

A-742-85

A-742-85

Denise Headley and Local 613, Canada Employment and Immigration Union (of the Public Service Alliance of Canada) (Applicants)

v.

Public Service Commission Appeal Board (Respondent)

INDEXED AS: HEADLEY v. CANADA (PUBLIC SERVICE COMMISSION APPEAL BOARD)

Court of Appeal, Pratte, Urie and MacGuigan JJ.—Toronto, December 10 and 12, 1986; Ottawa, January 26, 1987.

Public service — Selection process — Competitions — Applicant screened out as not proficient in any of languages specified as basic qualification — No denial of equal treatment — Incumbents and applicants not constituting similarly situated groups — Imposition of new qualification neither unreasonable nor unfair — Inherent right of management to establish qualifications — Application to set aside respondent's decision, dismissed — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 10 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Applicant not meeting language requirement specified as basic qualification — Whether denied equal treatment in that incumbents not subject to requirement — Analysis of s. 15 — Enumerated and non-enumerated grounds of discrimination — Burden of proving discrimination based on language not discharged — Prima facie case of unreasonableness not established — No unequal treatment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 15 — Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 1.

The applicant, who sought a CR-4 position at the Canada Employment and Immigration Commission, was screened out on the ground that she did not possess proficiency in any of the six languages specified as a basic qualification. The applicant contends that the Public Service Commission Appeal Board erred in law in dismissing her appeal based on section 15 of the Charter. She alleges having been denied equal treatment on the ground that the incumbents of that position were not subject to such a language requirement.

Held, the section 28 application should be dismissed.

Per MacGuigan J.: The necessity for a complainant to prove a more than "trivial or insubstantial" violation of rights, as

Denise Headley et le local 613 du Syndicat de l'emploi et de l'immigration du Canada (de l'Alliance de la Fonction publique du Canada)

^a (requérants)

c.

Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique (intimé)

RÉPERTORIÉ: HEADLEY c. CANADA (COMITÉ D'APPEL DE LA COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE)

Cour d'appel, juges Pratte, Urie et MacGuigan—Toronto, 10 et 12 décembre 1986; Ottawa, 26 janvier 1987.

Fonction publique — Procédure de sélection — Concours — La requérante a été éliminée à la présélection pour son manque de connaissance suffisante d'au moins l'une des langues mentionnées dans l'énoncé des qualités requises — Elle n'a pas été privée du droit à l'égalité — Les titulaires et les postulants d'un emploi ne constituent pas des groupes qui se trouvent dans une situation semblable — L'adjonction d'une nouvelle qualité n'était ni déraisonnable ni injuste — Droit inhérent de la direction d'établir les qualités requises pour un emploi — La demande en vue de l'annulation de la décision de l'intimé a été rejetée — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 10 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La requérante ne satisfaisait pas aux exigences linguistiques mentionnées dans l'énoncé des qualités requises — A-t-elle été privée du droit à l'égalité du fait que les titulaires de l'emploi qu'elle brigait n'étaient pas assujettis aux mêmes exigences? — Analyse de l'art. 15 — Motifs de distinction énumérés et motifs de distinction non énumérés — La requérante n'a pas réussi à prouver, comme il lui incombait, qu'il y a eu discrimination fondée sur la langue — Elle n'a pas prouvé l'absence à première vue de limites raisonnables — Il n'y a pas eu inégalité de traitement — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 15 — Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 1.

La requérante, qui tentait d'obtenir un poste de niveau CR-4 à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, a été éliminée à la présélection pour son manque de connaissance suffisante d'au moins l'une des six langues mentionnées dans l'énoncé des qualités requises. La requérante soutient que le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique a commis une erreur de droit en rejetant son appel fondé sur l'article 15 de la Charte. Elle allègue avoir été privée du droit à l'égalité en raison du fait que les titulaires de ce poste n'ont pas été soumis à une telle exigence linguistique.

