

Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Newfoundland as represented by the Treasury Board and the Minister of Justice *Respondent*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Canadian Association for Community Living, Canadian Hearing Society, Council of Canadians with Disabilities, Hospital Employees' Union, British Columbia Government and Service Employees' Union, Health Sciences Association, Women's Legal Education and Action Fund, and Canadian Labour Congress *Interveners*

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND (TREASURY BOARD) v. N.A.P.E.

Neutral citation: 2004 SCC 66.

File No.: 29597.

2004: May 12; 2004: October 28.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Gender discrimination — Pay equity — Pay equity agreement signed in favour of female employees in health care sector — Whether s. 9 of Public Sector Restraint Act deferring commencement of wage adjustment payments infringes right to equality — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights

Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve, représentée par le Conseil du Trésor et le ministre de la Justice *Intimée*

et

Procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Société canadienne de l'ouïe, Conseil des Canadiens avec déficiences, Syndicat des employés d'hôpitaux, Syndicat des fonctionnaires provinciaux et de service de la Colombie-Britannique, Association des sciences de la santé, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, et Congrès du travail du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : TERRE-NEUVE (CONSEIL DU TRÉSOR) c. N.A.P.E.

Référence neutre : 2004 CSC 66.

N° du greffe : 29597.

2004 : 12 mai; 2004 : 28 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur le sexe — Équité salariale — Entente accordant l'équité salariale aux employés du secteur des soins de santé — L'article 9 de la Public Sector Restraint Act, qui reporte les réajustements salariaux, porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte

and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, c. 3, s. 9.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Oakes test — Separation of powers — Whether explicit recognition of separation of powers doctrine should be added to Oakes test — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.

In 1988, the government of Newfoundland and Labrador signed a Pay Equity Agreement in favour of female employees in the health care sector including those represented in collective bargaining by the appellant union. In 1991, the same government introduced the *Public Sector Restraint Act*, which deferred from 1988 to 1991 the commencement of the promised pay equity increase (s. 9) and extinguished the 1988-91 arrears. The effect of s. 9 was to erase an obligation the Province had for approximately \$24 million. The justification was that the government was experiencing a financial crisis unprecedented in the Province's history. The government adopted other severe measures to reduce the Province's deficit, including a freeze on wage scales for public sector employees, a closure of hospital beds, and a freeze on per capita student grants and equalization grants to school boards. It also laid off almost two thousand employees and terminated medicare coverage for certain items. Grievances were filed on behalf of some female employees affected by the cut to pay equity. The Arbitration Board ordered the government to comply with the original terms of the Pay Equity Agreement, holding that s. 9 of the Act infringed s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the infringement could not be saved under s. 1. On judicial review, the motions judge quashed the Board's decision and dismissed the grievances. He agreed that s. 9 infringed s. 15(1) but found the infringement justifiable under s. 1. The Court of Appeal upheld the motions judge's decision. In so doing, one appeal judge suggested that explicit recognition of the separation of powers doctrine should be added to the s. 1 test.

Held: The appeal should be dismissed. Section 9 of the *Public Sector Restraint Act* is constitutional.

When the provincial government signed the Pay Equity Agreement in 1988, it changed the legal landscape

canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, ch. 3, art. 9.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Critère de l'arrêt Oakes — Séparation des pouvoirs — Y a-t-il lieu d'ajouter la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs au critère de l'arrêt Oakes? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

En 1988, le gouvernement de Terre-Neuve-et-Labrador a signé une entente accordant l'équité salariale aux employées du secteur des soins de santé, y compris celles que le syndicat appelant représente dans le cadre des négociations collectives. En 1991, le même gouvernement a déposé la *Public Sector Restraint Act*, qui reportait de 1988 à 1991 l'augmentation promise au titre de l'équité salariale (art. 9) et annulait les arriérés pour les années 1988 à 1991. L'article 9 avait pour effet d'effacer l'obligation d'environ 24 millions de dollars que la province avait alors. Le gouvernement a justifié cette mesure par le fait qu'il traversait une crise financière sans précédent dans l'histoire de la province. Le gouvernement a adopté d'autres mesures draconiennes destinées à réduire le déficit de la province, dont le gel des échelles salariales des employés du secteur public, la fermeture de lits d'hôpitaux et le gel des prêts et bourses d'études *per capita* et des subventions de péréquation destinées aux conseils scolaires. Il a également mis à pied presque deux mille employés et mis fin à l'application du régime d'assurance-maladie à certains services. Des griefs ont été déposés au nom de certaines employées touchées par la réduction des dépenses au titre de l'équité salariale. Le conseil d'arbitrage a ordonné au gouvernement de respecter les conditions initiales de l'entente sur l'équité salariale, en concluant que l'art. 9 de la Loi violait le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette violation ne pouvait pas être sauvegardée par application de l'article premier. Lors du contrôle judiciaire, le juge des requêtes a annulé la décision du conseil d'arbitrage et rejeté les griefs. Il a reconnu que l'art. 9 de la Loi violait le par. 15(1), mais il a estimé que cette violation était justifiable au sens de l'article premier. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge des requêtes. Ce faisant, l'un des juges d'appel a proposé que la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs soit ajoutée au critère relatif à l'article premier.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. L'article 9 de la *Public Sector Restraint Act* est constitutionnel.

Le gouvernement provincial a signé, en 1988, une entente sur l'équité salariale qui a changé le paysage

by creating enforceable contractual rights to end pay discrimination by a procedure contractually binding on all of the parties. This process converted pay equity from a policy argument into an existing legal obligation for the benefit of the female hospital workers. The purpose of the *Public Sector Restraint Act* was to reduce the women's pay below this contractual entitlement and its intended effect was to continue to pay women less than was paid to men for work of equal value. Passage of the Act on April 18, 1991 put women hospital workers in a worse position than they were on April 17, 1991.

The contextual factors listed in *Law* lead to the conclusion that the targeting of an acquired right to pay equity amounted to discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. First, a pre-existing disadvantage is shown since "women's jobs" are chronically underpaid and the Act perpetuated and reinforced the idea that women could be paid less for no reason other than the fact that they were women. Second, the postponement of pay equity did not correspond to the actual needs, capacity or circumstances of the claimants. Indeed, it did just the opposite. Third, the Act did not have an ameliorative purpose in relation to the workforce. Fourth, since work is an important part of life, the interest affected by the Act was of great importance. In sum, s. 9 of the Act affirmed a policy of gender discrimination which the provincial government had itself denounced three years previously.

Section 9 of the *Public Sector Restraint Act* is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The need to address the fiscal crisis was a pressing and substantial legislative objective in the spring of 1991. The crisis was severe. The cost of putting pay equity into effect according to the original timetable was a major expenditure. A lower credit rating, and its impact on the government's ability to borrow, and the added cost of borrowing to finance the provincial debt, were matters of great importance. Moreover, the government was debating not just rights versus dollars, but rights versus hospital beds, layoffs, jobs, education and social welfare.

Courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints. To do otherwise

juridique en créant des droits contractuels exécutoires destinés à mettre fin à la discrimination salariale au moyen d'un processus contractuel liant toutes les parties. Ce processus a fait de l'équité salariale, argument de politique générale, une obligation juridique réelle profitant aux employées d'hôpitaux. La *Public Sector Restraint Act* avait pour but de réduire le salaire auquel les femmes avaient droit en vertu de leur contrat de travail et l'effet recherché était de continuer à leur verser un salaire inférieur à celui des hommes exerçant des fonctions équivalentes. L'adoption de la Loi, le 18 avril 1991, a fait en sorte que les employées d'hôpitaux se sont retrouvées dans une situation pire que celle dans laquelle elles étaient le 17 avril 1991.

Les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law* amènent à conclure que cibler un droit acquis à l'équité salariale constitue de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Premièrement, il y a désavantage préexistant étant donné que les « emplois occupés par des femmes » sont chroniquement sous-payés et que la Loi perpétuait et renforçait l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes. Deuxièmement, le report de l'équité salariale ne correspondait donc pas aux besoins, aux capacités ou à la situation propres aux demanderesse. En fait, c'était plutôt le contraire. Troisièmement, la Loi n'avait aucun objet d'amélioration en ce qui concernait la population active. Quatrièmement, étant donné que le travail est un aspect important de la vie, le droit touché par la Loi revêtait une grande importance. Somme toute, l'art. 9 de la Loi confirmait une politique de discrimination fondée sur le sexe que le gouvernement provincial avait lui-même dénoncée trois ans auparavant.

L'article 9 de la *Public Sector Restraint Act* est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. La nécessité de remédier à la crise financière était un objectif législatif urgent et réel au printemps de 1991. La crise était grave. Les coûts nécessaires pour réaliser l'équité salariale selon l'échéancier initial représentaient une dépense importante. La baisse de la cote de crédit et son incidence sur la capacité d'emprunt du gouvernement ainsi que les coûts supplémentaires liés aux emprunts nécessaires pour financer la dette de la province étaient des questions très importantes. En outre, le gouvernement ne discutait pas seulement de droits par opposition à des dollars, mais également de droits par opposition à des lits d'hôpitaux, à des mises à pied, à des emplois, à l'éducation et à l'aide sociale.

Les tribunaux continueront de faire montre d'un grand scepticisme à l'égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits

would devalue the *Charter* because there are always budgetary constraints and there are always other pressing government priorities. Nevertheless, the courts cannot close their eyes to the periodic occurrence of financial emergencies when measures must be taken to juggle priorities to see a government through the crisis.

The government's response to its fiscal crisis was also proportional to its objective. First, as the pay equity payout represented a significant portion of the budget, its postponement was rationally connected to averting a serious financial crisis. Second, the government's response was tailored to minimally impair rights in the context of the problem it confronted. Despite the scale of the fiscal crisis, the government proceeded to implement the pay equity plan, albeit at a slower pace. In addition, the government initiated a consultation process with the union to find alternative measures. There were broad cuts to jobs and services. The exceptional financial crisis called for an exceptional response. In such cases, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre. Third, on a balance of probabilities the detrimental impact of a delay in achieving pay equity did not outweigh the importance of preserving the fiscal health of a provincial government through a temporary but serious financial crisis. The seriousness of the crisis, combined with the relative size of the \$24 million required to bring pay equity in line with the original schedule, are the compelling factors in that respect. The fiscal measures adopted by the government did more good than harm, despite the adverse effects on the women hospital workers.

While the separation of powers is a defining feature of our constitutional order, it cannot be invoked to undermine the operation of a specific written provision of the Constitution like s. 1 of the *Charter*. Section 1 itself reflects an important aspect of the separation of powers by defining certain express limits on legislative sovereignty. Judicial review of governmental action long predates the adoption of the *Charter*. Since Confederation, courts have been required by the Constitution to ensure that legislatures comply with the division of legislative powers. The *Charter* has placed new limits on government power in the area of human rights, but judicial review of those limits involves the courts in the same role in relation to the separation of powers as they have occupied from the

garantis par la *Charte*. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la *Charte* étant donné qu'il y a toujours des restrictions budgétaires et que le gouvernement a toujours d'autres priorités urgentes. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités.

La réaction du gouvernement à la crise financière qu'il traversait était proportionnelle à son objectif. Premièrement, comme les versements au titre de l'équité salariale représentaient une partie importante du budget, il existait un lien rationnel entre leur report et la possibilité d'éviter une crise financière grave. Deuxièmement, les mesures prises par le gouvernement afin de régler le problème auquel il faisait face étaient conçues de manière à ne porter qu'une atteinte minimale à des droits. Malgré l'ampleur de la crise financière, le gouvernement a mis en œuvre le programme d'équité salariale, mais à un rythme plus lent. En outre, le gouvernement a entrepris de consulter le syndicat afin de trouver d'autres mesures possibles. Les emplois et les services ont subi des réductions majeures. La crise financière qui était exceptionnelle commandait des mesures exceptionnelles. En pareils cas, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable. Troisièmement, selon la prépondérance des probabilités, l'effet préjudiciable d'un report de la réalisation de l'équité salariale ne l'emportait pas sur l'importance de préserver la santé financière d'un gouvernement provincial aux prises avec une crise financière temporaire mais grave. Les facteurs déterminants à cet égard sont la gravité de cette crise, conjuguée à l'importance relative de la somme de 24 millions de dollars requise pour réaliser l'équité salariale conformément à l'échéancier initial. Les mesures financières prises par la province ont été plus bénéfiques que pernicieuses malgré les effets préjudiciables qu'elles ont eus sur les employées d'hôpitaux.

Bien qu'elle soit l'une des caractéristiques déterminantes de notre régime constitutionnel, la séparation des pouvoirs ne peut pas être invoquée pour nuire à l'application d'une disposition écrite particulière de la Constitution comme l'article premier de la *Charte*. L'article premier lui-même manifeste un aspect important de la séparation des pouvoirs en définissant certaines limites explicites de la souveraineté législative. Le contrôle judiciaire des mesures gouvernementales remonte à une époque bien antérieure à l'adoption de la *Charte*. Depuis la Confédération, les tribunaux sont tenus par la Constitution de s'assurer que le Parlement et les législatures respectent le partage des pouvoirs législatifs. La *Charte* a assujéti à de nouvelles limites

beginning, that of the constitutionally mandated referee. It is not the courts which limit the legislatures. It is the Constitution.

The doctrine of separation of powers is an important concern, but the *Oakes* test, which is itself based on the text of s. 1, provides the proper framework in which to consider what the doctrine requires in situations where legislative action is alleged to come into conflict with entrenched constitutional rights. The suggestions that the onus be transferred to an applicant to show that the exercise of the claimed *Charter* right is reasonable, that the Court exempt legislation embodying “policy initiatives” from *Charter* review, and that the Court decline to consider what, if any, less infringing measures were available to the legislature to achieve its policy objectives, must all be rejected.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Ferrel v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *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.

le pouvoir du gouvernement dans le domaine des droits de la personne, mais le contrôle judiciaire de ces limites amène les tribunaux à jouer, à l'égard de la séparation des pouvoirs, le même rôle qu'ils ont joué dès le début, c'est-à-dire celui d'arbitre mandaté par la Constitution. Ce ne sont pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution.

La séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel important, mais le critère de l'arrêt *Oakes*, qui repose lui-même sur le texte de l'article premier, fournit déjà le cadre approprié pour l'examen des exigences du principe de la séparation des pouvoirs dans des situations où on allègue qu'une mesure législative est incompatible avec des droits consacrés par la Constitution. Il y a lieu de rejeter au complet les propositions voulant qu'il appartienne plutôt au demandeur de prouver que l'exercice du droit garanti par la *Charte* invoqué est raisonnable, que la Cour soustraie à tout examen fondé sur la *Charte* les mesures législatives qui comportent des « stratégies » et que la Cour refuse de se demander quelles étaient, le cas échéant, les mesures moins attentatoires dont le législateur disposait pour réaliser ses objectifs de politique générale.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Ferrel c. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713;

927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1).
Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, c. 3 [rep. & sub. 1992, c. P-41.1], ss. 5, 9.

Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "Employment Equity" (1987), 16 *Man. L.J.* 185.
Morgan, Edmund M. "Judicial Notice" (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
Newfoundland. House of Assembly. Preliminary Report (*Hansard*), 41st General Assembly, 3rd Sess., vol. XLI, No. 11, March 19, 1991.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 220 Nfld. & P.E.I.R. 1, 657 A.P.R. 1, 103 C.R.R. (2d) 1, 2003 CLLC ¶230-019, [2002] N.J. No. 324 (QL), 2002 NLCA 72, affirming a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1, 500 A.P.R. 1, 51 C.R.R. (2d) 323, [1998] N.J. No. 96 (QL). Appeal dismissed.

Sheila H. Greene and Paula M. Schumph, for the appellant.

Donald H. Burrage, Q.C., and *Justin S. C. Mellor*, for the respondent.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Gaétan Migneault*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

George H. Copley, Q.C., and *Neena Sharma*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

William Holder and Lesli Bisgould, for the interveners the Canadian Association for Community

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1).
Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, ch. 3 [abr. & rempl. 1992, ch. P-41.1], art. 5, 9.

Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. « Employment Equity » (1987), 16 *Man. L.J.* 185.
Morgan, Edmund M. « Judicial Notice » (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
Terre-Neuve. House of Assembly. Preliminary Report (*Hansard*), 41st General Assembly, 3rd Sess., vol. XLI, No. 11, March 19, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 220 Nfld. & P.E.I.R. 1, 657 A.P.R. 1, 103 C.R.R. (2d) 1, 2003 CLLC ¶230-019, [2002] N.J. No. 324 (QL), 2002 NLCA 72, confirmant une décision de la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1, 500 A.P.R. 1, 51 C.R.R. (2d) 323, [1998] N.J. No. 96 (QL). Pourvoi rejeté.

Sheila H. Greene et Paula M. Schumph, pour l'appelante.

Donald H. Burrage, c.r., et *Justin S. C. Mellor*, pour l'intimée.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Gaétan Migneault*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

George H. Copley, c.r., et *Neena Sharma*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

William Holder et Lesli Bisgould, pour les intervenants l'Association canadienne pour l'intégration

Living, the Canadian Hearing Society, and the Council of Canadians with Disabilities.

Joseph J. Arvay, Q.C., and Catherine J. Parker, for the interveners the Hospital Employees' Union, the British Columbia Government and Service Employees' Union, and the Health Sciences Association.

Karen Schucher and Fiona Sampson, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Mary Cornish and Fay C. Faraday, for the intervener the Canadian Labour Congress.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In this appeal, the Court is required to consider what sort of government fiscal crisis is sufficient (if any) to justify limiting a right or freedom guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant union says cost considerations can never amount to such a justification. Therefore, scheduled progress towards pay equity should not have been sacrificed as it was in the Province's fiscal crisis that arose in the spring of 1991. The respondent government replies that the Court should not second-guess budgetary allocations made by the House of Assembly in the severe and unanticipated financial emergency occurring at that time. Marshall J.A. of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador was not only persuaded by the government's position on the facts but went on to argue that the jurisprudence under s. 1 of the *Charter* should be rewritten to explicitly require compliance with the doctrine of the separation of powers at every step of the way. Thus rewritten, he concluded, the even greater measure of judicial deference to legislative and executive choices that he advocates would allow the law at issue in this case to be justified.

In my view, the separation of powers has been a preoccupation of the s. 1 jurisprudence in general,

communautaire, la Société canadienne de l'ouïe et le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Joseph J. Arvay, c.r., et Catherine J. Parker, pour les intervenants le Syndicat des employés d'hôpitaux, le Syndicat des fonctionnaires provinciaux et de service de la Colombie-Britannique et l'Association des sciences de la santé.

Karen Schucher et Fiona Sampson, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Mary Cornish et Fay C. Faraday, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — La Cour est appelée à examiner, en l'espèce, quel genre de crise financière gouvernementale suffit (s'il y a lieu) pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le syndicat appelant affirme que des considérations financières ne sauraient en aucun cas justifier une telle restriction. Par conséquent, les mesures prévues pour atteindre l'équité salariale n'auraient pas dû être sacrifiées comme elles l'ont été lorsque la province a connu une crise financière au printemps de 1991. Le gouvernement intimé répond que la Cour ne doit pas remettre en question les crédits budgétaires votés par l'Assemblée législative lors de cette grave crise financière inattendue. Le juge Marshall de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador s'est non seulement laissé convaincre par le point de vue gouvernemental relatif aux faits, mais il a ajouté que la jurisprudence concernant l'article premier de la *Charte* devrait être réécrite de manière à prescrire explicitement le respect du principe de la séparation des pouvoirs à chacune des étapes du processus. Il a conclu que si la jurisprudence était ainsi réécrite, la déférence judiciaire encore plus grande qu'il préconise à l'égard des choix des pouvoirs législatif et exécutif permettrait de justifier la loi en cause dans la présente affaire.

