on procède autrement. Dans les affaires de discrimination du genre de celles de l'espèce, si la ^b garantie d'égalité doit avoir un sens, il faut au moins qu'elle signifie ceci: que chaque fois que cela est possible, on doit essayer de renoncer aux idées préconçues trop faciles et faire l'effort sincère de traiter les particuliers, quels que soient leur couleur, leur race, leur sexe ou leur âge, comme des ^c individus qui méritent d'être jugés selon leurs talents et leurs capacités propres. Le respect de la dignité de chaque personne dans la société n'en ^d exige pas moins.

Les commentaires de l'arrêt *Singh* ont aussi une grande portée sur le sujet de l'atteinte minimale. En vertu de cette partie du critère de l'arrêt ^e *Oakes*, il faut se demander s'il est possible de réaliser le même objectif par des moyens moins contraires à la *Charte*. En l'espèce, l'ancienne pratique suivie par l'hôpital appelant remplissait cette condition et respectait la constitution. En assujettissant tous les médecins à un examen périodique de leur rendement, on s'assurait de leur haute compétence et on respectait leurs droits à l'égalité en ne les soumettant pas aux forces arbitraires des préjugés. Il me semble incontestable que lorsque le seul motif pour substituer une méthode inconstitutionnelle à une méthode constitutionnelle est la commodité administrative, il ne saurait y avoir respect de la condition d'atteinte ^f minimale des droits visés exposée au critère de la proportionnalité.

Je veux ajouter que ces commentaires ne signifient nullement que la seule méthode constitutionnelle de régler la question de l'incompétence réside dans l'examen annuel du rendement. Il faut souligner que si le règlement 5.04 avait été rédigé et interprété de façon à faire de l'âge de 65 ans l'âge ordinaire de la retraite, mais à laisser à ceux qui avaient atteint cet âge le privilège de faire admettre des patients aussi longtemps qu'ils conservaient

to be healthy and capable, I would think that an arguable case could be made that the minimal impairment test was met. The protection afforded by s. 15(1) is not a guarantee of the right to continue in employment during the later years of life irrespective of ability. What s. 15(1) guarantees is the right not to be ousted from employment on the basis of stereotypical assumptions about one's capabilities to perform in a satisfactory way. In other words, in a context such as this, s. 15(1) does not guarantee the right to work but the right to work absent discrimination. Accordingly, had Regulation 5.04 in word and in effect provided for a *bona fide* exemption scheme contemplating the continued employment of those able and willing to work, one would be hard pressed to say that the provision was not reasonable and demonstrably justifiable.

leur santé et leurs capacités, je crois qu'on aurait pu soutenir que la condition relative à l'atteinte minimale des droits exposée au critère susmentionné était respectée. Le paragraphe 15(1) ne garantit pas notre droit de continuer de travailler à un âge avancé sans égard à notre aptitude à le faire. Ce que le par. 15(1) garantit, c'est notre droit de ne pas être privés de notre travail en vertu de présomptions fondées sur des préjugés relatifs à notre capacité de donner un bon rendement. En d'autres termes, dans un contexte semblable à celui de l'espèce, le par. 15(1) ne garantit pas le droit de travailler, mais celui de travailler sans faire l'objet de discrimination. En conséquence, si le règlement 5.04 avait comporté dans son texte et son application un régime légitime d'exception qui aurait permis à ceux qui étaient encore capables de travailler, de continuer à le faire s'ils le souhaitaient, il aurait été difficile d'affirmer que la disposition n'était pas raisonnable et susceptible de justification.

In conclusion I find that the Regulation by its terms does not meet the requirement that it impair the rights of those adversely affected by it as little as possible. I find also that the Regulation has been administered in a manner which violates s. 15(1) of the *Charter*. It is not saved by s. 1.

En conséquence, je conclus que le règlement, comme il est rédigé, ne satisfait pas à la condition selon laquelle il doit être porté atteinte le moins possible aux droits de ceux qui en subissent les effets. Je conclus aussi que le règlement a été appliqué d'une façon qui viole le par. 15(1) de la *Charte*. Il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

IV. Disposition

I would dismiss the Hospital's appeal with costs.

Addressing the relief sought by the respondents in their statement of claim, I would grant the respondents a declaration that Regulation 5.04, by its terms and in the manner of its application, is contrary to s. 15(1) of the *Charter* and is accordingly of no force or effect. I would also grant them a declaration that the decisions of the appellants made pursuant to the Regulation terminating the admitting privileges of the respondents are null and void. I would direct the Vancouver General Hospital to reinstate the hospital admitting privileges of the respondents.

IV. Dispositif

^g Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de l'hôpital avec dépens.

Quant au redressement recherché par les intimés dans leur déclaration, je suis d'avis de rendre un jugement déclarant que le règlement 5.04 est contraire au par. 15(1) de la *Charte* dans ses dispositions et son application et qu'il est par conséquent inopérant. Je suis également d'avis de rendre jugement déclarant que les décisions des appellants, prises en vertu du règlement, de mettre fin aux priviléges accordés aux intimés d'admettre des patients sont nulles. Je suis d'avis d'enjoindre au Vancouver General Hospital de rétablir les priviléges hospitaliers des intimés d'admettre des patients.

I would answer the constitutional questions posed by Chief Justice Dickson as follows:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—There is one principal issue in this case. That is whether Regulation 5.04, which was passed by the Trustees of the Hospital and approved by the Minister of Health according to the *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, c. 55, s. 6, is constitutional. The Regulation reads:

5.04 Retirement: Members of the Staff shall be expected to retire at the end of the appointment year in which they pass their 65th birthday. Members of the Staff who wish to defer their retirement may make special application to the Board. The Board shall request the Medical Advisory Committee for a recommendation in each such case. The Medical Advisory Committee shall, in making its recommendation, consider the report of a personal interview which shall take place between the applicant and the Department Head concerned which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant.

Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson:

- a. 1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

Oui.

- b. 2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

c. Oui.

- d. 3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

- e. 4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

f. Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

g. LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ce pourvoi soulève la principale question de déterminer si le règlement 5.04, adopté par les administrateurs de l'hôpital et approuvé par le ministre de la Santé conformément à la *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, ch. 55, art. 6, est constitutionnel. Le règlement se lit ainsi:

i. [TRADUCTION] 5.04 **La retraite:** Les membres du personnel sont censés prendre leur retraite à la fin de l'année d'exercice au cours de laquelle ils atteignent 65 ans. Les membres du personnel qui veulent reporter leur mise à la retraite peuvent présenter une demande spéciale au conseil d'administration, qui demande la recommandation du «conseil consultatif médical» dans chaque cas. Avant de faire sa recommandation, le conseil consultatif médical tient compte du rapport d'une entrevue personnelle entre le requérant et le chef de département concerné, y compris le rapport de l'état de santé et du rendement continu du requérant.

Three questions need to be answered. First, does Vancouver General Hospital fall under "government" for the purposes of s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is Regulation 5.04 "law" as understood in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*? Second, if so, does Regulation 5.04 violate s. 15(1) of the *Charter*? Third, in the affirmative, can the Regulation be saved by s. 1 of the *Charter*?

I agree with my colleague Madame Justice Wilson that under the broad test she has developed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Vancouver General Hospital is acting in this case as "government" for s. 32 of the *Charter*. Both historically and (even more so today) in functional terms, hospitals in Canada are an "arm of government" and perform a government function. My only hesitation perhaps stems from the fact that the Hospital's Board of Governors enjoys a certain independence in formulating policies, including the policy which presided over Regulation 5.04. However, even though members of the Board are appointed by the government, I see no difference between this situation and that of government departments setting up their own agenda and policies, subject only to general guidelines established by the legislature. This situation is, in my view, totally different from that of universities. In the case of the universities, as demonstrated in *McKinney, supra*, government involvement is primarily limited to funding. I do not wish to suggest, however, that all actions of every hospital would attract review of the *Charter* under s. 32. There may be some instances where a hospital would not constitute "government". Nevertheless, in this case the Hospital is "government" for the purposes of s. 32.

Notwithstanding his conclusion that the appellants are not "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*, my colleague Justice La Forest goes on to discuss the constitutionality of Regula-

Trois questions se posent ici. Premièrement, le Vancouver General Hospital fait-il partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le règlement a 5.04 constitue-t-il une «règle de droit» au sens de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Deuxièmement, dans l'affirmative, le règlement 5.04 viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte*? Troisièmement, dans l'affirmative, le règlement peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*? b

Je partage l'opinion de ma collègue le juge Wilson qu'en raison du test large qu'elle a formulé dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le Vancouver General Hospital agit, dans la présente instance, en tant que «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Tant sur le plan historique que (encore plus aujourd'hui) sur le plan fonctionnel, les hôpitaux au Canada sont une «branche du gouvernement» et exercent une fonction gouvernementale. Ma seule hésitation découle peut-être du fait que le conseil d'administration de l'hôpital bénéficie d'une certaine indépendance dans la formulation de ses politiques, y compris celle à l'origine du règlement 5.04. Cependant, même si les membres du conseil d'administration sont nommés par le gouvernement, je ne vois aucune différence entre cette situation et celle des ministères du gouvernement qui établissent leur propre programme et formulent leurs politiques, sous réserve des seules directives générales établies par le législateur. J'estime que cette situation est à tout à fait différente de celle des universités. Dans le cas des universités, comme il ressort de l'arrêt *McKinney*, précité, la participation du gouvernement est essentiellement restreinte au financement. Je ne voudrais cependant pas laisser entendre que toutes les actions de tous les hôpitaux puissent être susceptibles d'examen en vertu de l'art. 32 de la *Charte*. Il peut y avoir des circonstances où un hôpital ne serait pas considéré comme «gouvernement». Quoi qu'il en soit, en l'espèce, l'hôpital fait partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32. f g h i

Malgré sa conclusion que les appellants ne font pas partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte*, mon collègue le juge La Forest n'en examine pas moins la constitutionnalité du règle-

tion 5.04 under s. 15(1) of the *Charter*. For the purposes of my discussion of these topics, I agree with him, for the reasons that he gives, that Regulation 5.04 is "law" for the purposes of s. 15 of the *Charter*. I also agree with my colleague that Regulation 5.04 clearly infringes s. 15(1) of the *Charter* because it discriminates by reason of age, a prohibited ground of discrimination enumerated in s. 15(1).