À mon avis, la séparation des pouvoirs est généralement une préoccupation dans la jurisprudence

and it was a pivotal concern in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, in particular, as will be discussed. I do not agree with Marshall J.A., with respect, that the present s. 1 jurisprudence fails to reflect the words of s. 1. Accordingly, while I agree in the result with Marshall J.A., I reach that conclusion by a more orthodox route.

3

On June 24, 1988, the provincial government signed a Pay Equity Agreement in favour of female employees in the health care sector including those represented in collective bargaining by the appellant. Less than three years later, before any money had actually flowed to the intended recipients, the same government introduced legislation to defer the commencement of the promised increase for three years until 1991. The justification was that the government's budgetary deficit had unexpectedly ballooned to the point where the provincial credit rating on international money markets was at risk. The House of Assembly enacted the bill retroactive to March 31, 1991 as the *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3 (the "Act"), continued by S.N.L. 1992, c. P-41.1. The appellant union contends that the Act singled out female hospital workers for budget cuts that amounted to discriminatory treatment contrary to s. 15(1) of the *Charter*. The courts in Newfoundland agreed that the effects of the Act were discriminatory, but that in light of the fiscal crisis then confronting the provincial government, the measure could be justified under s. 1 of the *Charter*. As stated, I agree with that conclusion and would dismiss the appeal.

I. Facts

4

The collective agreements that had been in force between the government and the public sector unions for a number of years included a prohibition against discrimination on the ground of sex (art. 4.01). Despite this provision, the parties had

relative à l'article premier et a notamment joué un rôle décisif dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, comme nous le verrons plus loin. En toute déférence, je ne partage pas l'avis du juge Marshall que la jurisprudence actuelle de notre Cour portant sur l'article premier ne reflète pas le libellé de cet article. Par conséquent, bien que je souscrive, en définitive, à la conclusion du juge Marshall, je parviens à ce résultat d'une manière plus orthodoxe.

Le 24 juin 1988, le gouvernement provincial a signé une entente accordant l'équité salariale aux employées du secteur des soins de santé, y compris celles que l'appelant représente dans le cadre des négociations collectives. Moins de trois ans plus tard, alors que les employées en question n'avaient pas encore touché l'augmentation qui leur avait été promise, le même gouvernement a déposé un projet de loi visant à reporter cette augmentation de trois ans, c'est-à-dire jusqu'en 1991. Le gouvernement a justifié cette mesure par le fait que son déficit budgétaire avait, contre toute attente, augmenté au point de compromettre la cote de crédit de la province sur les marchés financiers internationaux. L'Assemblée législative a adopté, avec effet rétroactif au 31 mars 1991, la *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3 (la « Loi »), qui correspond maintenant à S.N.L. 1992, ch. P-41.1. Le syndicat appelant fait valoir que la Loi a assujéti les employées d'hôpitaux à des compressions budgétaires constituant un traitement discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Les tribunaux de Terre-Neuve ont convenu que la Loi avait des effets discriminatoires, mais qu'étant donné la crise financière à laquelle faisait alors face le gouvernement provincial, cette mesure était justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai déjà dit, je souscris à cette conclusion et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

Les conventions collectives qui, depuis un certain nombre d'années, liaient le gouvernement et les syndicats du secteur public interdisaient notamment la discrimination fondée sur le sexe (art. 4.01). Cette interdiction n'avait pas empêché

negotiated collective agreements from year to year which, they eventually acknowledged, paid female-dominated work classifications less than was paid to male-dominated classifications for work of equal value. There had been in existence, the government agreed on June 24, 1988, systemic discrimination. The resulting Pay Equity Agreement between the government and the major public sector unions, including the appellant, did not itself achieve pay equity, but laid out a process and methodology for its implementation. The intention was to begin the pay equity process in the hospital sector and in Newfoundland Hydro, but eventually to “bring in pay equity in all segments” of the provincial public service (Newfoundland Preliminary Report (*Hansard*), Vol. XLI, No. 11, March 19, 1991, at p. 363).

Under the scheme of the Pay Equity Agreement, the first wage adjustment was to be made effective April 1, 1988, and thereafter the adjustments would come in increments over a period of four years at a rate per year not exceeding 1 percent of the 1987 payroll for each job “grouping” as defined therein. The full balance to achieve pay equity was to be paid out in the fifth year, on April 1, 1992. The agreement established a Pay Equity Steering Committee for the hospital sector with a membership that included equal representation from the unions and government.

The complex task of evaluating work of equal value across different job classifications, and working out the wage adjustments necessary to achieve equity, took longer than anticipated. Eventually, on March 20, 1991, the financial analysis was complete. The government estimated the immediate cost at that date of implementation of the initial stages of pay equity in the health care sector at \$24 million.

les parties de négocier, au fil des ans, des conventions collectives qui, ont-elles fini par reconnaître, prévoyaient dans le cas des catégories d’emplois à prédominance féminine des salaires inférieurs à ceux versés, pour des fonctions équivalentes, aux membres des catégories d’emplois à prédominance masculine. Le 24 juin 1988, le gouvernement a reconnu l’existence d’une discrimination systémique. L’entente sur l’équité salariale qui a résulté entre le gouvernement et les principaux syndicats du secteur public, dont l’appelant, n’a pas en soi réalisé l’équité salariale, mais a établi un processus et une méthode destinés à en assurer la réalisation. L’idée était d’enclencher le processus d’équité salariale dans le secteur hospitalier et au sein de Newfoundland Hydro et, finalement, [TRADUCTION] « de réaliser l’équité salariale dans tous les secteurs » de la fonction publique provinciale (Newfoundland Preliminary Report (*Hansard*), vol. XLI, n° 11, 19 mars 1991, p. 363).

L’entente sur l’équité salariale prévoyait que le premier réajustement serait calculé à partir du 1^{er} avril 1988 et que, par la suite, les réajustements se traduiraient par des augmentations échelonnées sur quatre ans à un taux annuel n’excédant pas 1 pour 100 de la masse salariale de 1987 relative à chaque [TRADUCTION] « regroupement » d’emplois défini dans l’entente. Le reliquat des sommes nécessaires pour réaliser l’équité salariale serait versé au complet au cours de la cinquième année, soit le 1^{er} avril 1992. L’entente créait un comité directeur sur l’équité salariale dans le secteur hospitalier, qui serait composé d’un nombre égal de représentants des syndicats et du gouvernement.

La tâche complexe consistant à établir l’équivalence des fonctions dans les diverses catégories d’emplois et à calculer les réajustements salariaux nécessaires pour réaliser l’équité s’est révélée plus longue que prévu. L’analyse financière a finalement été complétée le 20 mars 1991. Le gouvernement a alors estimé à 24 millions de dollars le coût immédiat de la mise en œuvre des premières phases de l’équité salariale dans le secteur des soins de santé.

5

6

7

At the time these cost estimates were received, the provincial government was experiencing what the President of the Treasury Board said was a financial crisis unprecedented in the Province's history. Existing and projected budgetary deficits had risen to the point where the Province's credit rating in financial markets was seriously at risk. He told the House of Assembly:

For the first time in our history we are faced with the prospect of having a limitation on what we can borrow . . . We could not take the chance that our credit rating would drop one more notch.

We were facing a horrendous problem that had to be dealt with for the sake of the people of the Province.

(*Hansard, supra*, at pp. 359 and 361)

8

The House of Assembly responded on April 18, 1991 with passage of the *Public Sector Restraint Act*, that was made retroactive by about three weeks to the Province's fiscal year end, being March 31, 1991.

9

Section 5 of the Act purported to freeze the wage scales of *all* public sector employees, from cabinet ministers to hospital workers, for one year, later extended to March 31, 1993. (An exception was made for increases to individual wages on account of step progression within a job classification or reclassification.) Pay equity was in part exempted from the freeze. It would still be implemented but the first adjustment was delayed to March 31, 1991 instead of April 1, 1988. It was provided that nothing would be paid on account of the three-year period from April 1, 1988 through to March 31, 1991. The effect of the Act, according to the President of the Treasury Board, was that "it erases an obligation we had there of approximately \$24 million" (*Hansard, supra*, at pp. 362-3 (emphasis added)).

10

Eventually the government and the union (without prejudice to the union's position in this litiga-

Au moment où il a reçu ces estimations de coûts, le gouvernement provincial traversait ce que le président du Conseil du Trésor a qualifié de crise financière sans précédent dans l'histoire de la province. Les déficits budgétaires réels et prévus avaient augmenté au point de compromettre sérieusement la cote de crédit de la province sur les marchés financiers. Voici ce qu'il a affirmé devant l'Assemblée législative :

[TRADUCTION] Pour la première fois de notre histoire, il pourrait y avoir des limites à ce que nous pouvons emprunter [. . .]. Nous ne pouvions pas courir le risque de voir notre cote de crédit baisser davantage.

Nous étions aux prises avec un terrible problème qui devait être réglé dans l'intérêt de la population de la province.

(*Hansard, op. cit.*, p. 359 et 361)

L'Assemblée législative a réagi, le 18 avril 1991, par l'adoption de la *Public Sector Restraint Act* qui était rétroactive au 31 mars 1991, soit environ trois semaines avant la fin de l'année financière de la province.

L'article 5 de la Loi était censé geler les salaires de *tous* les salariés du secteur public — depuis les ministres du Cabinet jusqu'aux employés d'hôpitaux — pour une période d'un an qui a ensuite été prorogée jusqu'au 31 mars 1993. (Une exception était prévue pour les augmentations d'échelon salarial et celles résultant de la reclassification d'un emploi.) L'équité salariale était partiellement exemptée du gel. Elle devait encore être réalisée, mais le premier réajustement prévu pour le 1^{er} avril 1988 a été reporté au 31 mars 1991. Il était prévu qu'aucune somme ne serait versée pour la période de trois ans commençant le 1^{er} avril 1988 et se terminant le 31 mars 1991. Selon le président du Conseil du Trésor, la Loi avait pour effet [TRADUCTION] « d'efface[r] l'obligation d'environ 24 millions de dollars que nous avons alors » (*Hansard, op. cit.*, p. 362-363 (je souligne)).

En fin de compte, le gouvernement et le syndicat ont convenu (sans que cela nuise à la position du

tion) agreed that instead of the contemplated five-year payout the pay equity objective would be implemented by a series of adjustments not exceeding 2 percent of individual salaries each year until pay equity as between male and female employees was achieved.

In April 1991, grievances were filed on behalf of some affected employees in respect of matters including non-payment of the pay equity wage adjustments. The parties subsequently agreed to proceed only with the grievances concerning pay equity.

II. Relevant Legislation

Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, c. 3

9. (1) Notwithstanding the terms and conditions of a pay equity agreement contained in a collective agreement or added by agreement to an existing collective agreement, no pay equity agreement shall contain a provision which implements that pay equity agreement retroactively.

(2) Where there is a provision in a pay equity agreement which provides that the pay equity agreement shall be implemented retroactively, that provision is void.

(3) Notwithstanding the other provisions of this Act, a pay equity agreement may be negotiated or implemented, but the 1st pay equity wage adjustment date shall be the date on which the pay equity wage adjustment is agreed upon.

(4) This section applies whether the pay equity agreement is reached or the pay equity wage adjustment date is agreed upon before or after the date this Act comes into force.

(5) In this section “pay equity agreement” means an agreement between a public sector employer and a group of public sector employees to recognize the compensation practice which is based primarily on the relative value of the work performed, irrespective of the gender of employees, and includes a requirement that no employer shall establish or maintain a difference between compensation paid to male and female employees, employed by that employer, who are performing work of equal or comparable value.

syndicat dans le présent litige) qu’au lieu de procéder, comme prévu, à des versements échelonnés sur une période de cinq ans, l’objectif d’équité salariale serait réalisé au moyen d’une série de réajustements n’excédant pas 2 pour 100 des salaires individuels annuels, jusqu’à ce que l’équité salariale des travailleurs et des travailleuses soit atteinte.

En avril 1991, des griefs portant sur plusieurs questions, dont l’omission d’effectuer les réajustements au titre de l’équité salariale, ont été déposés au nom de certains salariés touchés par cette mesure. Les parties ont, par la suite, convenu de s’en tenir aux griefs relatifs à l’équité salariale.

II. Disposition législative pertinente

Public Sector Restraint Act, S.N. 1991, ch. 3

[TRADUCTION]

9. (1) Par dérogation aux modalités d’une entente sur l’équité salariale contenue dans une convention collective ou ajoutée, à la suite d’un accord, à une convention collective en vigueur, aucune entente sur l’équité salariale ne doit comporter une disposition prévoyant l’application rétroactive de l’entente.

(2) Toute disposition d’une entente sur l’équité salariale qui prévoit l’application rétroactive de l’entente est nulle et sans effet.

(3) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, une entente sur l’équité salariale peut être négociée ou mise à exécution, mais la date du premier réajustement au titre de l’équité salariale est celle convenue pour l’effectuer.

(4) Le présent article s’applique peu importe que l’entente sur l’équité salariale soit conclue ou que la date du paiement des réajustements au titre de l’équité salariale soit convenue avant ou après l’entrée en vigueur de la présente loi.

(5) Dans le présent article, « entente sur l’équité salariale » s’entend d’une entente dans laquelle un employeur du secteur public et un groupe de salariés du secteur public reconnaissent la pratique salariale qui est fondée principalement sur l’équivalence relative des fonctions exercées, indépendamment du sexe des salariés, et qui interdit notamment à l’employeur d’établir ou de maintenir la disparité salariale fondée sur le sexe de ses employés qui exercent des fonctions équivalentes ou comparables.

11

12

III. Judicial History

A. *Arbitration Board (D. L. Alcock, Chair; J. Sack, Q.C., and R. S. Noseworthy, Q.C., Members)*, April 4 and 14, 1997

13 The Board held that as the Pay Equity Agreement of June 24, 1988 had been incorporated into the relevant collective agreements, the Board had jurisdiction to deal with the grievances.

14 The effect of s. 9(1) of the *Public Sector Restraint Act* was to eliminate the “retroactive” benefit of three months between the date the Pay Equity Agreement was signed (June 24, 1988) and the beginning of fiscal year 1988-89 on April 1, 1988. More significantly, the Board noted the date of the initial adjustment (i.e., increase) would be delayed from April 1, 1988 to March 31, 1991, and the workers’ entitlement to arrears for the 1988-91 period was wiped out (or, as the President of the Treasury Board said, “erased”).

15 The Board was unanimous that the Act infringed s. 15(1) of the *Charter* because the “government knew that s. 9 would have an adverse economic impact on females who had been subjected to widely recognized gender discrimination” (p. 86). The government had undertaken, in the Pay Equity Agreement, to address what it had agreed was discrimination, and the House of Assembly could not, without infringing s. 15(1), nullify by legislation the agreed-upon remedial plan. The Board wrote, at p. 87:

By curtailing the adjustments required under the Pay Equity Agreement, s. 9 of the *Public Sector Restraint Act* disproportionately and adversely affected female employees working in the public sector by depriving them of the benefit of pay equity in comparison with employees in male-dominated job classifications who are paid in accordance with the value of their work.

16 As to the government’s attempt to justify the infringement of equality rights, the Board agreed that “the objective of the *Public Sector Restraint Act*

III. Les décisions antérieures

A. *Conseil d’arbitrage (le président D. L. Alcock et les membres J. Sack, c.r., et R. S. Noseworthy, c.r.)*, les 4 et 14 avril 1997

Le conseil d’arbitrage a jugé qu’il avait compétence pour examiner les griefs étant donné que l’entente sur l’équité salariale du 24 juin 1988 était incorporée dans les conventions collectives pertinentes.

Le paragraphe 9(1) de la *Public Sector Restraint Act* avait pour effet de supprimer la période de rétroactivité de trois mois comprise entre la date de la signature de l’entente sur l’équité salariale (24 juin 1988) et le début de l’année financière 1988-1989, le 1^{er} avril 1988. Qui plus est, le conseil d’arbitrage a souligné que le premier réajustement (c’est-à-dire l’augmentation) était reporté du 1^{er} avril 1988 au 31 mars 1991, et que le droit des employés à des arriérés pour la période de 1988 à 1991 était éliminé (ou « effacé », comme l’a dit le président du Conseil du Trésor).

Le conseil d’arbitrage a décidé à l’unanimité que la Loi violait le par. 15(1) de la *Charte* étant donné que le [TRADUCTION] « gouvernement savait que l’art. 9 aurait des répercussions économiques néfastes sur les femmes qui, de l’aveu général, étaient victimes de discrimination fondée sur le sexe » (p. 86). Dans l’entente sur l’équité salariale, le gouvernement avait entrepris de corriger ce qui, de son propre aveu, constituait de la discrimination, et l’Assemblée législative ne pouvait pas, sans violer le par. 15(1), annuler au moyen d’une loi le plan de redressement convenu. Le conseil d’arbitrage a écrit (p. 87) :

[TRADUCTION] En réduisant les réajustements prescrits par l’entente sur l’équité salariale, l’art. 9 de la *Public Sector Restraint Act* avait des répercussions néfastes et disproportionnées sur les salariées du secteur public en les privant de l’équité salariale avec les salariés des catégories d’emplois à prédominance masculine dont la rémunération est proportionnelle à la valeur de leur travail.

En ce qui concerne la tentative du gouvernement de justifier l’atteinte aux droits à l’égalité, le conseil d’arbitrage a reconnu que [TRADUCTION] « la *Public*

was to reduce an escalating deficit in circumstances where the financial health and well-being of the Province was at stake” (p. 96). The Board stated:

The money sought to be saved would result from the reduction of expected collective bargaining expenditures. Most would be saved by wage restraint. The remainder (some \$24 million in Mr. Baker’s estimation) would have to come from a group of women suffering systemic gender discrimination who were awaiting that amount of money as partial redress for that discrimination.

While pay restraint was rationally connected to solving the Province’s financial dilemma, a majority of the Board found that the *Public Sector Restraint Act* could not be saved under s. 1 because the government had failed to demonstrate it had examined less drastic or less unfair means of solving its fiscal problems such as unpaid leave, job sharing, early retirement or reduced employees pension contributions in respect of *all* public sector employees. The majority decision of the Arbitration Board therefore declared s. 9 of the *Public Sector Restraint Act* to be void and ordered the government to comply with the original terms of the Pay Equity Agreement.

The government nominee, Ronald S. Noseworthy, Q.C., in a partial dissent, agreed that the *Public Sector Restraint Act* infringed s. 15(1) of the *Charter* because it singled out female-dominated work classifications for adverse impact by denying them the 1988-91 pay equity adjustments. However, in his view the Act was legislation “of an emergency nature” and was saved under s. 1. It was rationally connected to the pressing and substantial objective of putting the Province’s finances in order. It also met the proportionality test. Other measures *could* have been taken but a “high degree of deference” is owed to the House of Assembly “when they are allocating scarce resources amongst competing groups” (p. 132). In his view, the *Public Sector Restraint Act* was valid

Sector Restraint Act avait pour but de réduire un déficit croissant dans des circonstances où la santé financière et le bien-être de la province étaient compromis » (p. 96). Il a dit :

[TRADUCTION] Les économies que l’on cherchait à réaliser proviendraient de la réduction des dépenses prévues en matière de négociation collective. Elles résulteraient, pour la plupart, de restrictions salariales. Le reste (estimé par M. Baker à environ 24 millions de dollars) devrait provenir d’un groupe de femmes victimes de discrimination systémique fondée sur le sexe qui attendaient cet argent à titre de réparation partielle de cette discrimination.