Where I disagree with my colleague La Forest J., however, and agree in the result with my colleague Wilson J., is on the question of whether this Regulation is a reasonable limit in a free and democratic society as provided in s. 1 of the *Charter* and under the analysis enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In my opinion (and I differ in part from Wilson J.'s reasoning), Regulation 5.04 does not satisfy the requirements of *Oakes*, mainly because the objectives sought by the Regulation are not rationally connected to the means chosen to achieve those ends and, in addition, the minimal impairment test has not been respected.

Section 1 of the *Charter*

The approach recognized by this Court under s. 1 is well known and need not be repeated in detail here. It should be clear that the balancing which is undertaken under this section of the *Charter* involves the particular law in question, and the severity of the violation of the right or freedom under the application of that law. We look to whether the objective of the law is sufficiently important to warrant overriding a protected right, and whether the means used in the violation are appropriate in view of the right breached.

My colleague La Forest J. undertakes an analysis comparable to that in *McKinney* in assessing whether the hospital's Regulation and policy are reasonable limits for the purposes of s. 1. One proposed objective of Regulation 5.04 and its attendant policy is competence. La Forest J. states at p. 522:

ment 5.04 au regard du par. 15(1) de la *Charte*. Pour les fins de mon analyse de ces questions, je partage son avis, pour les motifs qu'il donne, que le règlement 5.04 est une «loi» aux fins de l'art. 15 de la *Charte*. Je partage également son avis que le règlement 5.04 contrevient clairement au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, un motif prohibé de discrimination énuméré au par. 15(1).

b

Là où je suis en désaccord avec mon collègue le juge La Forest et où je souscris à la conclusion de ma collègue le juge Wilson, c'est sur la question de savoir si ce règlement constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte* et en vertu du test formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À mon avis, (et je ne partage pas ici entièrement le raisonnement du juge Wilson) le règlement 5.04 ne satisfait pas aux exigences de l'arrêt *Oakes*, et ce, principalement parce que les objectifs visés par le règlement n'ont pas de lien rationnel avec les mesures choisies pour y parvenir et, en outre, parce que le critère de l'atteinte minimale n'a pas été respecté.

L'article premier de la *Charte*

La méthode retenue par notre Cour en vertu de l'article premier est bien connue et il n'est pas nécessaire d'y référer ici en détail. Il devrait être clair que l'exercice qui doit être entrepris en vertu de cette disposition de la *Charte* vise à soupeser la loi particulière en jeu au regard de la gravité de la violation du droit ou de la liberté résultant de l'application de cette loi particulière. Nous devons déterminer si l'objectif de la loi est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit protégé et si les moyens utilisés à cette fin sont appropriés compte tenu du droit qui est violé.

Mon collègue le juge La Forest entreprend une analyse comparable à celle de l'arrêt *McKinney* pour déterminer si le règlement et la politique de l'hôpital constituent des limites raisonnables aux fins de l'article premier. L'un des objectifs que visent le règlement 5.04 et la politique qui le sous-tend est la compétence. Le juge La Forest affirme, à la p. 522:

i

j

k

l

m

n

o

p

q

r

s

t

Just as those policies [in *McKinney*] were directed toward the achievement of excellence in the universities' pursuit of higher learning, Regulation 5.04 and its attendant policy were intended to maintain and enhance the quality of medical care the Vancouver General is capable of providing.

In addition to this concern over "quality", there is mention of the teaching and research functions carried out at the hospital. My colleague Wilson J. has found another possible objective, that of promoting opportunities for younger physicians to practise medicine. I agree with her that there is no evidence to suggest that the Hospital is a "closed system", and therefore this objective is not sufficiently pressing to warrant overriding a constitutionally protected right. Unlike Wilson J. however, I also question the attempt to justify the violation of the respondents' rights on the principal objective of competence.

One cannot oppose a hospital's efforts to maintain high levels of competence among its staff, and in few areas can this objective be seen as so important. When knowledge and skill are fundamental in some cases to the survival of a patient, we applaud high standards of competence in our hospitals. The question is, however, whether this is what is addressed by Regulation 5.04.

In *McKinney*, I expressed the view that forcing the end of a career based on age alone does not pass muster under the *Charter*, as age is surely not determinative of capacity or competence. One is no less competent the day after one's 65th birthday, than the day before. Fundamentally it is a question of personal dignity and fairness. I concluded also that the potential negative consequences of stopping the mandatory retirement practice were outweighed by the clear positive aspects of allowing perfectly competent persons who happen to be over 65, to continue in their positions. The same concerns can be raised in this case. Medical practitioners do not become incompetent at a given age. One falls below acceptable levels of proficiency through inattention to medical advances and, *inter alia*, inade-

Tout comme ces politiques [dans l'arrêt *McKinney*] faisaient partie de la recherche de l'excellence dans les universités en matière de haut savoir, le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache visaient à maintenir et à promouvoir la qualité des soins médicaux que pouvait offrir le Vancouver General.

En plus de cette préoccupation concernant la «qualité», on mentionne également la formation et la recherche qui sont effectuées à l'hôpital. Ma collègue le juge Wilson voit un autre objectif possible, celui de favoriser les chances d'emploi des jeunes médecins qui veulent pratiquer la médecine. Je partage son avis que rien dans la preuve n'indique que l'hôpital est un «système fermé»; cet objectif n'est donc pas suffisamment pressant pour justifier la suppression d'un droit protégé par la Constitution. Cependant, contrairement au juge Wilson, je mets également en doute la tentative de justifier la violation des droits des intimés en invoquant l'objectif principal de la compétence.