Le conseil d’arbitrage a conclu à la majorité que, malgré l’existence d’un lien rationnel entre les restrictions salariales et la solution du dilemme financier devant lequel se trouvait la province, la *Public Sector Restraint Act* ne pouvait pas être sauvegardée par application de l’article premier parce que le gouvernement n’avait pas démontré qu’il avait envisagé d’autres moyens moins draconiens ou moins injustes de régler ses problèmes financiers, comme les congés sans solde, le partage d’emploi, la retraite anticipée ou la réduction des cotisations aux régimes de retraite à l’égard de *tous* les salariés du secteur public. Les membres majoritaires du conseil d’arbitrage ont donc déclaré que l’art. 9 de la *Public Sector Restraint Act* était nul et sans effet et a ordonné au gouvernement de respecter les conditions initiales de l’entente sur l’équité salariale.

Le membre désigné par le gouvernement, Ronald S. Noseworthy, c.r., qui était en partie dissident, a reconnu que la *Public Sector Restraint Act* violait le par. 15(1) de la *Charte* du fait qu’elle avait des répercussions néfastes sur les membres de catégories d’emplois à prédominance féminine en les privant des réajustements au titre de l’équité salariale prévus pour les années 1988 à 1991. Il était toutefois d’avis que la Loi était une mesure législative [TRADUCTION] « d’urgence » qui était sauvegardée par application de l’article premier. Elle avait un lien rationnel avec l’objectif urgent et réel de rétablissement de l’ordre dans les finances de la province. Elle satisfaisait également au critère de proportionnalité. D’autres mesures *auraient pu* être prises, mais une « grande déférence » s’impose à l’égard de

17

18

legislation and the grievances should therefore be dismissed.

B. *Newfoundland Supreme Court, Trial Division* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1

19 On judicial review, Mercer J. agreed that s. 9 of the Act infringed s. 15(1) of the *Charter* because it “had an adverse economic impact upon a class of employees which Government had recognized as the victims of systemic gender discrimination” (para. 55). The impact was particularly significant for employees who retired, were injured on the job or received severance pay between April 1, 1988 and March 31, 1991, because they entirely lost the pay equity benefit to which they were entitled. “Section 9 therefore constituted the statutory basis for the continuance of gender discrimination past the date when Government was obliged to eliminate it” (para. 55).

20 With respect to s. 1 of the *Charter*, Mercer J. considered that in a period of severe fiscal restraint the objective of reducing expenditures was sufficiently important to justify a limitation on the s. 15(1) *Charter* right. Section 9 of the Act eliminated the payment of pay equity adjustments for the 1988-90 fiscal years. The necessary rational connection to the objective had therefore been established.

21 With respect to the proportionality of the legislative response, Mercer J. held that the courts should accord a measure of deference to the legislature when that body responds to social problems, including the resolution of competing rights between different sectors of society. The \$24 million saved by the deferral of the pay equity adjustments was part of a larger \$200 million fiscal problem. To address that problem the government had

l’Assemblée législative « lorsqu’elle répartit des ressources limitées entre des groupes d’intérêts opposés » (p. 132). Il a estimé que la *Public Sector Restraint Act* était une mesure législative valide et que les griefs devaient, par conséquent, être rejetés.

B. *Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 1

Lors du contrôle judiciaire, le juge Mercer a reconnu que l’art. 9 de la Loi violait le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’il [TRADUCTION] « avait des répercussions économiques néfastes sur une catégorie de salariés qui, de l’aveu même du gouvernement, étaient victimes de discrimination systémique fondée sur le sexe » (par. 55). Les répercussions étaient particulièrement importantes pour les salariées qui étaient retraitées, qui avaient subi des blessures au travail ou qui avaient touché une indemnité de départ entre le 1^{er} avril 1988 et le 31 mars 1991, parce qu’elles perdaient complètement les paiements auxquels elles avaient droit au titre de l’équité salariale. « L’article 9 constituait donc le fondement légal du maintien de la discrimination fondée sur le sexe après la date à laquelle le gouvernement était tenu de l’éliminer » (par. 55).

Quant à l’article premier de la *Charte*, le juge Mercer a estimé qu’en période de restrictions budgétaires majeures l’objectif de réduction des dépenses était suffisamment important pour justifier la restriction du droit garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. L’article 9 de la Loi supprimait les réajustements au titre de l’équité salariale pour les années financières 1988 à 1990. L’existence du lien rationnel nécessaire avec l’objectif visé était donc établie.

En ce qui concerne la proportionnalité de la réponse législative, le juge Mercer a conclu que les tribunaux devaient faire montre de déférence à l’égard du législateur lorsqu’il réagit à des problèmes sociaux, y compris lorsqu’il doit concilier les droits opposés de différents secteurs de la société. L’économie de 24 millions de dollars que permettait de réaliser le report des réajustements au titre de l’équité salariale était un élément

considered various alternatives such as borrowing, tax increases, budget freezes and reductions in government expenditures. The union had agreed from the outset that pay equity could properly be put into effect by incremental adjustments. The effect of the Act was to defer, not repudiate, implementation of the Pay Equity Agreement. In Mercer J.'s view the Act did not have a disproportionately severe effect upon the affected group of female hospital workers in relation to the broader benefits achieved by fiscal restraint for the Province as a whole.

Mercer J. therefore quashed the majority decision of the Board and dismissed the grievances.

C. *Newfoundland Court of Appeal* (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 2002 NLCA 72

Marshall J.A. agreed that s. 9 had a discriminatory effect, and concurred with the motions judge's conclusion that the Arbitration Board was correct in its unanimous holding that s. 9 of the *Public Sector Restraint Act* infringed equality rights guaranteed under s. 15(1) of the *Charter*. Although, in his view, the government was under no constitutional obligation to have addressed the problem of pay discrimination in the first place, once it did so it was not open to the government to revoke its commitment without infringing s. 15(1).

With respect to justification, Marshall J.A. held that s. 1 of the *Charter* must be "harmonized with the Separation of Powers Doctrine by foreclosing the potential for the judiciary to assume the role of final arbitrator of the correctness of policy initiatives within the purview of the political branches of government" (para. 351).

Since, in his view, the *Oakes* proportionality requirements courted a risk of putting the judiciary in the shoes of the other branches of government as ultimate arbitrator of which policy choices were in the best interests of the people of the province,

de solution d'un plus grand problème financier de 200 millions de dollars. Pour régler ce problème, le gouvernement avait envisagé diverses solutions, dont le recours à des emprunts, à des augmentations d'impôt, au gel budgétaire et à la réduction de ses dépenses. Le syndicat avait reconnu d'emblée que l'équité salariale pouvait être réalisée au moyen de réajustements échelonnés. La Loi avait pour effet de reporter, et non d'annuler, la mise en œuvre de l'entente sur l'équité salariale. Selon le juge Mercer, la Loi n'avait, sur le groupe touché des employées d'hôpitaux, aucune répercussion grave disproportionnée aux avantages généraux des restrictions budgétaires pour l'ensemble de la province.

Le juge Mercer a donc annulé la décision majoritaire du conseil d'arbitrage et rejeté les griefs.

C. *Cour d'appel de Terre-Neuve* (2002), 221 D.L.R. (4th) 513, 2002 NLCA 72

Le juge Marshall a reconnu que l'art. 9 était discriminatoire et a souscrit à la conclusion du juge des requêtes que le conseil d'arbitrage avait eu raison de décider à l'unanimité que l'art. 9 de la *Public Sector Restraint Act* portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la *Charte*. Il estimait toutefois que, même si le gouvernement n'avait, au départ, aucune obligation constitutionnelle de s'attaquer au problème de la discrimination salariale, une fois qu'il l'avait fait, il ne pouvait pas renier son engagement sans violer le par. 15(1).

Pour ce qui est de la justification, le juge Marshall a conclu que l'article premier de la *Charte* doit être [TRADUCTION] « harmonisé avec le principe de la séparation des pouvoirs en empêchant les tribunaux de jouer le rôle d'arbitre qui tranche de manière irrévocable la question de la justesse des stratégies relevant des organes politiques du gouvernement » (par. 351).

Étant donné que, selon lui, les exigences de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes* risquaient de faire des tribunaux, plutôt que des autres branches du gouvernement, l'arbitre qui décide de manière irrévocable quels choix de politique

22

23

24

25

Marshall J.A. suggested, at para. 365, that explicit recognition of the separation of powers doctrine should be added to the s. 1 test:

There is a need, then, to revisit those three gateways to proportionality [set out in *Oakes*], and if not to completely reframe them, at least to oil their hinges to assure they swing in harmony with the Separation of Powers.

26 In his view, the sheer magnitude of the severe financial situation presented by the prospect of burgeoning fiscal deficits in early 1991 demonstrated that the reduction and containment of fiscal deficits was an urgent, pressing and substantial objective. Fiscal restraint was rationally connected to that objective. A perusal of the “extended budgetary explanation” in *Hansard* provided ample support for the motion judge’s conclusion that the government had considered various alternatives such as borrowing, tax increases, budget freezes and reduction in government expenditures.

27 The fact that the impugned legislation delayed pay equity implementation rather than eliminating it showed that “reasonable effort” had been made to minimize the infringement. The deleterious effects of limiting constitutionally protected equality rights were outweighed by the pressing and substantial objective of containing and reducing the forecasted budgetary deficits.

28 “Swinging in harmony” with the separation of powers doctrine required judicial deference to the policy choices adopted by the elected representatives to address communal or societal needs.

IV. Constitutional Questions

29 On October 29, 2003, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 9 of the *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

générale sont dans le meilleur intérêt de la population de la province, le juge Marshall a proposé, au par. 365, que la reconnaissance explicite du principe de la séparation des pouvoirs soit ajoutée au critère relatif à l’article premier :

[TRADUCTION] Il est donc nécessaire de réexaminer les trois éléments du critère de proportionnalité [énoncés dans l’arrêt *Oakes*] et, à défaut de les reformuler complètement, au moins de les peaufiner afin d’en assurer l’harmonisation avec la séparation des pouvoirs.

À son avis, l’ampleur même des difficultés financières que laissait entrevoir la croissance anticipée des déficits budgétaires au début de 1991 démontrait que la réduction et le contrôle des déficits budgétaires étaient un objectif urgent et réel. Il existait un lien rationnel entre les restrictions budgétaires et cet objectif. Un examen attentif des [TRADUCTION] « explications budgétaires approfondies » données dans le *Hansard* permettait amplement au juge des requêtes de conclure que le gouvernement avait envisagé diverses solutions dont le recours à des emprunts, à des augmentations d’impôt, au gel budgétaire et à la réduction de ses dépenses.

Le fait que la mesure législative contestée ait retardé la réalisation de l’équité salariale au lieu de la supprimer montrait qu’un [TRADUCTION] « effort raisonnable » avait été déployé pour réduire au minimum l’atteinte. L’objectif urgent et réel du contrôle et de la réduction des déficits budgétaires anticipés l’emportait sur les effets préjudiciables de la restriction des droits à l’égalité garantis par la Constitution.

L’« harmonisation » avec le principe de la séparation des pouvoirs obligeait les tribunaux à faire montre de déférence envers les choix de politique générale que les représentants élus avaient faits pour répondre aux besoins de la collectivité ou de la société.

IV. Questions constitutionnelles

Le 29 octobre 2003, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L’article 9 de la *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3, porte-t-il atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

To which the appellant adds a supplementary question:

3. Did the Court of Appeal err in adding a further step to the section 1 analysis, namely a requirement for the Court to determine explicitly at each stage whether the separation of powers doctrine has been offended?

V. Analysis

Pay equity has been one of the most difficult and controversial workplace issues of our times. There is no doubt that in the 1980s women hospital workers in Newfoundland and Labrador (and elsewhere) were being paid less than men for work of equal value. By 1988, it had become a significant collective bargaining issue between the provincial government and the public sector unions.

The Pay Equity Agreement signed on June 24, 1988 was a major achievement. No doubt it was bought by the public sector unions with concessions on other fronts. Progress on such an important issue, once achieved, should not be lightly set aside. Yet, the effect of the *Public Sector Restraint Act* was not only to shift the start of the provincial government's pay equity adjustments from 1988 to 1991, but to eliminate any liability for amounts otherwise payable to the underpaid female hospital workers in respect of the three fiscal years ending March 31, 1991. For those workers who retired prior to 1991, the Act meant they derived no benefit at all from the agreement their union had achieved. Nevertheless the provincial government argues that the *Public Sector Restraint Act* is entirely valid on the basis that: (1) there being nothing in the *Charter* (the government says) imposing pay equity as a constitutional obligation, there can be no constitutional impediment to its repeal, let alone

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

L'appelant ajoute une autre question :

3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ajoutant un autre volet à l'analyse fondée sur l'article premier, savoir l'exigence que le tribunal détermine expressément à chaque étape s'il y a eu manquement au principe de la séparation des pouvoirs?

V. Analyse

L'équité salariale est l'une des questions les plus épineuses et controversées de notre époque dans le monde du travail. Il ne fait aucun doute que, pendant les années 1980, les employées d'hôpitaux de Terre-Neuve-et-Labrador (et d'ailleurs) touchaient des salaires inférieurs à ceux des hommes exerçant des fonctions équivalentes. Dès 1988, l'équité salariale était devenue un enjeu important des négociations collectives entre le gouvernement provincial et les syndicats du secteur public.

La signature de l'entente sur l'équité salariale, le 24 juin 1988, a été une réalisation importante. Il est indubitable que les syndicats du secteur public l'ont obtenue en faisant des concessions sur d'autres points. Les progrès réalisés sur une question aussi importante ne doivent pas être écartés à la légère. Pourtant, la *Public Sector Restraint Act* avait non seulement pour effet de reporter de 1988 à 1991 le début des réajustements au titre de l'équité salariale consentis par le gouvernement provincial, mais encore elle supprimait l'obligation de verser des sommes par ailleurs payables aux employées sous-payées des hôpitaux pour les trois années financières prenant fin le 31 mars 1991. Pour les employés qui avaient pris leur retraite avant 1991, la Loi signifiait qu'ils ne profiteraient pas de l'entente conclue par leur syndicat. Le gouvernement provincial soutient néanmoins que la *Public Sector Restraint Act* est tout à fait valide pour les motifs suivants : (1) étant donné que (selon le gouvernement) la *Charte*

30

31

a “deferral” of its effective date; (2) in any event, there is nothing in the *Public Sector Restraint Act* that creates a distinction that qualifies as discrimination within s. 15(1) of the *Charter*; and (3) if any such discrimination is found to exist it is justified under s. 1 of the *Charter*.

32 I do not believe there is much substance in the first two points. The battleground in this case is the s. 1 justification. Nevertheless, I propose to deal with the points in the order presented.

A. *Absence of a Constitutional Obligation*

33 The respondent says that female workers have no right under s. 15(1) of the *Charter* to equal pay for work of equal value. What the government gave in 1988, the government could take away in 1991. It is true that in the ordinary course, legislative adoption of a remedial measure does not “constitutionalize” it so as to fetter its repeal: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 563. Here, however, the provincial government signed a Pay Equity Agreement on June 24, 1988 which changed the legal landscape by creating enforceable contractual rights to end pay discrimination by a procedure contractually binding on all of the parties. The Pay Equity Agreement was incorporated into the public sector collective agreements.

34 This process converted pay equity from a policy argument into an existing legal obligation for the benefit of the female hospital workers. The purpose of the *Public Sector Restraint Act* was to reduce the women’s pay below their contractual entitlement. Its intended effect was to pay them less than was paid to men for work of equal value. Passage of the Act on April 18, 1991 left women hospital workers worse off than they were on April 17, 1991. The issue is whether the disadvantage thus imposed on

ne fait pas de l’équité salariale une obligation constitutionnelle, il ne saurait y avoir d’obstacle constitutionnel à l’annulation de l’entente intervenue à cet égard, encore moins au « report » de sa date de prise d’effet; (2) de toute façon, la *Public Sector Restraint Act* n’établit aucune distinction susceptible d’être qualifiée de discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*; (3) si on conclut à l’existence de discrimination, cette dernière est justifiée au sens de l’article premier de la *Charte*.

Je ne crois pas que les deux premiers arguments soient très solides. Le litige en l’espèce porte sur la justification au regard de l’article premier. Je compte néanmoins examiner ces arguments dans l’ordre dans lequel ils ont été exposés.

A. *L’absence d’obligation constitutionnelle*

L’intimée affirme que le par. 15(1) de la *Charte* ne garantit pas aux travailleuses le droit de toucher un salaire égal pour un travail égal. Le gouvernement pouvait retirer en 1991 ce qu’il avait accordé en 1988. Il est vrai que, normalement, l’adoption par le législateur d’une mesure corrective ne la « constitutionalise » pas au point d’en empêcher l’annulation : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 563. En l’espèce, toutefois, le gouvernement provincial a, le 24 juin 1988, signé une entente sur l’équité salariale qui a changé le paysage juridique en créant des droits contractuels exécutoires destinés à mettre fin à la discrimination salariale au moyen d’un processus contractuel liant toutes les parties. L’entente sur l’équité salariale a été incorporée dans les conventions collectives du secteur public.

Ce processus a fait de l’équité salariale, argument de politique générale, une obligation juridique réelle profitant aux employées d’hôpitaux. La *Public Sector Restraint Act* avait pour but de réduire le salaire auquel les femmes avaient droit en vertu de leur contrat de travail. L’effet recherché était de leur verser un salaire inférieur à celui des hommes exerçant des fonctions équivalentes. L’adoption de la Loi, le 18 avril 1991, a fait en sorte que les employées d’hôpitaux se sont

April 18, 1991 amounted to discrimination within the scope of s. 15(1) of the *Charter*.

The respondent government relies on *Ferrel v. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.), which upheld the authority of Ontario to repeal an affirmative action provision in the *Employment Equity Act, 1993*, put in place by the previous government. The repealed provision authorized regulations to require private employers to adopt employment equity plans. Such plans could require “numerical goals determined . . . with reference to percentages approved by the [Employment Equity] Commission that, in the opinion of the Commission, fairly reflect[ed] the representation of the designated groups in the population of a geographical area or in any other group of people” (s. 55(2)). After noting that workplace discrimination was already prohibited by the Ontario *Human Rights Code*, and that the law in question was supplementary “machinery” to promote hiring practices “under the shield of s. 15(2) of the *Charter*” (p. 110), Morden A.C.J. concluded that the preference of the newly elected legislature for the “machinery” of the Ontario *Human Rights Code* over the “numbers-driven” repealed provision did not violate s. 15(1). If the result were otherwise, he noted, the *Charter* would itself “have an inhibiting effect on legislatures enacting tentative, experimental legislation in areas of complex social and economic relations” (p. 110).

The argument here is not over the “machinery” of government. On April 18, 1991 when the *Public Sector Restraint Act* was passed, the female hospital workers were not workers in search of machinery to pursue a claim. They were entitled under their collective agreements to four years of pay equity adjustments (1988, 1989, 1990 and

retrouvées dans une situation pire que celle dans laquelle elles étaient le 17 avril 1991. Il s’agit de déterminer si le désavantage ainsi infligé le 18 avril 1991 constituait de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Le gouvernement intimé invoque l’arrêt *Ferrel c. Ontario (Attorney General)* (1998), 42 O.R. (3d) 97 (C.A.), qui a confirmé le pouvoir de l’Ontario d’abroger une disposition de promotion sociale contenue dans la *Loi de 1993 sur l’équité en matière d’emploi* adoptée par le gouvernement précédent. La disposition abrogée permettait d’obliger, par règlement, les employeurs du secteur privé à adopter des programmes d’équité en matière d’emploi. Ces programmes pouvaient prescrire « des objectifs quantitatifs [. . .] déterminés selon des pourcentages approuvés par la Commission [de l’équité en matière d’emploi] et qui, de l’avis de la Commission, reflètent fidèlement la représentation des groupes désignés dans la population d’une zone géographique ou dans tout autre groupe » (par. 55(2)). Après avoir souligné que la discrimination au travail était déjà interdite par le *Code des droits de la personne* de l’Ontario et que la loi en cause constituait un [TRADUCTION] « mécanisme » complémentaire de promotion des pratiques d’embauche « protégées par le par. 15(2) de la *Charte* » (p. 110), le juge en chef adjoint Morden a conclu que la préférence de la législature nouvellement élue pour le « mécanisme » du *Code des droits de la personne* de l’Ontario plutôt que pour la disposition abrogée [TRADUCTION] « reposant sur des chiffres » ne violait pas le par. 15(1). Il a fait remarquer que, s’il en était autrement, la *Charte* elle-même aurait [TRADUCTION] « un effet inhibiteur sur les législatures qui adoptent des mesures législatives provisoires et expérimentales dans des domaines où règnent des rapports sociaux et économiques complexes » (p. 110).