On ne saurait s'opposer aux efforts d'un hôpital en vue de maintenir un haut niveau de compétence au sein de son personnel, et il est peu de domaines où cet objectif doit être considéré comme aussi important. Lorsque la connaissance et la compétence sont aussi essentielles, dans certains cas à la survie d'un patient, il y a lieu de se féliciter des hauts standards de compétence de nos hôpitaux. La question est toutefois de savoir si c'est là ce que vise le règlement 5.04.

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai estimé que 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 certainement pas les capacités ou la compétence d'une personne. 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. J'en suis également venue à la conclusion que les conséquences possiblement défavorables de la suppression de la retraite obligatoire devaient céder le pas devant les aspects clairement positifs qu'il y a à permettre à des personnes parfaitement compétentes âgées de plus de 65 ans de continuer à exercer leurs fonctions. Les mêmes préoccupations se soulèvent en l'espèce. Les médecins ne devien-

quate physical stamina and health. But a forced retirement policy is arbitrary and simply sets a date for all this to occur. It confounds logic to suggest that these concerns simply occur on the passing of a given day in all cases.

In this particular case we are faced with a Regulation and policy which contain an element of ongoing testing for proficiency and competence. The health of the practitioner is considered. And a personal interview is held. At first glance, it seems that this is a more humane and rather effective way to manage the retirement of older medical employees. But on further examination and reflection, it becomes apparent that the treatment remains unfair and cannot justify the violations of the equality rights in question.

The Regulation and its attached policy serve to implement the Board of Trustees' retirement policy at an administrative level. No one will question efforts of the Board to maintain an efficient hospital. But the Regulation and its policy must be rationally connected to the objectives they seek to attain. In my view they are not so rationally connected. In his analysis my colleague La Forest J. applies his reasoning on this point in *McKinney*, at p. 524, to the effect that the policies allow for "regular staff renewal and the intellectual invigoration that flows from it". To keep on the "cutting edge" and to maintain research and teaching standards, the mandatory retirement of older workers attempts to infuse the hospitals with new people. My colleague states, at p. 525, that the ability of the hospital to remain up to date

... depends on their ability to regularly make room on their staffs for younger doctors who, by virtue of their recent training, are fully conversant with the latest theories, discoveries and techniques. And since hospitals are, as much as universities, a "closed system with limited resources", this regular infusion with the vitality

nent pas incomptents à un âge donné. S'ils le deviennent, cela tient surtout au fait qu'ils ne se tiennent plus au courant des avances de la science médicale et, entre autres, que leur résistance physique et leur santé diminuent. Mais une politique de mise à la retraite obligatoire est arbitraire et ne fait qu'établir la date à laquelle cela est présumé se produire. C'est défier toute logique d'affirmer que dans tous les cas cet état de choses ne se produit que lors de l'avènement d'un jour précis.

Dans notre cas, nous faisons face à un règlement et une politique qui prévoient notamment l'évaluation permanente de l'efficacité et de la compétence. La santé du médecin est évaluée, et une entrevue personnelle est tenue. À première vue, cela semble être une façon plus humaine et plutôt efficace de procéder à la mise à la retraite des employés médicaux plus âgés. Mais si l'on pousse l'examen et la réflexion, on se rend compte que le traitement demeure injuste et ne peut justifier les violations des droits à l'égalité en question.

Le règlement et la politique qui s'y rattachent visent à mettre en œuvre la politique de mise à la retraite du conseil d'administration sur le plan administratif. Personne ne peut douter des efforts du conseil afin de préserver l'efficacité de l'hôpital. Mais le règlement et sa politique d'application doivent avoir un lien rationnel avec les objectifs qu'ils visent à atteindre; j'estime que ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans son analyse, mon collègue le juge La Forest applique à cet égard le raisonnement qu'il a tenu dans l'arrêt *McKinney* (à la p. 524), selon lequel les politiques permettent « de renouvellement régulier du personnel et l'apport intellectuel qui en découle ». La retraite obligatoire des travailleurs plus âgés vise à faire profiter les hôpitaux de l'apport de nouveaux membres et, partant, à leur permettre de demeurer à « la fine pointe » et de maintenir les normes de recherche et de formation fixées. En effet, mon collègue affirme à la p. 525 que la capacité des hôpitaux de rester à la fine pointe

... dépend [...] de leur capacité d'accueillir régulièrement au sein de leur personnel des jeunes médecins qui, en raison de leur formation récente, sont pleinement au courant des dernières théories, découvertes et techniques. Et comme les hôpitaux sont tout autant que les universités un « système fermé ayant des ressources limi-

and perspective of the young can only be achieved by the corresponding departure of some of those already on staff.

Even accepting the "closed system" argument, I cannot see why "new people" must be infused into the hospital's system to keep it relevant. Like many professionals, medical practitioners are faced every day with the need for ongoing training and must make continual efforts to remain abreast of new developments in the technology and the research. Basic university education provides only the groundwork for a successful and competent career. Medical practitioners must always be sensitive to new theories and discoveries. The fact that a practitioner has a 40th, 50th or 60th birthday alters this no more than the 65th birthday. Competence is threatened by many things, but age is not necessarily one of them.