Le débat ne porte pas en l’espèce sur les « mécanismes » de l’appareil gouvernemental. Le 18 avril 1991, lorsque la *Public Sector Restraint Act* a été adoptée, les employées d’hôpitaux ne cherchaient pas un mécanisme de revendication. Elles avaient droit, en vertu de leurs conventions collectives, aux quatre années de réajustements au titre de l’équité

1991) which, at that point, had been ascertained and agreed to by the government and the union. The debt was payable on April 1, 1991. It was this entitlement, due to an historically disadvantaged minority in the workforce, that was targeted by the Act.

37 I do not wish to be taken as agreeing with counsel for the respondent that there is no direct infringement of s. 15(1) when a government employer discriminates in the payment of wages for work of equal value on the basis of the sex of the employee. We do not get to that issue in this case. For present purposes, it is sufficient to hold that the question whether the targeting of acquired rights of women hospital workers in this case was discriminatory is clearly within the ambit of s. 15(1) scrutiny.

B. *Does Section 9 of the Public Sector Restraint Act Breach Section 15(1) of the Charter?*

38 Counsel for the appellant concisely summarized her s. 15(1) argument against the *Public Service Restraint Act*:

It repudiates recognition by the state of the undervaluation of work done by women, it identifies pay inequity for women as acceptable and it repudiates state responsibility [as employer] for redressing systemic discrimination for women.

While this description necessarily sacrifices nuance in the interest of brevity, it certainly captures the essence of the debate.

39 The provincial government has an uphill battle contesting an infringement of s. 15(1) in light of the opening clauses of the Pay Equity Agreement it signed on June 24, 1988:

PURPOSE

1.1 To achieve pay equity by redressing systemic gender discrimination in compensation for work performed by employees in female dominated classes within the bargaining units represented by AAHP, IBEW, CUPE, NAPE and NLNU, and whose members are

salariale (1988, 1989, 1990 et 1991) déjà convenues par le gouvernement et le syndicat. La dette était payable le 1^{er} avril 1991. C'est ce droit, revenant à une minorité historiquement défavorisée de la population active, qui était ciblé par la Loi.

Je ne veux pas que l'on pense que je conviens avec l'avocat de l'intimée qu'il n'y a aucune violation directe du par. 15(1) dans le cas où, en matière de rémunération versée pour des fonctions équivalentes, un gouvernement employeur fait preuve de discrimination fondée sur le sexe du salarié. Nous n'examinons pas cette question en l'espèce. Pour les besoins de la présente affaire, il suffit d'affirmer que la question de savoir s'il était discriminatoire de cibler les droits acquis des employées d'hôpitaux en l'espèce peut clairement faire l'objet d'un examen fondé sur le par. 15(1).

B. *L'article 9 de la Public Sector Restraint Act viole-t-il le par. 15(1) de la Charte?*

L'avocate de l'appelant a résumé succinctement l'argument fondé sur le par. 15(1) qu'elle invoque à l'encontre de la *Public Sector Restraint Act* :

[TRADUCTION] Elle annule la reconnaissance par l'État de la sous-évaluation du travail des femmes, elle établit que l'iniquité salariale à l'égard des femmes est acceptable et elle rejette l'obligation de l'État [en tant qu'employeur] de remédier à la discrimination systémique dont les femmes sont victimes.

Bien qu'elle sacrifie les nuances au nom de la concision, cette description permet sûrement de saisir l'essence du débat.

Le gouvernement provincial peut difficilement nier qu'il y a violation du par. 15(1), compte tenu de la clause liminaire de l'entente sur l'équité salariale qu'il a signée le 24 juin 1988 :

[TRADUCTION]

OBJET

1.1 Réaliser l'équité salariale en remédiant à la discrimination salariale systémique fondée sur le sexe dont sont victimes les membres des catégories d'emplois à prédominance féminine qui font partie des unités de négociation représentées par l'AAHP, la FIOE,

employees covered by *The Public Service (Collective Bargaining) Act, 1973*. [Emphasis added.]

The value placed on a person's work is more than just a matter of dollars and cents. The female hospital workers were being told that they did not deserve equal pay despite making a contribution of equal value. As Dickson C.J. observed in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, dissenting, at 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. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self-respect. [Emphasis added.]

This case thus fits easily within the framework established in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, which identified the affirmation of human dignity and self-worth as a central purpose of s. 15(1) of the *Charter*.

The effect of the *Public Sector Restraint Act* in 1991 was to affirm a policy of gender discrimination which the provincial government had itself denounced three years previously. The Act draws a clear formal distinction between those who were entitled to benefit from pay equity, and everyone else. The appropriate comparator group consists of men in male-dominated classifications performing work of equal value. That group was not similarly targeted. They were paid according to their contractual entitlement. The adverse impact of the legislation therefore fell disproportionately on women, who were already at a disadvantage relative to male-dominated jobs as they earned less money. It is true that the Act targeted an advantage secured to "female dominated classes", and thus presumably included some males, but such inclusion does not change the result. The category of "female dominated classes" was established in the original Pay

le SCFP, la NAPE et le NLNU, et dont les membres sont des salariés visés par la *Public Service (Collective Bargaining) Act, 1973*. [Je souligne.]

La valeur du travail effectué par une personne est plus qu'une simple question d'argent. Les employés d'hôpitaux se faisaient dire qu'elles ne méritaient pas un salaire égal malgré leur contribution égale. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Dickson, dissident, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368 :

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. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même. [Je souligne.]

Le présent pourvoi s'inscrit donc facilement dans le cadre établi par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, où la Cour a indiqué que l'affirmation de la dignité humaine et de l'estime de soi constitue l'objet central du par. 15(1) de la *Charte*.

La *Public Sector Restraint Act* de 1991 avait pour effet de confirmer une politique de discrimination fondée sur le sexe que le gouvernement provincial avait lui-même dénoncée trois ans auparavant. La Loi établissait une distinction formelle claire entre les personnes ayant droit à l'équité salariale et les autres. Le groupe de comparaison à utiliser est celui des hommes qui exercent des fonctions équivalentes dans des catégories d'emplois à prédominance masculine. Ce groupe n'était pas ciblé de façon similaire. Les membres de ce groupe étaient rémunérés conformément à leur contrat de travail. Les répercussions préjudiciables de la mesure législative étaient donc ressenties de façon disproportionnée par les femmes qui étaient déjà défavorisées par rapport aux catégories d'emplois à prédominance masculine du fait qu'elles touchaient un salaire inférieur. Il est vrai que la Loi visait un avantage conféré aux [TRADUCTION] « catégories d'emplois à

40

41

42

Equity Agreement, wherein the government formally acknowledged that in relation to workers thus defined the pay differential constituted “systemic gender discrimination”.

43 The differential treatment did not arise merely because of the type of job but rather because the job is one that is generally held by women. Sex is a prohibited ground of discrimination.

44 As to the government’s argument that the targeting of an acquired right to pay equity did not amount to discrimination within the meaning of s. 15(1), the contextual factors listed in *Law, supra*, provide a useful (though not exhaustive) checklist.

(1) Pre-Existing Disadvantage

45 “Womens’ jobs” are chronically underpaid. As Abella J.A. wrote in a 1987 law journal article:

The existence of a gap between the earnings of men and women is one of the few facts not in dispute in the “equality” debate. There are certainly open questions about it, the two main ones being the width of the gap and the right way to go about closing it. But no one seriously challenges the reality that women are paid less than men, sometimes for the same work, sometimes for comparable work.

(R. S. Abella, “Employment Equity” (1987), 16 *Man. L.J.* 185, at p. 185)

46 Postponement of pay equity and extinguishment of the 1988-91 arrears could reasonably be taken by the women, already underpaid, as confirmation that their work was valued less highly than the work of those in male-dominated jobs. The *Public Sector Restraint Act* reinforced an inferior status by taking away the remedial benefits their unions had negotiated on their behalf. This perpetuated and reinforced

prédominance féminine » qui, peut-on le présumer, incluait des hommes, mais une telle inclusion ne change rien au résultat. La catégorie des « catégories d’emplois à prédominance féminine » était établie dans l’entente initiale sur l’équité salariale où le gouvernement reconnaissait formellement que, pour les travailleurs ainsi définis, la disparité salariale constituait de la [TRADUCTION] « discrimination systémique fondée sur le sexe ».

La différence de traitement résultait non pas simplement du type d’emploi, mais plutôt du fait que l’emploi en question était généralement occupé par des femmes. Le sexe est un motif de discrimination illicite.

En ce qui concerne l’argument du gouvernement selon lequel le fait de cibler un droit acquis à l’équité salariale ne constituait pas de la discrimination au sens du par. 15(1), les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Law*, précité, constituent une liste de contrôle utile (quoique non exhaustive).

(1) Le désavantage préexistant

Les « emplois occupés par des femmes » sont chroniquement sous-payés. Comme l’écrivait la juge Abella dans une revue juridique en 1987 :

L’écart salarial entre les hommes et les femmes est l’un des rares points qui n’est pas remis en cause dans le débat sur l’égalité. Certes, il nous faut encore répondre à certaines questions, les deux principales étant l’étendue de l’écart et comment le réduire. Mais personne ne doute du fait que les femmes sont moins rémunérées que les hommes, parfois pour le même travail et parfois pour un travail comparable.

(R. S. Abella, « Employment Equity » (1987), 16 *Man. L.J.* 185, p. 185; reprenant un extrait de la p. 258 du *Rapport de la Commission sur l’égalité en matière d’emploi* (1984).)

Les femmes, qui étaient déjà sous-payées, pouvaient raisonnablement considérer que le report de l’équité salariale et l’annulation des arriérés pour les années 1988 à 1991 confirmaient que leur travail était moins bien considéré que celui des titulaires d’emplois à prédominance masculine. La *Public Sector Restraint Act* renforçait leur statut inférieur en supprimant les mesures correctives avantageuses

the idea that women could be paid less for no reason other than the fact they are women: *Law, supra*, at para. 64.

(2) Correspondence, or Lack Thereof, Between the Ground or Grounds on Which the Claim Is Based and the Actual Need, Capacity, or Circumstances of the Claimant

The government conceded in the 1988 Pay Equity Agreement that the women's existing pay did not do justice to their contribution. The postponement of pay equity in 1991 therefore did not correspond to the actual needs, capacity or circumstances of the claimants. Indeed, it did just the opposite. This is not a situation where the Province can be said to treat employees differently on the basis of actual personal difference between individuals.

(3) Ameliorative Purpose or Effect

This Act did not have an ameliorative purpose in relation to the workforce. On the contrary, it rolled back the ameliorative effects of the collective agreements that required pay equity adjustments beginning in 1988. It "erased" a debt of \$24 million to female hospital workers that fell due on April 1, 1991, *prior* to passage of the Act.

(4) The Nature and Scope of the Interest Affected by the Impugned Law

Work is an important part of life. For many people what they do for a living, and the respect (or lack of it) with which their work is regarded by the community, is a large part of who they are. Low pay often denotes low status jobs, exacting a price in dignity as well as dollars. As such, the interest affected by the Act was of great importance.

The Act froze wage scales in the male-dominated jobs as well as in the female-dominated jobs, but the

que leurs syndicats avaient négociées en leur nom. Cela perpétuait et renforçait l'idée que les femmes peuvent être moins bien rémunérées simplement parce qu'elles sont des femmes : *Law*, précité, par. 64.

(2) La correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur

Le gouvernement a admis, dans l'entente sur l'équité salariale de 1988, que le salaire versé aux femmes ne rendait pas justice à leur contribution. Le report de l'équité salariale en 1991 ne correspondait donc pas aux besoins, aux capacités ou à la situation propres aux demandereses. En fait, c'était plutôt le contraire. Il ne s'agit pas d'un cas où l'on peut affirmer que la province traitait des salariés différemment en raison d'une caractéristique personnelle différenciant des individus.

(3) L'objet ou l'effet d'amélioration

La Loi n'avait aucun objet d'amélioration en ce qui concernait la population active. Bien au contraire, elle réduisait à néant les effets d'amélioration des conventions collectives qui prescrivait des réajustements au titre de l'équité salariale à compter de 1988. Elle « effaçait » une dette de 24 millions de dollars qui devenait payable aux employées d'hôpitaux le 1^{er} avril 1991, *avant* l'adoption de la Loi.

(4) La nature et la portée du droit touché par la loi contestée

Le travail est un aspect important de la vie. Pour bien des gens, leur gagne-pain et le respect (ou l'absence de respect) de la collectivité pour leur travail représentent une grande partie de leur identité. Le salaire peu élevé est souvent le signe d'un emploi moins reconnu, ce qui n'est pas sans conséquence tant sur le plan de la dignité que sur celui de la situation financière. C'est pourquoi le droit touché par la Loi revêtait une grande importance.

La Loi gelait les échelles salariales tant des emplois à prédominance masculine que des emplois

47

48

49

50

men were already paid money for value whereas the women were not.

51 I therefore conclude that both the trial judge and the Court of Appeal were correct to affirm the Board's unanimous finding of a breach of s. 15(1).

C. *Is Section 9 of the Public Sector Restraint Act Saved by Section 1?*

52 It should be stated at the outset that legislation aimed at perpetuating pay inequity is a very serious matter. Counsel for the respondent acknowledged at the hearing that this is so, but argued that this is one of those "exceedingly rare cases" where the issue is not about "administrative convenience or cost *simpliciter* or majorit[arian] [p]reference". It is, he says, about "the province's ability to deliver on some of its most basic social programs, such as education, health and welfare".

53 *Oakes* itself cautioned that "rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute" (p. 136). Section 1 permits a law to limit a *Charter* right provided it is a "reasonable" measure that "can be demonstrably justified in a free and democratic society". Demonstration of a reasonable limit involves consideration of five related questions with close attention to the factual context:

1. Does the law address a sufficiently important legislative objective? "It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial." (*Oakes*, at pp. 138-39)
2. Is the substance of the law "rationally connected to the objective"? (*Oakes*, at p. 139)
3. Does the law impair the right no more than is reasonably necessary to accomplish the legislative objective, i.e., impair "as little as possible the right or freedom in question"? (*R. v.*

à prédominance féminine, mais les hommes touchaient déjà le salaire qu'ils méritaient pour leur travail alors que ce n'était pas le cas des femmes.

J'estime donc que le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux eu raison de confirmer la conclusion unanime du conseil d'arbitrage à l'existence d'une violation du par. 15(1).

C. *L'article 9 de la Public Sector Restraint Act est-il sauvegardé par application de l'article premier?*

Il faut dire, au départ, qu'une mesure législative destinée à perpétuer l'iniquité salariale est quelque chose de très grave. L'avocat de l'intimée a reconnu cela à l'audience, mais il a soutenu qu'il s'agit de l'un de ces [TRADUCTION] « cas extrêmement rares » où il n'est pas question de « commodité administrative, de simples coûts ou de préférence exprimée par la majorité ». Il y va, selon lui, de « la capacité de la province de mettre en œuvre certains de ses programmes sociaux les plus fondamentaux, comme l'éducation, la santé et l'aide sociale ».

L'arrêt *Oakes* même précise que « [t]outefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus » (p. 136). L'article premier permet qu'une règle de droit restreigne un droit garanti par la *Charte* pourvu qu'il s'agisse d'une mesure « raisonnable » « dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Pour déterminer si une restriction est raisonnable, il convient d'examiner cinq questions connexes en s'attachant étroitement au contexte factuel :

1. La règle de droit vise-t-elle un objectif législatif suffisamment important? « Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles. » (*Oakes*, p. 139)
2. Le contenu de la règle de droit a-t-il « un lien rationnel avec l'objectif en question »? (*Oakes*, p. 139)
3. La règle de droit ne porte-t-elle atteinte au droit que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser l'objectif législatif, c'est-à-dire porte-t-elle atteinte « le moins possible au droit

Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 352)

4. Is there proportionality between the effects of the legislation and the objective which has been identified as of “sufficient importance”? (*Oakes*, at p. 139)
5. Even if the importance of the objective outweighs the adverse effect of the measure on protected rights, do the adverse effects of the measure outweigh its “actual salutary effects”? (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 888 (emphasis deleted))

Marshall J.A. advocated adding a further question “at the end of each stage of the appraisal of compliance with the *Oakes* criteria”, namely

... whether the exercise of the judicial power in coming to those findings was in consonance with the Separation of Powers Doctrine. [para. 372]

(1) The Section 1 Record

As with any matter that must be approached with close attention to context, the evidence led in support of a s. 1 justification is very important to the outcome. The only evidence before the Board consisted of an extract from *Hansard* and some budget documents. The government witnesses were not employed in the relevant policy group at the time.

Ordinarily such a casually introduced s. 1 record would be a matter of serious concern. However the essential subject matter of the s. 1 justification in this case consists of the public accounts of the Province that are filed with the House of Assembly, and comments by the Minister of Finance and the President of the Treasury Board as to what they thought the accounts disclosed and what they proposed to do about it, which are reported in *Hansard*. This is all material of which courts may take judicial notice, as noted in *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, *per* McLachlin C.J., at para. 48:

ou à la liberté en question »? (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 352)

4. Y a-t-il proportionnalité entre les effets de la mesure législative et l’objectif reconnu comme « suffisamment important »? (*Oakes*, p. 139)
5. Bien que l’importance de l’objectif l’emporte sur les effets préjudiciables de la mesure sur les droits garantis, ces effets préjudiciables l’emportent-ils sur ses « effets bénéfiques réels »? (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 888 (soulignement omis))

Selon le juge Marshall, il fallait se poser une autre question [TRADUCTION] « à la fin de chaque étape de l’évaluation de la conformité avec le critère de l’arrêt *Oakes* », à savoir

[TRADUCTION] si en tirant ces conclusions, le juge a exercé ses pouvoirs d’une manière conforme au principe de la séparation des pouvoirs. [par. 372]

(1) Le dossier fondé sur l’article premier

Comme pour toute question qu’il faut aborder en s’attachant étroitement au contexte, la preuve produite à l’appui de la justification au regard de l’article premier est très importante en ce qui concerne l’issue de l’affaire. Les seuls éléments de preuve dont disposait le conseil d’arbitrage étaient un extrait du *Hansard* et quelques documents budgétaires. Les témoins du gouvernement ne faisaient pas partie du groupe d’orientation pertinent à l’époque.

Normalement, une présentation aussi désinvolte d’un dossier fondé sur l’article premier aurait de quoi inquiéter sérieusement. En l’espèce, toutefois, la justification au regard de l’article premier concerne essentiellement les comptes publics de la province qui sont déposés à l’Assemblée législative ainsi que les commentaires — rapportés dans le *Hansard* — du ministre des Finances et du président du Conseil du Trésor sur ce qui ressortait de ces comptes selon eux et sur ce qu’ils comptaient faire à ce sujet. Ce sont tous là des documents que les tribunaux peuvent admettre d’office, comme l’a souligné la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 48 :

54

55

56

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy [Emphasis added.]