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

tées», cet apport régulier que fournissent les jeunes avec leur vitalité et leurs idées ne peut être réalisé que par le départ concomitant de certains des membres qui font déjà partie du personnel.

a

Même en acceptant l'argument du «système fermé», je ne vois pas pourquoi l'hôpital a besoin de l'apport de «nouveaux membres» pour demeurer à jour. Comme plusieurs professionnels, les médecins font face tous les jours à la nécessité d'une formation permanente et doivent continuellement faire des efforts pour se tenir au fait des nouveaux progrès en matière de technologie et de recherche.

b La formation universitaire ordinaire ne sert que de fondement à une carrière brillante et compétente. Les médecins doivent toujours être conscients des nouvelles théories et découvertes. Le fait qu'un médecin célèbre ses 40, 50 ou 60 ans ne modifie pas plus cet état de choses que l'arrivée de son 65^e anniversaire. La compétence est menacée par plusieurs facteurs, mais l'âge n'en fait pas nécessairement partie.

c

d Mon collègue le juge La Forest affirme également que l'hôpital, comme institution, est tenu de faire un choix entre «les revendications de groupes concurrents» et, par conséquent, des considérations particulières s'appliquent dans l'examen du critère de «l'atteinte minimale» selon l'arrêt *Oakes*. Je reconnais que, dans cette situation, les administrateurs font ce choix entre différents groupes.

e Cependant, je ne suis pas d'accord qu'en l'espèce la répartition des ressources soit une question fondamentale. Ce n'est pas ce genre de choix qui est fait en application de cette politique. À mon avis, le choix s'effectue entre des médecins compétents qui se trouvent à avoir plus de 65 ans, et des médecins compétents de moins de 65 ans, qui débutent habituellement dans la pratique médicale. Je ne crois pas que ces circonstances justifient l'application de considérations particulières. J'ajouterais que le conseil d'administration, même s'il s'agissait d'un organisme investi du pouvoir de légiférer aux fins de la *Charte*, ne possède pas toutes les caractéristiques requises d'un organisme législatif qui doit tenir compte de la répartition des ressources pour justifier l'application de ces considérations particulières.

The Regulation, the policy and the evidence should be considered together. The Regulation mandates retirement on reaching one's 65th birthday. The policy puts a further onus on the practitioner to show he or she has something unique to offer the Hospital. One must make special application to the Board to ask that retirement be deferred. The Medical Advisory Committee considers the report of the Department Head who has arranged a personal interview and an assessment of the health and performance of the individual practitioner. The Committee recommends to the Board.

Some of the evidence on examination for discovery of Mr. James B. Flett was admitted and read in at the trial. Mr. Flett is President of the Vancouver General Hospital. This evidence reveals that, even prior to the Regulation's being passed, the heads of the clinical departments of the Hospital were responsible for ensuring that each practitioner past "a certain age" continued to have the ability to perform safely and efficiently, prior to recommending to the Medical Advisory Board that the practitioner be reappointed. Practitioners are reappointed annually. This was one aspect of the Hospital's existing internal audits of competence, along with the health of the applicant. There was no suggestion that the standards were inadequate. The respondents, for their part, take no issue with the general standards applied by the Hospital and accepted at the hearing before this Court that closer scrutiny may be necessary of those practitioners in their later years of practice. Respondents argue however, and I agree, that the same standards should be applied to all practitioners in assessing competence. Different and more onerous standards for measuring competence for those over 65 are a grave intrusion into the right to be treated equally.

Another factor considered in the process under Regulation 5.04 is health. My colleague La Forest J. suggests (p. 563) that "deterioration" is an "undeniable characteristic of increasing age". There is no evidence before us to suggest that age 65 is a threshold age for physical deterioration, nor

Le règlement, sa politique d'application et la preuve devraient être examinés comme un tout. Le règlement impose la retraite à l'âge de 65 ans. Sa politique d'application impose une obligation supplémentaire aux médecins, celle d'établir qu'ils ont quelque chose d'unique à offrir l'hôpital. Le report de la retraite doit faire l'objet d'une demande spéciale au conseil d'administration. Le conseil consultatif médical examine le rapport du chef de département qui s'est entretenu personnellement avec le médecin en cause et l'évaluation de la santé et du rendement de celui-ci. Le comité présente ses recommandations au conseil d'administration.

Une partie de l'examen au préalable de M. James B. Flett a été admise en preuve lors du procès. M. Flett est président du Vancouver General Hospital. Cette preuve révèle que, même avant l'adoption du Règlement, les chefs des départements cliniques de l'hôpital devaient s'assurer que chaque praticien ayant dépassé «un certain âge» continuait à avoir l'habileté requise pour pratiquer de façon sûre et efficace avant de recommander au conseil consultatif médical que le praticien soit renommé. Le renouvellement des priviléges des médecins se fait annuellement. C'était là l'un des aspects des vérifications internes de compétence de la part de l'hôpital, de même que la santé du médecin qui faisait application. Rien n'indique que les standards étaient inadéquats. De leur côté, les intimés ne contestent pas les normes générales appliquées par l'hôpital, et ils ont reconnu devant notre Cour qu'un examen plus attentif pourrait être nécessaire au cours des dernières années de pratique des médecins. Les intimés soutiennent cependant, et je partage leur avis, que les mêmes normes devraient être appliquées à tous les médecins dans l'évaluation de leur compétence. L'application de normes différentes et plus rigides dans l'examen de la compétence des médecins de plus de 65 ans porte gravement atteinte au droit à un traitement égal.

La santé est un autre facteur considéré dans le processus visé par le règlement 5.04. Mon collègue le juge La Forest laisse entendre que la «détérioration» est une «caractéristique incontestable du vieillissement» (p. 563). Il n'y a aucune preuve à l'effet que 65 ans est l'âge où commence la détérioration.

that this would necessarily affect the competence of the practitioner. The health of the practitioner may be a factor in the review of a practitioner's abilities. But surely ongoing health problems of a practitioner would be a factor in any review of any individual's performance. Inability to perform one's duties for health reasons is not limited to those over 65.

b
What is evident then, is that the system for "special application" does not really allow the practitioner any leeway beyond showing that something "unique" may be offered to the Hospital. In my view, the violation of the rights thus cannot be justified by the appellants. The requirement of showing extra competence or other special qualities is too great. This higher standard is applied solely because the individual has reached 65. This Court has already admonished the use of convenience in administrative procedures as a possible justification for the breach of rights: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 218-19, *per* Wilson J. It seems self-evident that the retirement Regulation and policy set an arbitrary and easy mark for the end of a career—one's 65th birthday. The combination of these factors leads me to the conclusion that the mark is set too high for the practitioners affected: the rights have not been impaired "as little as possible", in my view.

g
h
There are acceptable alternatives to the procedures developed by the Board of Trustees, to encourage retirement. A recommended age for retirement could be established, and could be made at the point where it becomes clear that physical difficulties are prevalent, with exceptions made in the appropriate case. Reviews of competence could be semi-annual for those over, for example, 70 years of age. These measures among others can be implemented discretely and using a process upholding the dignity of the individual.

i
j
I would only add that the number of persons wishing to work beyond 70 or 75 will not be staggering. But there are people who can (and do) make significant contributions well beyond their

ration physique ni qu'elle a nécessairement des répercussions sur la compétence du médecin. La santé du médecin peut être un facteur à considérer dans l'examen de ses aptitudes. Mais assurément, les problèmes de santé permanents d'un médecin seraient un facteur pertinent à tout examen de rendement de tout individu. L'incapacité d'exécuter ses fonctions pour des raisons de santé n'est pas limitée aux personnes de plus de 65 ans.

Ce qui ressort clairement c'est que le système de la «demande spéciale» n'accorde pas vraiment de marge de manœuvre au médecin sinon celle d'établir qu'il a quelque chose d'«unique» à offrir à l'hôpital. À mon avis, les appellants ne peuvent donc justifier la violation des droits en cause. L'obligation d'établir une compétence supérieure ou d'autres qualités spéciales est trop exigeante. Cette norme supérieure n'est appliquée que parce que l'individu a atteint 65 ans. Notre Cour a déjà condamné l'utilisation de motifs de commodité administrative comme justification possible de la violation des droits: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 218 et 219 (le juge Wilson). Il semble évident que le règlement et la politique de retraite obligatoire établissent un seuil arbitraire et facile pour mettre fin à la carrière d'une personne—son 65^e anniversaire de naissance. La combinaison de ces facteurs m'amène à conclure que ce seuil est trop sévère pour les médecins visés: j'estime qu'on n'a pas porté atteinte «le moins possible» à leurs droits.

Il existe d'autres solutions de recharge acceptables aux règles formulées par le conseil d'administration pour favoriser la retraite. On pourrait recommander un âge de retraite et le fixer lorsqu'il devient clair que les problèmes physiques sont prédominants, sous réserve d'exceptions dans les cas appropriés. Par exemple, des examens de rendement pourraient être tenus deux fois par année pour les médecins âgés de plus de 70 ans. Ces mesures parmi d'autres pourraient être mises en œuvre discrètement et d'une façon qui ne porte pas atteinte à la dignité de la personne.

Je tiens seulement à ajouter que le nombre de personnes désirant travailler au-delà de 70 ou 75 ans ne sera pas considérable. Mais il existe des gens qui peuvent apporter (et qui apportent) une

65th birthday, whether it be in conducting an orchestra, running a private business or leading a country. These people should be afforded the opportunity to continue in their chosen fields. They should not suddenly be presumed to be no longer fit to perform. Finally, persons reaching these ages are usually well aware of their decreased physical capacities if they exist. Handled in a mature and respectful fashion, the retirement process can be a smooth and dignified transition both for the individual and for the institution in question.

I recognize the able submissions of counsel for the Hospital and the Board of Trustees, to the effect that there is an increasing number of practitioners and that the admitting privileges available to the hospital are not unlimited. The Hospital must be efficient and cohesive. But I cannot accept that this can justify the imposition of the measures in question. The bottom line is competence. I doubt anyone would argue that experienced practitioners have expertise which cannot be found in a textbook. And any practitioner who has not kept up with recent developments should and will be screened out in annual reviews. Younger practitioners have greater physical stamina in some cases, but the health of all practitioners is relevant to their ongoing competence. We are left with the bare imposition of a different and higher standard on those over 65. This method of impairing rights is too severe. In this case, the means used should have been more carefully tailored to impair the rights in a more appropriate manner.