I would also refer to the comment of La Forest J. in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 300: “The general objectives of the legislature . . . are readily apparent from a reading of the debates leading to their enactment.” See, as well, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1137-38, and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pp. 788-89.

57

The purpose of judicial notice is not only to dispense with unnecessary proof but to avoid a situation where a court, on the evidence, reaches a factual conclusion which contradicts “readily accessible sources of indisputable accuracy”, and which would therefore bring into question the accuracy of the court’s own fact-finding processes. A finding on the evidence led by the parties, for example, that the Newfoundland deficit in 1988 was \$5 million whereas anyone could ascertain from the public accounts that it was \$120 million would create a serious anomaly. As Professor Morgan famously wrote:

. . . [the court] cannot adjust legal relations among members of society and thus fulfill the sole purpose of its creation if it permits the parties to take issue on, and thus secure results contrary to, what is so notoriously true as not to be the subject of reasonable dispute

(E. M. Morgan, “Judicial Notice” (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269, at p. 273)

La connaissance d’office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l’abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d’office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d’application de la connaissance d’office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d’office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l’objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l’existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable [Je souligne.]

Je me reporterais également au commentaire du juge La Forest dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 300 : « les objectifs généraux visés par le législateur [. . .] ressortent clairement à la lecture des débats ayant abouti à leur adoption ». Voir aussi le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1137-1138, et *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 788-789.

La connaissance d’office a non seulement pour but de supprimer les éléments de preuve inutiles, mais également d’éviter qu’en s’appuyant sur la preuve un tribunal tire une conclusion factuelle qui contredit « des sources facilement accessibles dont l’exactitude est incontestable » et qui remettrait donc en question l’exactitude de son propre processus d’appréciation des faits. Par exemple, conclure, à partir de la preuve produite par les parties, que le déficit de Terre-Neuve en 1988 était de 5 millions de dollars alors que n’importe qui serait en mesure de constater, en vérifiant les comptes publics, qu’il s’élevait en réalité à 120 millions de dollars engendrerait une grave anomalie. Pour citer les propos bien connus du professeur Morgan :

[TRADUCTION] . . . [le tribunal] ne peut pas redéfinir les rapports juridiques entre les membres de la société, et ainsi réaliser la seule fin pour laquelle il a été créé, s’il permet aux parties de contester des faits notoires au point de ne pas pouvoir être raisonnablement contestés, et d’obtenir par ce moyen des résultats contraires à ceux-ci

(E. M. Morgan, « Judicial Notice » (1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269, p. 273)

The Board was critical of the government in failing to call witnesses who could describe at first hand what alternatives were examined to secure cost reductions that might, if adopted, have avoided a deferral of pay equity. I agree with the Board that the government ought to have called witnesses who were better placed to explain the government accounts and ministerial observations. However, in the context of this particular subject matter, I do not agree that failure to do so was fatal to the government's s. 1 case. There are serious limits to how far the courts can penetrate Cabinet privilege in order to require information about the deliberations of the Executive Council: *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at p. 89. What transpires in the budgetary process, of course, lies at the high end of Cabinet confidences, and here there was no need to precipitate a confrontation between the courts and the government. In my view, the material brought to the Board's attention, and of which we may take judicial notice, is sufficient for the purposes of disposing of this appeal.

(2) Was There a Pressing and Substantial Legislative Objective?

It cannot reasonably be disputed that the provincial government faced a severe fiscal crisis in the spring of 1991. In part, this was due to a reduction of anticipated federal transfer payments by \$130 million. Over 45 percent of Newfoundland government spending is financed either through federal equalization payments or federally established program financing, "money that is transferred down here", as it was explained by the President of the Treasury Board (*Hansard, supra*, at p. 364).

The Minister of Finance advised the House of Assembly that instead of a modest surplus of

Le conseil d'arbitrage a reproché au gouvernement de ne pas avoir fait témoigner des personnes qui auraient été directement en mesure d'expliquer quelles solutions ont été envisagées pour réaliser des réductions de coûts, qui, si elles avaient été adoptées, auraient pu permettre d'éviter le report de l'équité salariale. Je conviens avec le conseil d'arbitrage que le gouvernement aurait dû faire comparaître des témoins qui étaient mieux en mesure d'expliquer les comptes gouvernementaux et les observations ministérielles. Toutefois, dans le contexte de la présente affaire, je ne suis pas d'accord pour dire que cette omission était fatale pour la preuve du gouvernement fondée sur l'article premier. Il y a des limites importantes à la mesure dans laquelle les tribunaux peuvent avoir accès aux documents protégés du Cabinet pour obtenir des renseignements au sujet des délibérations du Conseil des ministres : *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, p. 89. Ce qui se passe au cours du processus budgétaire se situe au haut de l'échelle de la confidentialité des délibérations du Cabinet et, en l'espèce, il n'était pas nécessaire de déclencher un affrontement entre les tribunaux et le gouvernement. À mon avis, les documents qui ont été soumis à l'attention du conseil d'arbitrage et que nous pouvons admettre d'office sont suffisants pour trancher le présent pourvoi.

(2) Y avait-il un objectif législatif urgent et réel?

On ne peut raisonnablement nier que le gouvernement provincial traversait une grave crise financière au printemps de 1991. Cette crise était due en partie à une réduction de 130 millions de dollars des prévisions de paiements de transfert du gouvernement fédéral. Plus de 45 pour 100 des dépenses du gouvernement de Terre-Neuve sont financées au moyen des paiements de péréquation fédéraux ou encore de programmes de financement établis par le fédéral, [TRADUCTION] « des sommes qui nous sont transférées », comme l'a expliqué le président du Conseil du Trésor (*Hansard, op. cit.*, p. 364).

Le ministre des Finances avait informé l'Assemblée législative qu'au lieu d'un modeste surplus de

\$10 million for the fiscal year ending March 31, 1991, there would be a deficit of \$120 million. The prospective deficit for 1991-92, unless serious expenditure cuts were made, would be “in the vicinity of \$200 million” (*Hansard, supra*, at p. 359). Deficits of this magnitude could have serious consequences for the Province, not only in borrowing to meet the current account deficit but in refinancing existing provincial debt as it fell due:

There is one rating agency that still gives us an A minus rating. The other rating agencies were in the B category. And if our rating were to drop one more notch, and we would have a B rating, things would get extremely difficult. As the Minister of Finance has explained the financial markets are such that many investors get involved with only A level bonds — many of the larger investors — so that much less of the market would be available to us and what was available to us we would have to pay a lot more for.

In the past Governments have allowed the credit rating to drop. When they ran into trouble in 1985, there was some trouble, there was a downturn, the credit rating dropped. It is easy — let the credit rating drop. We no longer had that luxury. We could not take the chance that our credit rating would drop one more notch.

(*Hansard, supra*, at p. 359)

61

The government’s s. 1 evidence includes its expenditure reduction program. In addition to the freeze of wage scales for public sector employees including members of the House of Assembly, Cabinet Ministers, executives, managers and non-unionized employees, the budgetary measures froze or cut budgets for government-funded agencies; closed 360 acute care hospital beds; froze per capita student grants and equalization grants to school boards; made government-wide reductions in operating budgets; reduced or eliminated a range of programs; imposed a 10 percent reduction in executive and management positions; laid off 1,300 permanent, 350 part-time and 350 seasonal employees and eliminated a further 500 vacant positions in

10 millions de dollars pour l’année financière se terminant le 31 mars 1991, il y aurait un déficit de 120 millions de dollars. À moins d’effectuer d’importantes réductions de dépenses, le déficit anticipé pour 1991-1992 serait [TRADUCTION] « d’environ 200 millions de dollars » (*Hansard, op. cit.*, p. 359). Un déficit de cette ampleur pourrait avoir des conséquences graves pour la province en l’obligeant non seulement à emprunter pour faire face au déficit comptable courant, mais aussi à refinancer la dette provinciale existante à son échéance :

[TRADUCTION] Une agence d’évaluation du crédit nous accorde encore la cote A moins. Les autres agences nous accordaient la cote B. Si notre cote devait baisser davantage et si nous devions obtenir la cote B, la situation deviendrait extrêmement difficile. Comme l’a expliqué le ministre des Finances, l’état des marchés financiers est tel que de nombreux investisseurs n’achètent que des obligations de niveau A — un bon nombre des plus importants investisseurs — de sorte que nous disposerions d’une part moins importante du marché et que nous devrions payer beaucoup plus cher pour la conserver.

Dans le passé, les gouvernements ont laissé la cote de crédit baisser. Lorsqu’ils ont connu des ennuis en 1985, il y a eu des problèmes, il y a eu un ralentissement, la cote de crédit a baissé. C’est facile — laissons la cote de crédit baisser. Nous ne pouvons plus nous permettre de le faire. Nous ne pouvions pas courir le risque de voir notre cote de crédit baisser davantage.

(*Hansard, op. cit.*, p. 359)

La preuve du gouvernement fondée sur l’article premier est constituée notamment de son programme de réduction des dépenses. Outre le gel des échelles salariales des employés du secteur public dont les députés, les ministres du Cabinet, les cadres supérieurs, les gestionnaires et les employés non syndiqués, les mesures budgétaires prescrivait le gel ou la réduction des budgets d’organismes financés par l’État, la fermeture de 360 lits d’hôpitaux pour soins de courte durée, le gel des prêts et bourses d’études *per capita* et des subventions de péréquation destinées aux conseils scolaires, une réduction importante des budgets d’exploitation du gouvernement, la suppression ou la réduction d’une série de programmes, une réduction de 10 pour 100 du nombre

government departments; and terminated medicare coverage for items such as routine dental surgery in hospitals and basic vision assessment under the optometry and medicare programs.

It seems to me the severity of these measures, including the cut to pay equity, corroborates the government's statement that it believed itself, on reasonable grounds, to be in the middle of a fiscal crisis.

The appellant union says that these cost savings should not be recognized as sufficiently important to justify the limitation of *Charter* rights. It relies on the statement of Lamer C.J. in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*PEI Provincial Court Judges Reference*”), at para. 284:

Three main principles emerge from this discussion. First, a measure whose sole purpose is financial, and which infringes *Charter* rights, can never be justified under s. 1 (*Singh* and *Schachter*). Second, financial considerations are relevant to tailoring the standard of review under minimal impairment (*Irwin Toy*, *McKinney* and *Egan*). Third, financial considerations are relevant to the exercise of the court's remedial discretion, when s. 52 is engaged (*Schachter*). [Emphasis added.]

It seems to me that these and other similar statements have to be read in context. It is true, as the Court recently affirmed in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, that “[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*” (para. 109 (emphasis added)). The spring of 1991 was not a “normal” time in the finances of the provincial government. At some point, a financial crisis can attain a dimension that elected governments must be

de postes de direction et de gestion, la mise à pied de 1 300 employés permanents, de 350 employés à temps partiel et de 350 employés saisonniers, la suppression de 500 postes vacants au sein des ministères et la fin de l'application du régime d'assurance-maladie à des soins comme les chirurgies buccales et maxillo-faciales courantes dans les hôpitaux et aux examens sommaires de la vue prévus par les programmes d'optométrie et de soins de santé.

Il me semble que la sévérité de ces mesures, qui incluent la réduction des dépenses au titre de l'équité salariale, corrobore l'affirmation du gouvernement qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'il traversait une crise financière.

Le syndicat appelant fait valoir que ces économies de coûts ne devraient pas être considérées comme suffisamment importantes pour justifier la restriction de droits garantis par la *Charte*. Il invoque à cet égard le commentaire du juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 284 :

Trois grands principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, une mesure dont le seul objectif est d'ordre financier et qui porte atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier (*Singh* et *Schachter*). Deuxièmement, des considérations financières sont pertinentes pour déterminer la norme de révision à respecter dans l'application du critère de l'atteinte minimale (*Irwin Toy*, *McKinney* et *Egan*). Troisièmement, de telles considérations sont pertinentes dans le cadre de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en application de l'art. 52 (*Schachter*). [Je souligne.]

Il me semble qu'il faut interpréter dans leur contexte ces affirmations et les autres affirmations du même genre. Il est vrai, comme l'a récemment confirmé la Cour dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, que « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la *Charte* » (par. 109 (je souligne)). Au printemps de 1991, la situation financière du gouvernement provincial n'était pas « normale ». À un moment donné,

62

63

64

accorded significant scope to take remedial measures, even if the measures taken have an adverse effect on a *Charter* right, subject, of course, to the measures being proportional both to the fiscal crisis and to their impact on the affected *Charter* interests. In this case, the fiscal crisis was severe and the cost of putting into effect pay equity according to the original timetable was a large expenditure (\$24 million) relative even to the size of the fiscal crisis.

65 It is convenient at this point to look more closely at what this Court has said in the so-called “dollars versus rights” controversy.

66 In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, a case dealing with the *Charter* rights of refugee claimants, Wilson J. made the following statement about s. 1, at pp. 218-19:

Seen in this light I have considerable doubt that the type of utilitarian consideration brought forward by Mr. Bowie can constitute a justification for a limitation on the rights set out in the *Charter*. 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. [Emphasis added.]

67 However, this broad statement must be read together with her concluding observations at p. 220, that “[e]ven if the cost of compliance with fundamental justice is a factor to which the courts would give considerable weight, I am not satisfied that the Minister has demonstrated that this cost would be so prohibitive as to constitute a justification within the meaning of s. 1.” *Singh* certainly cautioned against the limitation of rights to save dollars, but the scope

une crise financière peut prendre une telle ampleur que les gouvernements élus doivent disposer d’une latitude suffisante pour prendre des mesures correctives, même si celles-ci portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*, à condition, évidemment, que ces mesures soient proportionnelles tant à la crise financière qu’à leur incidence sur les droits garantis par la *Charte* qui sont touchés. En l’espèce, la crise financière était grave et les coûts nécessaires pour réaliser l’équité salariale selon l’échéancier initial représentaient une dépense importante (24 millions de dollars) même comparativement à l’ampleur de la crise financière.

Il convient à ce stade d’examiner plus attentivement ce qu’a dit notre Cour au sujet de ladite controverse des « dollars par opposition aux droits ».

Dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, portant sur les droits garantis par la *Charte* aux personnes qui revendiquent le statut de réfugié, la juge Wilson a dit ceci au sujet de l’article premier (p. 218-219) :

À cet égard, je doute énormément que ce genre de considération utilitaire soumise par M^e Bowie puisse justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*. Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoire 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. [Je souligne.]

Il faut toutefois interpréter cette affirmation générale conjointement avec les observations finales de la juge, à la p. 220, à savoir que « [m]ême si le coût qu’entraîne l’observation de la justice fondamentale est un facteur auquel les tribunaux attachent une grande importance, le Ministre ne m’a pas convaincue que ce coût serait prohibitif au point de constituer une justification au sens de l’art. 1. » L’arrêt *Singh* mettait certes en garde contre la restriction

of the caution was left open for a case where the evidence warranted its consideration.

R. v. Lee, [1989] 2 S.C.R. 1384, dealt with legislation that denied an accused the right to trial by jury after he or she failed to appear for trial without a legitimate excuse. Lamer J., for the majority, said that the legislative objective was the “cost” to potential jurors and to the criminal justice system of wasted time in terms both of economic loss and of community disaffection. These objectives went beyond the purely financial (e.g., “to protect the administration of justice from delay, inconvenience, expense and abuse, and to secure the respect of the public for the criminal trial process” (p. 1390 (emphasis deleted))) but on the issue of cost, Lamer J. observed, at p. 1391:

I do not believe that the importance of the objective can be measured solely by reference to the amount of money lost as a result of the non-appearance of accused persons, and the cost of empanelling a second jury. Rather the cost, and by implication the importance of the objective, must be measured in terms of the overall “cost”, both in the sense of economic loss and disruption to lives, and in the sense of confidence and respect for the system, to the individuals selected for jury duty and to society as a whole. When viewed in this light, I conclude that the legislative objective is of sufficient importance to override a constitutionally protected right, especially where the restriction is limited to those who have abused the system without a legitimate excuse. [Emphasis added.]

It was thus clear from an early date that financial considerations wrapped up with other public policy considerations *could* qualify as sufficiently important objectives under s. 1.

In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, in the course of discussing remedies under s. 52, Lamer C.J. stated at p. 709:

This Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1. However, such considerations are clearly relevant once a violation which does not survive s. 1 has been

de droits destinée à réaliser des économies, mais la portée de cette mise en garde pourrait être débattue dans le cas où la preuve en justifierait l’examen.

L’arrêt *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, portait sur une mesure législative refusant le droit à un procès devant un jury à l’accusé qui, sans excuse légitime, ne comparaisait pas à son procès. Le juge Lamer a dit, au nom des juges majoritaires, que l’objectif législatif était le « coût » de la non-comparution pour les candidats jurés et pour le système de justice criminelle, aussi bien du point de vue de la perte économique que sur le plan de la désaffection engendrée au sein de la collectivité. Ces objectifs allaient au-delà de considérations purement financières (par exemple, « éviter les retards, les contretemps, les dépenses et les abus dans l’administration de la justice et [. . .] assurer le respect du public pour le processus des procès criminels » (p. 1390 (soulignement omis))), mais au sujet du coût, le juge Lamer a fait observer ceci (p. 1391) :

Je ne crois pas que l’importance de l’objectif puisse se mesurer uniquement par référence aux sommes perdues par suite de la non-comparution d’accusés et au coût de la sélection d’un second jury. Le coût et, implicitement, l’importance de l’objectif, doivent être mesurés en fonction du « coût » global pour les individus choisis comme jurés et pour la société dans son ensemble, tant du point de vue de la perte économique et de la perturbation de vies que du point de vue de la confiance dans le système et du respect pour celui-ci. Je conclus que, quand on le considère sous cet angle, l’objet législatif est suffisamment important pour primer un droit constitutionnel, particulièrement lorsque la restriction se limite à ceux qui ont abusé du système sans excuse légitime. [Je souligne.]

Il était donc clair depuis longtemps que les considérations financières liées à d’autres considérations d’intérêt public *pouvaient* être qualifiées d’objectifs suffisamment importants au regard de l’article premier.

Dans l’arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 709, en analysant les réparations prévues à l’art. 52 :

Notre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Toutefois, ces considérations sont évidemment

68

69

70

established, s. 52 is determined to have been engaged and the Court turns its attention to what action should be taken thereunder.

71

I do not read this statement as contradicting what Lamer C.J. had earlier said in *Lee* regarding the legitimacy of a government response to mixed financial and non-financial objectives, particularly when read with his later statement in the *PEI Provincial Court Judges Reference*, already quoted, that “a measure whose sole purpose is financial” (para. 284 (emphasis added)) is not a sufficient justification under s. 1. The “sole purpose” test accords well with the Court’s statement in *Martin*, quoted above, that “[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1” (para. 109 (emphasis added)). This rather qualified dictum was followed up in *Figuroa v. Canada (Attorney General)*, [2003] 1 S.C.R. 912, 2003 SCC 37, where Iacobucci J. stated, at para. 66:

... I do not wish to rule out the possibility that there might be instances in which the potential impact upon the public purse is of sufficient magnitude to justify limiting the rights of individual citizens.

72

The result of all this, it seems to me, is that courts will continue to look with strong scepticism at attempts to justify infringements of *Charter* rights on the basis of budgetary constraints. To do otherwise would devalue the *Charter* because there are *always* budgetary constraints and there are *always* other pressing government priorities. Nevertheless, the courts cannot close their eyes to the periodic occurrence of financial emergencies when measures must be taken to juggle priorities to see a government through the crisis. It cannot be said that in weighing a delay in the timetable for implementing pay equity against the closing of hundreds of hospital beds, as here, a government is engaged in an exercise “whose sole purpose is financial”. The weighing exercise has as much to do with social values as it has to do with dollars. In the present

pertinentes lorsque l’on a établi l’existence d’une violation qui ne peut être sauvegardée par l’article premier, que l’application de l’art. 52 se trouve déclenchée et que le tribunal examine la mesure à prendre.

Je ne considère pas que cette affirmation contredit les propos que le juge en chef Lamer avait tenus auparavant dans l’arrêt *Lee* au sujet de la légitimité des moyens utilisés par le gouvernement pour réaliser des objectifs à la fois financiers et non financiers, particulièrement lorsqu’on les interprète à la lumière de son affirmation ultérieure dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, précité, par. 284, selon laquelle « une mesure dont le seul objectif est d’ordre financier » (je souligne) n’est pas une justification suffisante au regard de l’article premier. Le critère du « seul objectif » cadre bien avec les propos susmentionnés de la Cour dans l’arrêt *Martin*, selon lesquels « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu’objectif urgent et réel distinct pour l’application de l’article premier » (par. 109 (je souligne)). Le juge Iacobucci a adopté cette opinion incidente plutôt nuancée dans l’arrêt *Figuroa c. Canada (Procureur général)*, [2003] 1 R.C.S. 912, 2003 CSC 37, où il a dit, au par. 66 :

... je ne voudrais pas écarter la possibilité que, dans certains cas, l’effet possible sur les deniers publics soit suffisamment important pour justifier la restriction de certains droits des citoyens.

Il s’ensuit, me semble-t-il, que les tribunaux continueront de faire montre d’un grand scepticisme à l’égard des tentatives de justifier, par des restrictions budgétaires, des atteintes à des droits garantis par la *Charte*. Agir autrement aurait pour effet de déprécier la *Charte* étant donné qu’il y a *toujours* des restrictions budgétaires et que le gouvernement a *toujours* d’autres priorités urgentes. Cependant, les tribunaux ne peuvent pas fermer les yeux sur les crises financières périodiques qui, pour être surmontées, forcent le gouvernement à prendre des mesures pour gérer ses priorités. On ne saurait affirmer qu’en évaluant, comme il l’a fait en l’espèce, un retard dans l’échéancier établi pour réaliser l’équité salariale en fonction de la fermeture de centaines de lits d’hôpitaux, le gouvernement entreprend une démarche « dont le seul objectif est d’ordre financier ».

case, the “potential impact” is \$24 million, amounting to more than 10 percent of the projected budgetary deficit for 1991-92. The delayed implementation of pay equity is an extremely serious matter, but so too (for example) is the layoff of 1,300 permanent, 350 part-time and 350 seasonal employees, and the deprivation to the public of the services they provided.

This is not the first time the Court has been asked to determine the constitutionality of public sector restraint legislation whose objective is to remedy a serious financial situation. In *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, the union had attacked a federal law which automatically extended existing collective agreements. PSAC argued that the law interfered with collective bargaining contrary to freedom of association (s. 2(d) of the *Charter*). The only judges who found a *Charter* infringement, and who therefore had to address s. 1, were Dickson C.J. and Wilson J. The Chief Justice accepted that the then need to control inflation justified the law. Wilson J. accepted that controlling inflation at the time of passage of the legislation was an object “of sufficient importance” (p. 455), but considered the government’s response to have been disproportionate, and therefore unjustified. In this context, Dickson C.J. made the following comments at pp. 439-40:

In the present case, though there is no explicit indication of Parliament’s objective in the Act, it is apparent that the general or overriding purpose for enacting the *Public Sector Compensation Restraint Act* was the reduction of inflation. This is, in my view, an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1. Inflation at the time of the Act’s passage was a serious problem. The evidence established that wage and price inflation had reached double digit levels, that Canada’s inflation rate was exceeding that of the United States, and that the monetary and fiscal restraint policies of 1979 were not having a significant effect.

L’évaluation qu’il fait porte autant sur des valeurs sociales que sur des questions d’argent. Dans le cas qui nous occupe, l’« effet possible » est une somme de 24 millions de dollars qui représente plus de 10 pour 100 du déficit budgétaire prévu pour 1991-1992. Le retard dans la réalisation de l’équité salariale est quelque chose d’extrêmement grave, mais c’est également le cas (par exemple) de la mise à pied de 1 300 employés permanents, de 350 employés à temps partiel et de 350 employés saisonniers, et lorsqu’il est question de priver le public de leurs services.

Ce n’est pas la première fois que la Cour est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d’une loi sur les restrictions salariales du secteur public qui vise à remédier à une situation financière grave. Dans l’arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, le syndicat avait contesté une loi fédérale qui prorogait automatiquement les conventions collectives existantes. L’AFPC a soutenu que cette loi nuisait à la négociation collective et portait ainsi atteinte à la liberté d’association (al. 2d) de la *Charte*. Seuls le juge en chef Dickson et la juge Wilson ont conclu à l’existence d’une violation de la *Charte* et ont dû, par conséquent, aborder l’article premier. Le Juge en chef a reconnu que la nécessité, à l’époque, de lutter contre l’inflation justifiait la loi en question. La juge Wilson a admis que la lutte contre l’inflation était, au moment de l’adoption de la mesure législative, un objectif d’« une importance suffisante » (p. 455), mais elle considérait que la réponse du gouvernement était disproportionnée et donc injustifiée. C’est dans ce contexte que le juge en chef Dickson a fait les commentaires suivants, aux p. 439-440 :

En l’espèce, bien qu’il n’y ait pas d’indication explicite de l’objectif du législateur fédéral dans la Loi, il est évident que le but général et premier de l’adoption de la *Loi sur les restrictions salariales du secteur public* était de réduire l’inflation. C’est là à mon avis un objectif d’une importance suffisante pour les fins de l’article premier. L’inflation à l’époque de l’adoption de la Loi constituait un problème grave. La preuve a été faite que l’inflation des salaires et des prix avait atteint des niveaux records, que le taux d’inflation au Canada était supérieur à celui des États-Unis et que les politiques monétaires et financières de restriction de 1979 n’avaient pas d’effet important.

... The seriousness of inflation underlined by the Court's decision in *Re Anti-Inflation Act* supports the characterization of Parliament's objective in the present case as relating to a "pressing and substantial concern". I am of the opinion, therefore, that the objective of reducing inflation was, at the time of passage of the Act, an objective of sufficient importance for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

See also Wilson J., dissenting, at p. 455.

74 In my view, the union's argument that budgetary issues should effectively be given no weight in these circumstances goes too far. With respect, the need to address a fiscal crisis such as that described by the President of the Treasury Board was a pressing and substantial legislative objective.

75 Loss of credit rating, and its impact on the government's ability to borrow, and the added cost of borrowing to finance the provincial debt which, in the case of Newfoundland, requires "[h]undreds of millions of dollars every year in interest" (*Hansard, supra*, at p. 362), are matters of high importance. The President of the Treasury Board told the House of Assembly that "the financial health of the Province was at stake" (*Hansard, supra*, at p. 359). The Newfoundland Government had already experienced a period of trusteeship in the 1930s, a fact glumly referred to by the President of the Treasury Board in his speech. The financial health of the Province is the golden goose on which all else relies. The government in 1991 was not just debating rights versus dollars but rights versus hospital beds, rights versus layoffs, rights versus jobs, rights versus education and rights versus social welfare. The requirement to reduce expenditures, and the allocation of the necessary cuts, was undertaken to promote other values of a free and democratic society: *Oakes, supra*, at p. 136; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 107. And, as Sopinka J. pointed out in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 104, "[I]t is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all."

... La gravité de l'inflation, soulignée par la Cour dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, justifie la qualification de l'objectif du législateur fédéral en l'espèce comme se rapportant à une « préoccupation urgente et réelle ». Je suis donc d'avis que l'objectif de réduire l'inflation était, à l'époque de l'adoption de la Loi, un objectif d'une importance suffisante pour les fins de l'article premier de la *Charte*.

Voir aussi les motifs dissidents de la juge Wilson, à la p. 455.

J'estime que le syndicat va trop loin lorsqu'il soutient qu'en fait aucune importance ne doit être accordée aux questions budgétaires dans ces circonstances. En toute déférence, la nécessité de remédier à une crise financière comme celle décrite par le président du Conseil du Trésor était un objectif législatif urgent et réel.

La perte d'une cote de crédit et son incidence sur la capacité d'emprunt du gouvernement ainsi que les coûts supplémentaires liés aux emprunts nécessaires pour financer la dette de la province qui, dans le cas de Terre-Neuve, requiert le paiement de [TRADUCTION] « [c]entaines de millions de dollars d'intérêts par année » (*Hansard, op. cit.*, p. 362) sont des questions très importantes. Le président du Conseil du Trésor a affirmé devant l'Assemblée législative que « la santé financière de la province était compromise » (*Hansard, op. cit.*, p. 359). Le gouvernement de Terre-Neuve avait déjà été en tutelle pendant une certaine période des années 30, un triste souvenir que le président du Conseil du Trésor a évoqué dans son allocution. De la santé financière de la province dépend tout le reste. En 1991, le gouvernement ne discutait pas seulement de droits par opposition à des dollars, mais également de droits par opposition à des lits d'hôpitaux, de droits par opposition à des mises à pied, de droits par opposition à des emplois, de droits par opposition à l'éducation et de droits par opposition à l'aide sociale. Les réductions de dépenses requises et leur répartition visaient à promouvoir d'autres valeurs d'une société libre et démocratique : *Oakes*, précité, p. 136; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 107. Et comme l'a souligné le juge Sopinka dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 104, « [l]a Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. »

In my view, the evidence establishes a substantial and pressing objective on the facts of this case. Whether or not this objective was pursued in a manner that complies with s. 1 of the *Charter* will now be addressed.

(3) Was There a Rational Connection Between the Legislative Measure and the Pressing and Substantial Objective?

As the pay equity payout represented a significant portion of the budget, its postponement was rationally connected to averting a serious fiscal crisis in Newfoundland and Labrador.

(4) Minimal Impairment

Were the *Charter* rights of the female hospital workers impaired no more than was reasonably necessary to achieve the pressing and substantial legislative objective of fiscal viability?

In the *PEI Provincial Court Judges Reference*, *supra*, a decision much relied on by the appellant to oppose the relevance of budgetary constraints, Lamer C.J. stated, at para. 283:

While purely financial considerations are not sufficient to justify the infringement of *Charter* rights, they are relevant to determining the standard of deference for the test of minimal impairment when reviewing legislation which is enacted for a purpose which is not financial. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

A few preliminary points should be emphasized. Marshall J.A. noted that the s. 1 case is essentially about budgets and that the making of a budget is a quintessentially political activity. However, these facts do not immunize the budget choices from *Charter* review. The notion that there are inherently “political” questions beyond the courts’ jurisdiction was emphatically rejected in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, *per* Dickson J., at p. 459:

Compte tenu des faits de la présente affaire, j’estime que la preuve établit l’existence d’un objectif urgent et réel. Je vais maintenant examiner si la poursuite de cet objectif était conforme à l’article premier de la *Charte*.

(3) Y avait-il un lien rationnel entre la mesure législative et l’objectif urgent et réel?

Comme les versements au titre de l’équité salariale représentaient une partie importante du budget, il existait un lien rationnel entre leur report et la possibilité d’éviter une crise financière grave à Terre-Neuve-et-Labrador.

(4) L’atteinte minimale

L’atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux employées d’hôpitaux n’était-elle portée que dans la mesure raisonnablement nécessaire pour réaliser l’objectif législatif urgent et réel qu’est la viabilité financière?

Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, précité, un arrêt que l’appelant a amplement invoqué à l’encontre de la pertinence des restrictions budgétaires, le juge en chef Lamer a dit, au par. 283 :

Quoique des considérations purement financières soient insuffisantes pour justifier la transgression de droits garantis par la *Charte*, elles sont pertinentes pour déterminer la norme de retenue à respecter dans l’application du critère de l’atteinte minimale, dans le cadre de l’examen d’un texte de loi édicté pour des fins autres que financières. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

Quelques remarques préliminaires s’imposent. Le juge Marshall a souligné que la preuve fondée sur l’article premier était essentiellement axée sur des budgets et que la préparation d’un budget est une activité purement politique. Toutefois, cela ne signifie pas que les choix budgétaires échappent à tout examen fondé sur la *Charte*. Dans l’arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 459, le juge Dickson a catégoriquement rejeté l’idée selon laquelle il existe des questions intrinsèquement « politiques » qui échappent à la compétence des tribunaux :

76

77

78

79

80

I have no doubt that disputes of a political or foreign policy nature may be properly cognizable by the courts.

81 If an individual's *Charter* right or freedom is violated by the state, it is no answer to say the violation was driven or is justified for political reasons. Indeed forms of state discrimination that are undertaken for political reasons are among the most odious, as the recent history of parts of the world from South Africa to the Balkans can attest.

82 The second preliminary point is that in framing the *Charter*, Canadian legislators chose to identify certain rights and freedoms as having special constitutional status and these were placed for protection in a legal strongbox. As such they have a privileged status, and the appellant is right to call attention to that fact. However, of course, *Charter* rights must yield when the requisites of s. 1 are satisfied.

83 Thirdly, the *Oakes* test recognizes that in certain types of decisions there may be no obviously correct or obviously wrong solution, but a range of options each with its advantages and disadvantages. Governments act as they think proper within a range of reasonable alternatives, and the Court acknowledged in *M. v. H.*, *supra*, at para. 78, that "the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make". Thus, for example, in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J. stated for the Court, at para. 85:

It is also clear that while financial considerations alone may not justify *Charter* infringements . . . governments must be afforded wide latitude to determine the proper distribution of resources in society . . . This is especially true where Parliament, in providing specific

Je ne doute pas que les tribunaux soient fondés à connaître de différends d'une nature politique ou mettant en cause la politique étrangère.

Si l'État porte atteinte à un droit ou à une liberté individuels garantis par la *Charte*, il ne suffit pas de répondre que cette atteinte était motivée ou est justifiée par des raisons politiques. En effet, les formes de discrimination par l'État qui sont motivées par des raisons politiques sont parmi les plus odieuses, comme le démontre l'histoire récente de certaines régions du monde, de l'Afrique du Sud aux Balkans.

Ma deuxième remarque préliminaire est que, lorsqu'il a rédigé la *Charte*, le législateur canadien a tenu à préciser que certains droits et libertés auraient un statut constitutionnel particulier, et que, pour assurer leur protection, il les a inscrits dans un cadre juridique à toute épreuve. C'est ce qui explique pourquoi les droits et libertés ont un statut privilégié, et l'appelant a raison d'attirer l'attention sur ce fait. Toutefois, il est évident que les droits garantis par la *Charte* doivent céder le pas lorsque les conditions préalables de l'article premier sont remplies.

Troisièmement, le critère de l'arrêt *Oakes* reconnaît qu'il se peut que, pour certains types de décision, il n'y ait pas de solution manifestement correcte ou erronée, mais qu'il y ait plutôt une gamme de possibilités dont chacune comporte des avantages et des inconvénients. Les gouvernements choisissent, parmi une gamme de solutions raisonnables, celle qu'ils jugent appropriée, et la Cour a reconnu dans l'arrêt *M. c. H.*, précité, par. 78, que « le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre ». Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 85, le juge La Forest a affirmé au nom de la Cour :

En outre, il est évident que, même si des considérations financières seules ne peuvent justifier une atteinte à la *Charte* [. . .], les gouvernements doivent disposer d'une grande latitude pour décider de la distribution appropriée des ressources dans la société [. . .] Cela est

social benefits, has to choose between disadvantaged groups

It is therefore recognized that in such cases governments have a large “margin of appreciation” within which to make choices. It seems evident that the scope of that “margin” will be influenced, amongst other things, by the scale of the financial challenge confronting a government and the size of the expenditure required to avoid a *Charter* infringement in relation to that financial challenge. Thus, in *Eldridge, supra*, it will be recalled, the cost of providing sign language interpretation in hospitals was tiny, i.e., “only \$150,000, or approximately 0.0025 percent of the provincial health care budget” (para. 87). It was held that the denial of the rights of the deaf could have no financial justification in that case.

In the present case, I believe the government’s response to its fiscal crisis was proportional to its objective, and therefore saved under s. 1. I do so for a number of reasons, none of which taken in isolation would necessarily be sufficient, but when added to each other cumulatively signal a quite exceptional situation.

(a) *The Scale of the Fiscal Crisis*

The only comparable financial justification asserted in the jurisprudence of this Court was the level of inflation at issue in *PSAC, supra*. I will not repeat what has already been quoted from the judgment of Dickson C.J. at para. 73 of these reasons. Judicial statements made in less drastic circumstances about the inadequacy of budgetary concerns must be read in context.

(b) *The Cost of Implementing the Remedial Plan*

The arrears owing under the Pay Equity Agreement as of April 18, 1991 was \$24 million, representing a significant percentage of the

particulièrement vrai dans les cas où le Parlement, lorsqu’il accorde des avantages sociaux déterminés, doit privilégier certains groupes défavorisés . . .

Il est donc reconnu qu’en pareils cas les gouvernements disposent d’une grande « marge de manœuvre » pour faire leurs choix. Il semble évident que cette « marge de manœuvre » dépend notamment de l’ampleur du défi financier qu’est appelé à relever le gouvernement et de l’importance des dépenses requises pour éviter de violer la *Charte* en relevant ce défi financier. Ainsi, on se rappellera que, dans l’affaire *Eldridge*, précitée, le coût des services d’interprétation gestuelle dans les hôpitaux était peu élevé, en ce sens qu’il était « seulement [de] 150 000 \$, soit environ 0,0025 pour 100 du budget des soins de santé de la province » (par. 87). La Cour a jugé que la violation des droits des personnes atteintes de surdité ne pouvait avoir aucune justification financière dans cette affaire.

En l’espèce, je crois que la réaction du gouvernement à la crise financière qu’il traversait était proportionnelle à son objectif et qu’elle était, par conséquent, sauvegardée par application de l’article premier. Je tire cette conclusion pour un certain nombre de raisons qui, prises individuellement, ne seraient pas nécessairement suffisantes, mais qui, considérées ensemble, dénotent une situation très exceptionnelle.

a) *L’ampleur de la crise financière*

La seule autre justification financière comparable que l’on constate dans la jurisprudence de notre Cour est le niveau d’inflation en cause dans l’arrêt *AFPC*, précité. Je ne reproduirai pas l’extrait des motifs du juge en chef Dickson que j’ai déjà cités au par. 73 des présents motifs. Il faut interpréter dans leur contexte les déclarations judiciaires faites, dans des circonstances moins dramatiques, au sujet du caractère insuffisant des préoccupations budgétaires.

b) *Le coût de la mise en œuvre du plan de redressement*

Les arriérés d s, dès le 18 avril 1991, en vertu de l’entente sur l’équité salariale s’élevaient à 24 millions de dollars, ce qui repr sentait un pourcentage

84

85

86

87

threatened 1991-92 deficit. In one sense, the size of the debt illustrates the scale of discrimination experienced by women hospital workers. Nevertheless, it provides a contrast with *Eldridge, supra*, where the cost of compliance amounted to no more than a matter of administrative convenience.

(c) *The Public Sector Restraint Act Affirmed the Government's Commitment to Pay Equity*

88

No doubt the women hospital workers would say that erasing \$24 million of arrears is a peculiar form of affirmation, but the fact is that despite cuts to other services and programs the Act not only affirmed pay equity in principle but required an *immediate* pay equity wage increase to female hospital workers (albeit three years behind the original 1988 commitment). In a very tight budget, \$3.5 million was set aside for the immediate payment on the pay equity account.

(d) *The Appellant Union Was Invited to Participate in a Government Process Examining Alternatives*

89

The Board majority condemned the government's s. 1 case because of the government's failure to give adequate consideration to "alternative means" to combat the deficit. The only "alternative" mentioned to the House by the President of the Treasury Board was an additional 900 layoffs:

Twenty-four million dollars would have meant another 900 laid off in the hospital sector — 900 jobs. So we had a choice to make, and we chose to remove the retroactivity from the pay equity agreement.