I conclude then that Regulation 5.04 and the policy attached to it cannot be saved by s. 1 of the *Charter* and therefore is unconstitutional. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver

contribution importante bien au-delà de leur 65^e anniversaire de naissance, qu'il s'agisse de diriger un orchestre, d'exploiter une entreprise privée ou de diriger un pays. Ces personnes devraient se voir donner l'opportunité de pouvoir continuer à exercer dans le domaine de leur choix. On ne devrait pas subitement présumer qu'elles ne sont plus en mesure de le faire. Enfin, les personnes qui atteignent cet âge sont habituellement bien conscientes de la diminution de leurs capacités physiques, le cas échéant. Abordée d'une manière responsable et respectueuse, la retraite peut être un processus de transition paisible et digne tant pour l'individu que pour l'institution en question.

Je reconnaiss les arguments valables des procureurs de l'hôpital et du conseil d'administration, soit qu'il y a un nombre croissant de médecins et que les priviléges d'admission à l'hôpital ne sont pas illimités. L'hôpital doit être efficace et cohérent. Mais je ne peux accepter que cela justifie l'imposition des mesures en question. À la limite, c'est une question de compétence. Je pense que personne ne contesterait que les médecins chevronnés ont une expertise qui ne se trouve pas dans un manuel de médecine. Et tout médecin qui ne s'est pas tenu au courant des récents développements devrait être et sera repéré lors des examens annuels. Les médecins plus jeunes ont une plus grande vigueur physique dans certains cas, mais la santé de tous les médecins est pertinente à leur compétence permanente. Nous nous retrouvons donc avec l'imposition flagrante d'une norme différente et plus sévère pour les personnes de plus de 65 ans. Cette façon de porter atteinte aux droits est trop drastique. En l'espèce, les mesures utilisées auraient dû être adaptées de façon plus circonspecte et d'une manière plus appropriée lorsqu'il s'agit de porter atteinte aux droits d'un individu.

Je conclus donc que le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache ne sauraient être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* et sont donc inconstitutionnels. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver

General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—For the reasons which I gave in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I agree with the conclusions and reasons of Justice La Forest in respect of all issues except whether Regulation 5.04 is law within the meaning of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which I would prefer not to decide on the basis of an assumption that the Hospital is part of government.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—On this appeal I am in agreement with the reasons of Justice Wilson and her proposed disposition of the case. However, I must briefly explain the basis for my conclusion that s. 1 of the *Charter* could not save the Hospital's mandatory retirement regulations while it could quite properly be employed to maintain the universities' compulsory retirement regulations.

I agree with Justice La Forest that, for the reasons he expressed, the balancing exercise which

General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

Oui.

- ^a 2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, je partage les conclusions et les motifs du juge La Forest relativement à toutes les questions en litige à l'exception de celle de savoir si le règlement 5.04 est une loi au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que je préfère ne pas trancher sur le fondement de l'hypothèse que l'hôpital fait partie du gouvernement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY (dissident)—Dans ce pourvoi, je me range aux motifs du juge Wilson et à la façon dont elle statuerait en l'espèce. Cependant, je dois expliquer brièvement le fondement de ma conclusion que l'article premier de la *Charte* ne peut être invoqué pour justifier les règlements de l'hôpital sur la retraite obligatoire alors qu'il pouvait fort bien l'être pour justifier les règlements des universités sur la retraite obligatoire.

j Je suis d'accord avec le juge La Forest, pour les motifs qu'il a exposés, quand il dit que la juste

the Court must undertake in a consideration of the application of s. 1 to the universities' regulations should be sensitive and not mechanistic.

Certainly there are substantial differences between universities and hospitals. The universities justified their policies of mandatory retirement on the basis that they were intended to enhance their capacity to seek and maintain excellence by permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal and to preserve academic freedom and the collegial form of association by minimizing distinctive modes of performance evaluation.

The importance of these objects was recognized by La Forest J. in this way, at pp. 286-87 [*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229]:

Academic freedom and excellence is essential to our continuance as a lively democracy. Faculty renewal is required if universities are to stay on the cutting edge of research and knowledge. Far from being wholly detrimental to the group affected, mandatory retirement contributes significantly to an enriched working life for its members. It ensures that faculty members have a large measure of academic freedom with a minimum of supervision and performance review throughout their period at university. They need not be unduly concerned with a "bad year" or a few bad years, or that their productive capacity may decline with the passing years. Security of employment is well protected for a substantial number of years and they are spared demeaning tests that would otherwise have to be employed. That is not to say, and there can be no doubt, that mandatory retirement can be a source of considerable anguish for those who do not wish to retire. But the "bargain" involved in taking a tenured position has clear compensatory features even for the individual affected, and it is noteworthy that it is the bargain sought by faculty associations and indeed by labour unions in many other sectors of our society.

Against the detriment to those affected must be weighed the benefit of the universities' policies to society generally and the individuals who compose it. It must be remembered as well that, in a closed system with limited resources like universities, there is a significant correlation between those who retire and those who may be

appréciation à laquelle doit se livrer la Cour dans l'examen de l'application de l'article premier aux règlements des universités doit être adaptée aux circonstances et non mécanique.

^a Il y a évidemment des différences importantes entre les universités et les hôpitaux. Les universités justifient leurs politiques de retraite obligatoire en affirmant qu'elles visent à favoriser leur aptitude à promouvoir l'excellence en faisant preuve de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du personnel, et à préserver la liberté académique et la collégialité en restreignant les modes distincts d'évaluation du rendement.

^b Le juge La Forest a reconnu l'importance de ces objectifs lorsqu'il a affirmé aux pp. 286 et 287 [*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229]:

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

^d Au préjudice que subissent les personnes visées, il faut opposer le bénéfice des politiques universitaires que tirent la société en général et les individus qui la composent. Il faut également se rappeler que dans un système fermé ayant des ressources limitées comme les universités, il existe une corrélation significative entre ceux qui

hired. Thus the young must be deprived of the opportunities to contribute to society through work in the universities as part of the cost of retaining those currently employed on an indefinite basis.

These factors were in large part responsible for determining that the compulsory retirement regulations of the universities met all the requirements of s. 1 of the *Charter*. They do not have the same significance in the case of hospitals. Doctors with admitting or operating privileges have no security of tenure. It follows that tenure can hardly be said to be the essential part or indeed any part of the bargain struck between the doctor and the hospital. It is not without significance that in the university setting the Faculty Association supported the mandatory retirement policy, whereas there was no such support by the Medical Association for the Hospital's policy.

At the Hospital the doctor's level of skill is tested at least annually. There was a system in place for testing doctors before the mandatory retirement policy came into effect. There is still a testing procedure in effect whereby doctors are reviewed or tested once a year. That review system is sufficient in itself to demonstrate that the s. 1 requirements cannot be met by the Hospital. A continuous testing of the skills of doctors throughout their years of association with a hospital is essential for the successful operation of the Hospital. The testing takes place without regard to age. In the hospital setting the essential testing of doctors cannot adversely affect any collegiality that may exist. Indeed, collegiality does not appear to be an essential factor in the operation of a hospital as it is for a university. Nor can the testing be said to impair in any way security of tenure at the hospital. Clearly, tenure must be dependent upon the doctor's demonstrating a satisfactory level of skill in order to continue to work at the Hospital.

It can thus be seen that the factors which operated to bring the university retirement policy

prennent leur retraite et ceux qui peuvent être embauchés. Il faut donc notamment priver les jeunes de la chance de contribuer à la société par leur travail dans les universités, pour garder indéfiniment ceux qui s'y trouvent actuellement.

Ces facteurs ont en grande partie servi à déterminer que les règlements des universités sur la retraite obligatoire satisfaisaient aux exigences de l'article premier de la *Charte*. Ils n'ont pas la même importance dans le cas des hôpitaux. Les médecins qui détiennent des priviléges d'admission ou de chirurgie n'ont aucune sécurité d'emploi. Il s'ensuit qu'on peut difficilement affirmer que la permanence est une partie essentielle ou même une partie du marché conclu entre le médecin et l'hôpital. Il est important de signaler que, dans le milieu universitaire, l'association des professeurs était en faveur de la politique de retraite obligatoire alors que dans le milieu hospitalier, l'association des médecins ne l'était pas.

Dans le milieu hospitalier, le niveau de compétence des médecins est évalué au moins une fois par année. Il y avait un système d'évaluation des médecins avant que la politique de retraite obligatoire entre en vigueur. Il existe toujours une procédure d'évaluation en vertu de laquelle la compétence des médecins est appréciée une fois par année. Ce système d'évaluation est en soi suffisant pour démontrer que les hôpitaux ne peuvent satisfaire aux exigences de l'article premier. Un examen permanent des compétences des médecins au cours des années où ils sont associés à un hôpital est essentiel pour le fonctionnement efficace de celui-ci. L'appréciation a lieu sans égard à l'âge. Dans le milieu hospitalier, l'appréciation essentielle des compétences des médecins ne peut avoir un effet préjudiciable sur la collégialité qui peut exister. D'ailleurs, la collégialité ne semble pas être un facteur essentiel dans le fonctionnement d'un hôpital comme elle l'est dans une université. On ne peut non plus affirmer que l'appréciation porte atteinte à la sécurité d'emploi à l'hôpital. Il est clair que cette sécurité doit dépendre de la preuve faite par le médecin d'un niveau satisfaisant de compétences.

On peut donc constater que les facteurs qui ont contribué à justifier la politique de retraite dans

within the scope of s. 1 of the *Charter* are not applicable to the Hospital. There would seem to be no valid reason why continued testing could not serve to ensure that the doctors over 65 years of age possessed a satisfactory degree of skill.

Appeal allowed and the plaintiffs' action dismissed with costs, WILSON, L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Jordan & Gall, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

les universités selon l'article premier de la Charte ne s'appliquent pas aux hôpitaux. Il semble donc n'y avoir aucune raison valable pour que l'évaluation permanente ne puisse servir à établir que les ^a médecins de plus de 65 ans possèdent un niveau de compétence satisfaisant.

Pourvoi accueilli et action des demandeurs rejetée avec dépens, les juges WILSON, L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.

Procureurs des appellants: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés: Jordan & Gall, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

^e *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du procureur général, Victoria.*