(*Hansard, supra*, at p. 362)

élevé du déficit qui s'annonçait pour 1991-1992. Dans un sens, l'ampleur de cette dette illustre bien l'importance de la discrimination dont étaient victimes les employées d'hôpitaux. Elle permet néanmoins d'établir une distinction avec l'arrêt *Eldridge*, précité, où le coût à payer pour se conformer n'était rien de plus qu'une question de commodité administrative.

c) *La Public Sector Restraint Act confirmait l'engagement du gouvernement en matière d'équité salariale*

Il n'y a pas de doute que les employées d'hôpitaux diraient qu'effacer des arriérés de 24 millions de dollars est une forme de confirmation singulière, mais il reste que, malgré les réductions qu'elle prévoyait pour d'autres services et programmes, la Loi confirmait non seulement le principe de l'équité salariale, mais encore elle prescrivait une augmentation *immédiate* du salaire des employées d'hôpitaux (bien que ce fût trois ans plus tard que ce que prévoyait l'engagement initial de 1988) en vue de réaliser l'équité salariale. Dans un budget très serré, il était prévu qu'une somme de 3,5 millions de dollars serait versée immédiatement au titre de l'équité salariale.

d) *Le syndicat appelant a été invité à participer à l'examen des solutions qui s'offraient au gouvernement*

Les membres majoritaires du conseil d'arbitrage ont dénoncé la preuve du gouvernement fondée sur l'article premier pour le motif que ce dernier n'avait pas examiné suffisamment la possibilité de recourir à « d'autres moyens » de combattre le déficit. La seule « autre mesure » que le président du Conseil du Trésor a mentionnée devant l'Assemblée législative était la mise à pied de 900 autres personnes :

[TRADUCTION] Une somme de 24 millions de dollars aurait signifié la mise à pied de 900 autres personnes dans le secteur hospitalier — 900 emplois. Nous devons donc faire un choix et nous avons décidé de supprimer la rétroactivité prévue dans l'entente sur l'équité salariale.

(*Hansard, op. cit.*, p. 361)

The documentary evidence, however, demonstrates that other options were also considered and rejected including a hiring freeze, layoffs and cuts to other programs such as social assistance as well as tax increases. In fact, to avoid additional cuts the government also borrowed approximately \$50 million to finance its current expenses.

The criticism of the Board majority that the government failed adequately to consider alternative measures overlooks the more telling point that the appellant union, on behalf of the female hospital workers, had been invited by the government to participate in a process to identify just such alternative measures. The President of the Treasury Board stated (and the union led no evidence to the contrary) as follows:

... we made it quite clear at that point in time that we were not looking for compliance, we were not looking for support, we were not looking for their okay, we just wanted to make sure that if there was any other method that we had overlooked, that that possibility could be conveyed to us, so we did that and that first meeting with the four major unions was held on February 20. Then there was a request from the unions for a joint meeting — the first meeting was an individual meeting — there was a request for a joint meeting to clarify the choices we had facing us so that meeting was held on Sunday, 24th February.

. . .

... And we did get some feedback and some response from a couple of unions, but by and large we got none. [Emphasis added.]

(*Hansard, supra*, at p. 361)

In most s. 1 cases, the government has moved unilaterally to limit the *Charter* right or freedom without consulting with the rightsholders in advance. The union may not have liked the consultative process but there is no evidence that it was undertaken in bad faith.

La preuve documentaire démontre toutefois que d'autres possibilités ont également été examinées et rejetées, dont un gel d'embauche, des mises à pied, des réductions dans d'autres programmes comme l'aide sociale, ainsi que des augmentations d'impôt. En fait, pour éviter des réductions additionnelles, le gouvernement a aussi emprunté environ 50 millions de dollars pour financer ses dépenses courantes.

La critique formulée par les membres majoritaires du conseil d'arbitrage, selon laquelle le gouvernement n'a pas examiné suffisamment la possibilité de prendre d'autres mesures, ne tient pas compte du fait plus révélateur que le gouvernement avait invité le syndicat appelant à participer, au nom des employés d'hôpitaux, à un processus visant justement à déterminer quelles autres mesures étaient possibles. Le président du Conseil du Trésor a affirmé ceci (sans que le syndicat produise une preuve contraire) :

[TRADUCTION] ... nous avons alors indiqué très clairement que nous ne cherchions pas à obtenir une réponse favorable, que nous ne cherchions pas à obtenir un appui, que nous ne cherchions pas à obtenir leur accord; nous souhaitions seulement nous assurer que, s'il existait une autre solution possible qui nous avait échappé, elle pourrait nous être communiquée, c'est donc ce que nous avons fait et la première rencontre avec les quatre principaux syndicats a eu lieu le 20 février. Les syndicats ont alors demandé la tenue d'une rencontre générale — la première étant une rencontre individuelle — ils ont sollicité une rencontre générale afin de clarifier les choix dont nous disposions et cette rencontre a eu lieu le dimanche 24 février.

. . .

... Et bien qu'il y ait eu une certaine rétroaction et réponse de la part d'un ou deux syndicats, de façon générale, nous n'avons rien obtenu. [Je souligne.]

(*Hansard, op. cit.*, p. 361)

Dans la plupart des affaires relatives à l'article premier, le gouvernement a entrepris unilatéralement de restreindre un droit ou une liberté garantis par la *Charte*, sans consulter préalablement les titulaires de ce droit ou de cette liberté. Quoiqu'il n'ait peut-être pas gagné la faveur du syndicat, rien ne prouve que le processus de consultation a été amorcé de mauvaise foi.

90

91

92

(e) *The Government Was Mediating Claims Between a Number of Important Stakeholders*

e) *Le gouvernement servait de médiateur relativement à des demandes qui concernaient un certain nombre de parties intéressées importantes*

93

The women hospital workers were a disadvantaged group, but so in reality were the medical patients who lost access to 360 hospital beds, students of school boards whose transfers were frozen, and those who relied on other government programs that were reduced or eliminated (although it is true that in their case *Charter* rights were not implicated). As was pointed out in the House, “there was enough misery to go around”.

Les employées d’hôpitaux étaient un groupe défavorisé, mais c’était aussi, en réalité, le cas des patients qui perdaient 360 lits d’hôpitaux, des élèves des conseils scolaires dont les subventions étaient gelées et des personnes qui dépendaient d’autres programmes gouvernementaux qui étaient réduits ou supprimés (bien qu’il soit vrai que, dans leur cas, aucun droit garanti par la *Charte* n’était en cause). Comme on l’a souligné devant l’Assemblée législative, [TRADUCTION] « il y avait déjà suffisamment de problèmes à régler ».

94

It is also true that the government here wore two hats potentially in conflict, firstly as steward of the financial health of the Province and secondly as an employer who owed a \$24 million debt to its female workers. The beneficiaries of other public programs did not necessarily have a contractual right to the benefit, as did the women hospital workers. Nevertheless there were numerous legitimate claims on the public purse by disadvantaged people which the government was bound to mediate and this provides important context to the budgetary decisions that were made. This point was made by La Forest J. in upholding the constitutional validity of the *Retail Business Holidays Act* in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 795:

Il est également vrai qu’en l’espèce le gouvernement jouait deux rôles potentiellement inconciliables, premièrement, en tant que responsable de la santé financière de la province et, deuxièmement, en tant qu’employeur qui devait une somme de 24 millions de dollars à ses employées. Les bénéficiaires d’autres programmes publics n’avaient pas nécessairement un droit contractuel à cette somme, contrairement aux employées d’hôpitaux. Cependant, le gouvernement devait servir de médiateur relativement à de nombreuses demandes légitimes de deniers publics émanant de personnes défavorisées et c’est dans ce contexte important que les décisions budgétaires ont été prises. Le juge La Forest a fait cette remarque en confirmant la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 795 :

... having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

... ayant reconnu l’importance de l’objectif du législateur en l’espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l’objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l’être qu’au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d’un groupe grèvera inévitablement les droits d’autres groupes. Il n’y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu’il est justifié dans le cadre d’une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d’une marge

manoeuvre to meet these conflicting pressures. [Emphasis added.]

See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 999.

In this context, the requirement that the measure impair “as little as possible” the infringed *Charter* right cannot be applied in a way that is blind to the consequences for other social, educational and economic programs. The provincial government in this case *could* have thrown other claims and priorities to the winds and simply paid the \$24 million but in its view, the cuts it would have had to make elsewhere to permit this to happen would have created even greater grief and social disruption. The budget is simply a forum for juggling spending priorities of all types. It is not convincing simply to declare that an expenditure to achieve a s. 15 objective must necessarily rank ahead of hospital beds or school rooms. To do so would be to ignore the very difficult context in which these decisions were made.

As in most cases, resourceful counsel, with the benefit of hindsight, can multiply the alternatives. It was suggested, for example, that the government could have frozen the step progressions (0.5 percent of the payroll) rather than postponing pay equity and extinguishing the accumulated 1988-91 benefits. This, too, might have been a justifiable approach, but there is no compelling rule that says step progression should have been denied all employees, including women, in order to keep to the original schedule of the pay equity program. The Act might also be criticized for its failure to recognize the different situations of workers who had retired prior to March 31, 1991, and who were thus denied altogether the benefits intended to flow from the Pay Equity Agreement. However, to make a special provision for these people would have required drawing distinctions *within* the class of female hospital workers who were employed in the 1988-91 period, favouring some and not others. The attempt to solve the problem of inequality among the larger group of hospital workers would create another inequality within the smaller group of female hospital workers.

de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. [Je souligne.]

Voir aussi l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 999.

Dans le présent contexte, on ne saurait exiger que la mesure porte « le moins possible » atteinte au droit en question garanti par la *Charte* sans tenir compte des conséquences sur les autres programmes sociaux, éducatifs et économiques. En l’espèce, le gouvernement provincial *aurait* pu sacrifier les autres demandes et priorités et simplement verser la somme de 24 millions de dollars, mais il a jugé que les réductions qui se seraient révélées nécessaires dans d’autres secteurs auraient engendré encore plus de mécontentement et de bouleversements sociaux. Le budget est simplement une occasion de gérer toutes sortes de priorités en matière de dépense. Il ne suffit pas d’affirmer simplement qu’une dépense destinée à réaliser un objectif prévu à l’art. 15 doit nécessairement passer avant des lits d’hôpitaux ou des salles de classe. Cela reviendrait à faire abstraction du contexte très difficile dans lequel ces décisions sont prises.

Comme dans la plupart des cas, un avocat ingénieux peut, avec le recul, multiplier les solutions possibles. Par exemple, on a indiqué que le gouvernement aurait pu geler les augmentations d’échelon salarial (0,5 pour 100 de la masse salariale) au lieu de reporter la réalisation de l’équité salariale et d’effacer les avantages accumulés pour les années 1988 à 1991. Cela aussi aurait pu être une approche justifiable, mais il n’y a aucune règle impérative qui prévoit que les augmentations d’échelon salarial auraient dû être refusées à tous les employés, y compris les femmes, afin de respecter l’échéancier initial du programme d’équité salariale. On pourrait reprocher à la Loi de ne pas tenir compte de la situation différente des gens qui avaient pris leur retraite avant le 31 mars 1991 et qui se voyaient ainsi complètement privés des avantages qui devaient découler de l’entente sur l’équité salariale. Toutefois, pour assujettir ces personnes à une disposition particulière, il aurait fallu établir, *au sein de* la catégorie des employées d’hôpitaux en poste de 1988 à 1991, des distinctions favorables à certaines et non à d’autres. La tentative de régler le problème de

95

96

I cannot say that the government's "line drawing" in this instance is fatal to its s. 1 defence.

l'inégalité au sein du groupe général des employés d'hôpitaux créerait une autre inégalité au sein du petit groupe des femmes qui travaillent dans les hôpitaux. Je ne peux pas affirmer que la ligne tracée, en l'espèce, par le gouvernement est fatale pour sa défense fondée sur l'article premier.

97

I believe we should affirm what we said in *Martin*, *supra*, namely that "[b]udgetary considerations in and of themselves cannot normally be invoked as a free-standing pressing and substantial objective for the purposes of s. 1 of the *Charter*" (para. 109). But we should also affirm the factual finding by the Newfoundland courts that the spring of 1991 was not a normal time. It was an exceptional financial crisis that called for an exceptional response. I agree with the motions judge that the government response was tailored to minimally impair rights in the context of the problem it confronted. The government has therefore discharged its onus under this branch of the *Oakes* test.

Je crois que nous devrions confirmer ce que nous avons dit dans l'arrêt *Martin*, précité, à savoir que « [n]ormalement, les considérations budgétaires à elles seules ne peuvent pas être invoquées en tant qu'objectif urgent et réel distinct pour l'application de l'article premier de la *Charte* » (par. 109). Cependant, nous devrions aussi confirmer la constatation de fait des tribunaux de Terre-Neuve que la situation n'était pas normale au printemps de 1991. Il y avait alors une crise financière exceptionnelle qui commandait des mesures exceptionnelles. Je conviens avec le juge des requêtes que les mesures prises par le gouvernement afin de régler le problème auquel il faisait face étaient conçues de manière à ne porter qu'une atteinte minimale à des droits. Le gouvernement s'est donc acquitté du fardeau qui lui incombait en vertu de ce volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

(5) Proportionality of Means to Objective

(5) La proportionnalité entre les moyens utilisés et l'objectif visé

98

The salutary effects of the legislation were far reaching. Maintaining the credit rating had a positive effect on interest rates and lender confidence. The government was better able to finance the provincial debt and continue to provide essential programs to its residents. The effect of the Act on the *Charter* rights of female employees who continued to work after March 1991, in purely financial terms, was to defer pay equity and leave the women hospital workers with their traditionally lower wage scales for a further three years. In light of the exceptional circumstances already recited, I accept on a balance of probabilities that the detrimental impact of a delay in achieving pay equity, deeply unfortunate as it was, did not outweigh the importance of preserving the fiscal health of a provincial government through a temporary but serious financial crisis. The seriousness of that crisis, combined with the relative size of the \$24 million required to bring

La mesure législative a eu des effets bénéfiques d'une grande portée. Le maintien de la cote de crédit a eu un effet positif sur les taux d'intérêt et sur la confiance des prêteurs. Le gouvernement était mieux en mesure de financer la dette de la province et de continuer d'offrir des programmes essentiels à ses résidents. Du point de vue strictement financier, l'effet de la Loi sur les droits garantis par la *Charte* aux employées qui travaillaient toujours après mars 1991 a été de reporter la réalisation de l'équité salariale et de maintenir, pour une période supplémentaire de trois ans, les salaires traditionnellement moins élevés que touchaient les employées d'hôpitaux. Compte tenu des circonstances exceptionnelles qui ont déjà été exposées, je reconnais, selon la prépondérance des probabilités, que, si regrettable soit-il, l'effet préjudiciable d'un report de la réalisation de l'équité salariale ne l'emportait pas sur l'importance de préserver la santé financière d'un

pay equity in line with the original schedule, are the compelling factors in that respect.

(6) Proportionality of Salutory Effects of the Act to Deleterious Effects of the Act

For the reasons already stated, the evidence shows that taken as a whole the fiscal measures adopted by the Province did more good than harm, despite the adverse effects on the women hospital workers, serious and deeply regrettable though such adverse effects were.

(7) Should Conformity with the Separation of Powers Doctrine Be Added as an Element of the Section 1 Analysis?

As stated, Marshall J.A. proposed that a court should ask itself at each stage of the s. 1 analysis whether the judicial response to the questions posed conform to the separation of powers doctrine. He wrote, at para. 362:

... it cannot be said that s. 1 endows the judiciary with licence to stand in the shoes of the other branches of government as ultimate arbitrator of which policy choices were in the best interests of the governed. For the foregoing reasons, it would appear that the *Oakes* proportionality requirements court such a risk. Accordingly, it seems that some revisitation of them is in order.

The essential propositions advanced by Marshall J.A. were that the *Oakes* test does not sufficiently respect the actual wording of s. 1 of the *Charter* (para. 262) and that in the result inadequate deference is paid to legislative and executive choices at each and every stage of the s. 1 justification. It is thus out of step with the doctrine of the separation of powers. While I respect the care and detail with which Marshall J.A. set out his concerns in the course of a 231-page judgment, I do not agree with his analysis.

gouvernement provincial aux prises avec une crise financière temporaire mais grave. Les facteurs déterminants à cet égard sont la gravité de cette crise, conjuguée à l'importance relative de la somme de 24 millions de dollars requise pour réaliser l'équité salariale conformément à l'échéancier initial.

(6) La proportionnalité entre les effets bénéfiques de la Loi et ses effets néfastes

Pour les raisons déjà exposées, la preuve démontre que, dans l'ensemble, les mesures financières prises par la province ont été plus bénéfiques que pernicieuses malgré les effets préjudiciables, si graves et regrettables qu'ils aient pu être, qu'elles ont eues sur les employés d'hôpitaux.

(7) Devrait-on ajouter la conformité avec le principe de la séparation des pouvoirs aux éléments de l'analyse fondée sur l'article premier?

Comme nous l'avons vu, le juge Marshall a proposé que les tribunaux se demandent, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier, si la réponse qu'ils donnent aux questions qui leur sont posées est conforme au principe de la séparation des pouvoirs. Il a écrit (par. 362) :

[TRADUCTION] ... on ne peut pas dire que l'article premier autorise les tribunaux à se substituer aux autres branches du gouvernement comme arbitre qui décide de manière irrévocable quels choix de politique générale sont dans le meilleur intérêt des administrés. Pour les motifs qui précèdent, les exigences de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* sembleraient poser un tel risque. Par conséquent, un réexamen de ces exigences semble s'imposer.

Le juge Marshall faisait essentiellement remarquer que le critère de l'arrêt *Oakes* n'est pas assez fidèle au libellé même de l'article premier de la *Charte* (par. 262) et qu'en définitive les choix des pouvoirs législatif et exécutif ne sont pas traités avec suffisamment de retenue ou déférence à chaque étape de la justification au regard de l'article premier. Il ne s'harmonise donc pas avec le principe de la séparation des pouvoirs. Tout en respectant la façon minutieuse et détaillée dont le juge Marshall a exposé ses préoccupations dans son jugement de 231 pages, je ne souscris pas à son analyse.

99

100

101

(a) *Fidelity to the Text of Section 1*

102

The *Oakes* test, of course, is itself based on the text of s. 1. Thus in *Oakes* itself, Dickson C.J. observed at p. 137:

It is clear from the text of s. 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word “demonstrably” which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit: *Hunter v. Southam Inc.* . . .

103

The textual analysis was carried forward by McLachlin J. in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. Referring to the words “reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”, she wrote at paras. 128 and 136:

The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament’s choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word “reasonable” of rational inference from evidence or established truths.

. . . [C]are must be taken not to extend the notion of deference too far. Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. Parliament has its role: to choose the appropriate response to social problems within the limiting framework of the Constitution. But the courts also have a role: to determine, objectively and impartially, whether Parliament’s choice falls within the limiting framework of the Constitution. The courts are no more permitted to abdicate their responsibility than is Parliament. To carry judicial deference to the point of accepting Parliament’s view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which

a) *Fidélité au texte de l’article premier*

Il est évident que le critère de l’arrêt *Oakes* repose lui-même sur le texte de l’article premier. C’est ainsi que, dans l’arrêt *Oakes* même, le juge en chef Dickson fait observer ceci, à la p. 137 :

Il ressort nettement du texte de l’article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l’objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l’article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C’est ce que confirme l’emploi de l’expression « puisse se démontrer » qui indique clairement qu’il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu’elle est justifiée : *Hunter c. Southam Inc.* . . .

La juge McLachlin a poursuivi l’analyse textuelle dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Au sujet des mots « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique », elle a écrit, aux par. 128 et 136 :

Il ne s’agit pas de procéder par simple intuition, ou d’affirmer qu’il faut avoir de l’égard pour le choix du Parlement. Il s’agit d’un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme « raisonnable » selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

. . . [I]l faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu’au point de libérer le gouvernement de l’obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu’il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle : choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle : déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s’inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n’ont pas plus le droit que le Parlement d’abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l’intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s’ils portaient le respect jusqu’au point d’accepter le point de vue du Parlement simplement pour le

our constitution and our nation is founded. [Emphasis added.]

No doubt Parliament and the legislatures, generally speaking, *do* enact measures that they, representing the majority view, consider to be reasonable limits that have been demonstrated to *their* satisfaction as justifiable. Deference to the legislative choice to the degree proposed by Marshall J.A. would largely circumscribe and render superfluous the independent second look imposed on the courts by s. 1 of the *Charter*. Deference to the majority view on that scale would leave little protection to minorities. Marshall J.A.'s proposal, with respect, is not based on fidelity to the text of s. 1 but to dilution of the requirement of “demonstrable” justification.

(b) *The Separation of Powers*

No one doubts that the courts and the legislatures have different roles to play, and that our system works best when constitutional actors respect the role and mandate of other constitutional actors, including an “appreciation by the judiciary of its own position in the constitutional scheme” (*Auditor General, supra*, at p. 91, *per* Dickson C.J.). While the separation of powers is a defining feature of our constitutional order (*PEI Provincial Court Judges Reference, supra*), the separation of powers cannot be invoked to undermine the operation of a specific written provision of the Constitution like s. 1 of the *Charter*. Section 1 itself expresses an important aspect of the separation of powers by defining, within its terms, limits on legislative sovereignty.

Judicial review of governmental action long predates the adoption of the *Charter*. Since Confederation, courts have been required by the Constitution to ensure that state action complies with the Constitution. The *Charter* has placed new limits on government power in the area of human rights, but judicial review of those limits involves the

motif que le problème est sérieux et la solution difficile. [Je souligne.]

Il n’y a aucun doute qu’en général le Parlement et les législatures *prennent* des mesures qui pour eux, qui représentent l’opinion de la majorité, constituent des limites raisonnables dont la justification a été démontrée à *leur* satisfaction. Le niveau de déférence que le juge Marshall propose à l’égard du choix du législateur aurait pour effet de circoncrire énormément et de rendre superflu le second regard indépendant que les tribunaux doivent jeter en vertu de l’article premier de la *Charte*. Une telle déférence à l’égard de l’opinion de la majorité accorderait peu de protection aux minorités. En toute déférence, la proposition du juge Marshall repose non pas sur la fidélité au texte de l’article premier, mais sur une édulcoration de l’exigence d’une justification qui « puisse se démontrer ».

b) *La séparation des pouvoirs*

Personne ne doute que les pouvoirs judiciaire et législatif ont des rôles différents à jouer et que notre système atteint son efficacité maximale lorsque des acteurs constitutionnels respectent le rôle et le mandat des autres acteurs constitutionnels, y compris « l’appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel » (*Vérificateur général, précité*, p. 91, le juge en chef Dickson). Bien qu’elle soit l’une des caractéristiques déterminantes de notre régime constitutionnel (*Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard, précité*), la séparation des pouvoirs ne peut pas être invoquée pour nuire à l’application d’une disposition écrite particulière de la Constitution comme l’article premier de la *Charte*. L’article premier lui-même manifeste un aspect important de la séparation des pouvoirs en définissant, dans son texte, des limites de la souveraineté législative.

Le contrôle judiciaire des mesures gouvernementales remonte à une époque bien antérieure à l’adoption de la *Charte*. Depuis la Confédération, les tribunaux sont tenus *par* la Constitution de s’assurer de la constitutionnalité des mesures prises par l’État. La *Charte* a assujéti à de nouvelles limites le pouvoir du gouvernement dans le domaine des droits de

courts in the same *role* in relation to the separation of powers as they have occupied from the beginning, that of the constitutionally mandated referee. As the Court affirmed in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56, “. . . it is not the courts which limit the legislatures. Rather, it is the Constitution, which must be interpreted by the courts, that limits the legislatures. This is necessarily true of all constitutional democracies.”

106 It is evident that adoption of the *Charter* placed new limits on the sovereignty of Parliament, as Marshall J.A. freely acknowledges in his decision, at para. 246:

A true perspective of the *Charter* is that it added another arrow to the quiver of the individual’s arsenal, broadening the scope of challenge to laws and actions of the legislative and executive arms of government. This observation in no way detracts from the importance of the *Charter*. The greater protection it accords to basic fundamental rights and freedoms, and its tempering of the powers of the political branches of government in its redefining of long-established concepts of parliamentary supremacy, herald reforms of no insignificant moment. [Emphasis added.]

107 Marshall J.A. makes a number of suggestions as to how this redefinition of Parliamentary sovereignty can be squared with his view of the Separation of Powers.

108 Firstly, Marshall J.A. would seemingly impose on a rights claimant not only the onus of establishing entitlement to the right but also of showing that its exercise “in the specific circumstances” of the case is reasonable. He writes at para. 244:

The new constitutional mechanism for enforcing fundamental rights rather addressed individual impotence in the face of encroachments upon them by providing a means of their protection through the courts to the extent that their exercise in the specific circumstances obtaining could be shown reasonable in a free and democratic society. [Emphasis added.]

la personne, mais le contrôle judiciaire de ces limites amène les tribunaux à jouer, à l’égard de la séparation des pouvoirs, le même *rôle* qu’ils ont joué dès le début, c’est-à-dire celui d’arbitre mandaté par la Constitution. Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56, « [c]e ne sont [. . .] pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. »

Il est évident que l’adoption de la *Charte* a assujéti à de nouvelles limites la souveraineté du Parlement, comme le reconnaît volontiers le juge Marshall, au par. 246 de sa décision :

[TRADUCTION] Une bonne façon d’aborder la *Charte* est de considérer qu’elle a fourni une arme de plus à celles dont disposent les individus, en élargissant la portée de la contestation des lois et des mesures prises par les branches législative et exécutive du gouvernement. Cette remarque ne diminue en rien l’importance de la *Charte*. La plus grande protection qu’elle accorde aux droits et libertés fondamentaux et son atténuation des pouvoirs des organes politiques du gouvernement par sa redéfinition des concepts de longue date de la suprématie du Parlement laissent présager des réformes assez lourdes de conséquences. [Je souligne.]

Le juge Marshall propose diverses manières de concilier cette redéfinition de la souveraineté du Parlement avec sa conception de la séparation des pouvoirs.

Premièrement, le juge Marshall imposerait apparemment à la personne qui invoque un droit l’obligation non seulement d’établir qu’elle peut l’invoquer, mais aussi de prouver que l’exercice de ce droit [TRADUCTION] « eu égard aux circonstances particulières » de l’affaire est raisonnable. Il écrit, au par. 244 :

[TRADUCTION] Le nouveau mécanisme constitutionnel qui permettait de faire respecter des droits fondamentaux visait plutôt à remédier à l’impuissance des individus face aux atteintes dont ils sont victimes, en leur donnant le moyen d’obtenir une protection par l’intermédiaire des tribunaux dans la mesure où ils pouvaient démontrer que, eu égard aux circonstances particulières, l’exercice de ces droits était raisonnable dans le cadre d’une société libre et démocratique. [Je souligne.]

To the extent Marshall J.A. is advocating a removal of the onus on government to justify infringement of a *Charter* right, and to substitute an onus under s. 1 on the complainant to show that his or her exercise of the right is reasonable, it would again contradict the text of s. 1 in which the word “reasonable” modifies “limits” not “rights”. Nowhere in the *Charter* is it suggested that the exercise of fundamental rights and freedoms should be presumed unreasonable unless and until a claimant proves the contrary “in the specific circumstances”.

Secondly, Marshall J.A. would seemingly remove from judicial scrutiny “policy initiatives within the purview of the political branches of government”. He writes, at paras. 362 and 351:

It is true that s. 1 effectively invests it [the judiciary] with responsibility to pass upon the justifiability of policy choices behind *Charter* infringements. However, that power is exercisable in the context of judicial deference to the other branches of government, and in harmony with the Separation of Powers Doctrine.

. . . .

In the result, s. 1 of the *Charter* is harmonized with the Separation of Powers Doctrine by foreclosing the potential for the judiciary to assume the role of final arbitrator of the correctness of policy initiatives within the purview of the political branches of government.

The “political branches” of government are the legislature and the executive. Everything that they do by way of legislation and executive action could properly be called “policy initiatives”. If the “political branches” are to be the “final arbitrator” of compliance with the *Charter* of their “policy initiatives”, it would seem the enactment of the *Charter* affords no real protection at all to the rightsholders the *Charter*, according to its text, was intended to benefit. *Charter* rights and freedoms, on this reading, would offer rights without a remedy.

Dans la mesure où le juge Marshall préconise de remplacer l’obligation du gouvernement de justifier l’atteinte à un droit garanti par la *Charte*, par l’obligation du plaignant de prouver, en vertu de l’article premier, que l’exercice de son droit est raisonnable, cela contredit encore une fois le texte de l’article premier dans lequel l’adjectif « raisonnable » qualifie le mot « limites » et non le mot « droits ». Rien n’indique dans la *Charte* que l’exercice de droits et libertés fondamentaux doit être présumé déraisonnable tant et aussi longtemps que la personne qui les invoque ne prouve pas le contraire « eu égard aux circonstances particulières ».

Deuxièmement, le juge Marshall soustrairait apparemment à l’examen judiciaire les [TRADUCTION] « stratégies relevant des organes politiques du gouvernement ». Il écrit (par. 362 et 351) :

[TRADUCTION] Il est vrai que l’article premier [. . .] confie effectivement [aux tribunaux] la responsabilité d’examiner si les choix de politique générale qui sous-tendent des violations de la *Charte* sont justifiables. Toutefois, ils ne peuvent exercer ce pouvoir qu’en conformité avec la déférence dont ils doivent faire montre à l’égard des autres branches du gouvernement, et avec le principe de la séparation des pouvoirs.

. . . .

En définitive, l’article premier de la *Charte* est harmonisé avec le principe de la séparation des pouvoirs en empêchant les tribunaux de jouer le rôle d’arbitre qui tranche de manière irrévocable la question de la justesse des stratégies relevant des organes politiques du gouvernement.

Les « organes politiques » du gouvernement sont les pouvoirs législatif et exécutif. Toutes les mesures que chacun des pouvoirs législatif et exécutif prend pourraient à juste titre être qualifiées de « stratégies ». Si les « organes politiques » devaient être l’« arbitre qui tranche de manière irrévocable » la question de la conformité de leurs « stratégies » avec la *Charte*, il semblerait alors que l’adoption de la *Charte* n’accorde aucune protection véritable aux titulaires des droits à qui, d’après son libellé, elle est censée profiter. Selon cette interprétation, les droits et libertés garantis par la *Charte* confèreraient des droits non assortis d’une réparation.

109

110

111

112 Thirdly, Marshall J.A. would preclude the courts from looking at alternative measures the “political branches” might have adopted to achieve their legitimate objectives with minimal impairment to *Charter* rights and freedoms. Thus he writes, at para. 424:

A perusal of s. 1’s wording reflects intent that the judicial justification power be rationalized through deference to the adopted policy choice without inquiry into other options which the judiciary might consider to have been available. [Emphasis added.]

113 With respect, it is difficult to understand how a court could satisfy itself that a particular legislative limit is “reasonable” if it is blinkered from considering whether other less limiting measures were available.

114 Marshall J.A.’s concerns lead back to his fundamental point that in appropriate cases, courts should defer to legislative and executive choices. Yet it is not at all necessary to rewrite the Court’s jurisprudence to reflect this concern. While I do not agree with Marshall J.A. that the courts should “oil th[e] hinges” of the *Oakes* test to ensure that it “swing[s] in harmony with the Separation of Powers” (because in my view such an approach would contradict the explicit wording of s. 1), it is nevertheless clear that there is built into the *Oakes* test a healthy respect for legislative choice in areas of economic and social policy. Marshall J.A. himself quotes approvingly (at para. 427) from the reasons of Dickson C.J. in *PSAC, supra*, on the subject of judicial deference at p. 442:

In my opinion, courts must exercise considerable caution when confronted with difficult questions of economic policy. It is not our judicial role to assess the effectiveness or wisdom of various government strategies for solving pressing economic problems. The question how best to combat inflation has perplexed economists for several generations. It would be highly undesirable for the courts to attempt to pronounce on the relative importance of various suggested causes of inflation, such as the expansion of the money supply, fiscal deficits, foreign inflation or

Troisièmement, le juge Marshall empêcherait les tribunaux d’examiner les autres mesures que les « organes politiques » auraient pu adopter pour réaliser leurs objectifs légitimes en ne portant qu’une atteinte minimale aux droits et libertés garantis par la *Charte*. C’est ainsi qu’il écrit (par. 424) :

[TRADUCTION] Il ressort d’un examen attentif du texte de l’article premier qu’on voulait que les tribunaux exercent leur pouvoir en matière de justification en faisant montre de déférence à l’égard des choix de politique générale qui ont été faits et sans examiner les autres possibilités qui, selon eux, pourraient avoir existé. [Je souligne.]

En toute déférence, il est difficile de comprendre comment un tribunal pourrait s’assurer qu’une restriction législative donnée est « raisonnable » s’il lui est interdit d’examiner si d’autres mesures moins restrictives pouvaient être adoptées.

Les préoccupations du juge Marshall ramènent à sa remarque fondamentale selon laquelle les tribunaux devraient, dans des cas appropriés, faire montre de déférence à l’égard des choix des pouvoirs législatif et exécutif. Pourtant, il n’est absolument pas nécessaire de récrire toute la jurisprudence de la Cour pour dissiper cette crainte. Bien que je ne souscrive pas à l’avis du juge Marshall que les tribunaux devraient [TRADUCTION] « peaufiner » le critère de l’arrêt *Oakes* « afin d’en assurer l’harmonisation avec la séparation des pouvoirs » (parce que, selon moi, une telle approche irait à l’encontre du libellé explicite de l’article premier), il est néanmoins clair que le critère de l’arrêt *Oakes* incorpore une saine déférence pour les choix du législateur dans les domaines de la politique économique et sociale. Le juge Marshall cite lui-même (au par. 427), en les approuvant, les motifs du juge en chef Dickson dans l’arrêt *AFPC*, précité, p. 442, qui portent sur la déférence judiciaire :

À mon avis, les tribunaux doivent faire preuve de prudence considérable lorsqu’ils sont confrontés à des questions difficiles de politique économique. Il n’appartient pas à la magistrature d’évaluer l’efficacité ou la sagesse des diverses stratégies gouvernementales adoptées pour résoudre des problèmes économiques urgents. La question de la meilleure forme de lutte contre l’inflation embarrasse les économistes depuis plusieurs générations. Il ne serait guère souhaitable que les tribunaux tentent de se prononcer sur l’importance relative de ce qui,

the built-in inflationary expectations of individual economic actors. A high degree of deference ought properly to be accorded to the government's choice of strategy in combatting this complex problem.

It is difficult to think that when he wrote those words in 1987, Dickson C.J. overlooked what he had said the previous year in *Oakes*. On the contrary, what the Chief Justice wrote in the *PSAC* case entirely conforms to what he had said in the *Oakes* test. He saw no need to amend the *Oakes* test on this point at that time and, with respect, I do not believe Marshall J.A. has made out a persuasive case for its modification in the present appeal.

In summary, whenever there are boundaries to the legal exercise of state power such boundaries have to be refereed. Canadian courts have undertaken this role in relation to the division of powers between Parliament and the provincial legislatures since Confederation. The boundary between an individual's protected right or freedom and state power must also be refereed. The framers of the *Charter* identified the courts as the referee. While I recognize that the separation of powers is an important constitutional principle, I believe that the s. 1 test set out in *Oakes* and the rest of our voluminous s. 1 jurisprudence already provides the proper framework in which to consider what the doctrine of separation of powers requires in particular situations, as indeed was the case here. To the extent Marshall J.A. invites a greater level of deference to the will of the legislature, I believe acceptance of such an invitation would simply be inconsistent with the clear words of s. 1 and undermine the delicate balance the *Charter* was intended to achieve. I would therefore not do as he suggests.

D. Conclusion

The constitutional questions should therefore be answered as follows:

croit-on, cause l'inflation, comme l'expansion de la masse monétaire, les déficits fiscaux, l'inflation étrangère ou les perspectives inflationnistes inhérentes de divers acteurs économiques individuels. C'est à bon droit qu'une grande déférence doit être manifestée envers le choix par le gouvernement d'une stratégie pour combattre ce problème complexe.

Il est difficile de croire que, lorsqu'il a écrit ces mots en 1987, le juge en chef Dickson avait oublié les propos qu'il avait tenus l'année précédente dans l'arrêt *Oakes*. Au contraire, ce que le Juge en chef a écrit dans l'arrêt *AFPC* est entièrement conforme à ce qu'il avait mentionné dans le critère de l'arrêt *Oakes*. Il ne voyait pas, à ce moment-là, l'utilité de modifier le critère de l'arrêt *Oakes* à cet égard et, en toute déférence, je ne crois pas que le juge Marshall ait démontré de manière convaincante la nécessité de le modifier en l'espèce.

En résumé, chaque fois qu'il existe des limites à l'exercice licite du pouvoir de l'État, ces limites doivent être soumises à un arbitre. Depuis la Confédération, les tribunaux canadiens jouent ce rôle relativement au partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales. La ligne de démarcation entre le droit ou la liberté garantis à une personne et le pouvoir de l'État doit aussi être soumise à un arbitre. Les rédacteurs de la *Charte* ont désigné les tribunaux comme arbitre. Tout en reconnaissant que la séparation des pouvoirs est un principe constitutionnel important, je crois que le critère relatif à l'article premier, qui a été formulé dans l'arrêt *Oakes* et le reste de notre jurisprudence abondante portant sur cet article, fournit déjà le cadre approprié pour l'examen des exigences du principe de la séparation des pouvoirs dans des situations données, comme c'était effectivement le cas en l'espèce. Dans la mesure où le juge Marshall invite à faire montre d'une plus grande déférence à l'égard de la volonté du législateur, je crois qu'accepter de le faire irait tout simplement à l'encontre du texte clair de l'article premier et romprait l'équilibre délicat que la *Charte* visait à établir. Je suis donc d'avis de rejeter ce qu'il propose de faire.

D. Conclusion

Les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes :

115

116

117

1. Does s. 9 of the *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, c. 3, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

VI. Disposition

118 The appeal is dismissed with costs to the respondent.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees, St. John's, Newfoundland and Labrador.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, St. John's, Newfoundland and Labrador.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitor for the interveners the Canadian Association for Community Living, the Canadian Hearing Society, and the Council of Canadians with Disabilities: ARCH, A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

Solicitors for the interveners the Hospital Employees' Union, the British Columbia

1. L'article 9 de la *Public Sector Restraint Act*, S.N. 1991, ch. 3, porte-t-il atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

VI. Dispositif

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de l'intimée.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante : Newfoundland and Labrador Association of Public and Private Employees, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureur des intervenants l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, la Société canadienne de l'ouïe et le Conseil des Canadiens avec déficiences : ARCH, A Legal Resource Centre for Persons with Disabilities, Toronto.

Procureurs des intervenants le Syndicat des employés d'hôpitaux, le Syndicat des

Government and Service Employees' Union, and the Health Sciences Association: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.

fonctionnaires provinciaux et de service de la Colombie-Britannique et l'Association des sciences de la santé : Arvay Finlay, Victoria.

Procureur de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.