Arrêt: la demande fondée sur l'article 28 devrait être rejetée.

Le juge MacGuigan: L'obligation pour le plaignant de prouver que la violation de ses droits est plus que «négligeable ou

those words were used in the Supreme Court of Canada decision in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* extends to all the rights and freedoms guaranteed in the Charter. By enumerating specific grounds in section 15, the legislator has made the fundamental determination that pejorative distinctions based on those grounds constitute discrimination whereas in other cases the complainant has to prove that discrimination results. Non-trivial pejorative distinctions based on section 15 grounds are intended to be justified by governments under section 1 of the Charter rather than to be proved as infringements by complainants under section 15.

The applicant's burden of proving discrimination on the basis of language, without the benefit of an enumerated ground, has not been met. Management's right to establish qualifications for public service positions has been regarded as "inherent" at least since the decision of this Court in *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.). The only limitation section 15 imposes on management is that it must not discriminate in carrying out its responsibilities. The best criterion of discrimination was that stated by McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370. On the basis of that test, the complainant was required to establish a *prima facie* case of unreasonableness. The facts of the case, as found by the Board, demonstrate that she was unable to do so. Moreover, the applicant has failed to establish her case on her own proposed test—which was substantially that of McIntyre J.

Per Pratte J. (concurring in the result): For section 15 to apply, there must be an inequality; there must also be discrimination. There is inequality when persons who are similarly situated are treated differently; there is discrimination when that difference of treatment is neither fair nor reasonable. Both those elements are absent in the present case. Persons appointed to similar positions in the past and those in the applicant's situation cannot be said to be similarly situated. Section 15 guarantees equality only to those who, at a given moment, are in the same situation. Moreover, it is impossible, in view of the findings of the Board, to conclude that the imposition of a new qualification was both unreasonable and unfair.

Per Urie J. (concurring in the result): It is not necessary, for the purposes of this application, to decide which interpretation of section 15 is preferable. The facts clearly indicate that there was no inequality in treatment. Job qualifications must be flexible to meet changing operational requirements. Persons applying for a position and incumbents do not constitute similarly situated groups, which is a prerequisite for a finding of inequality.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.);

peu importantes», selon les mots utilisés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, s'étendant à tous les droits et libertés garantis par la Charte. En énumérant à l'article 15 des motifs précis de distinction illicite, le législateur a établi que les distinctions défavorables fondées sur ces motifs constituent de la discrimination, alors que le plaignant doit prouver qu'elle existe dans d'autres cas. C'est aux gouvernements qu'il appartient de justifier les distinctions défavorables importantes fondées sur les motifs prévus à l'article 15 en invoquant l'article premier, plutôt qu'aux plaignants de prouver qu'il y a violation de l'article 15.

b La requérante n'a pas réussi à prouver, comme il lui incombait, qu'il y a eu discrimination fondée sur la langue, sans recourir à un motif de discrimination énuméré. Le droit de la direction d'établir les qualités requises pour les postes de la Fonction publique est considéré comme «inhérent», du moins depuis la décision rendue par cette Cour dans l'affaire *Bauer c. Le comité d'appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626 (C.A.). La seule restriction que l'article 15 impose à la direction est de ne faire aucune discrimination dans l'exercice de ses fonctions. Le meilleur critère de la discrimination est celui qui a été énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370. Selon ce critère, la plaignante était tenue de prouver l'absence à première vue de limites raisonnables. Il résulte des faits de l'espèce, selon la conclusion du Comité, que la requérante n'a pas été capable de le faire. En outre, elle n'a pu établir le bien-fondé de ses prétentions selon son propre critère—qui était essentiellement celui du juge McIntyre.

e Le juge Pratte (motifs concordants quant au résultat): Pour que l'article 15 s'applique, il doit exister une inégalité; il doit y avoir également discrimination. Il y a inégalité lorsque des personnes placées dans une situation semblable sont traitées de façon différente; il y a discrimination quand ce traitement différent n'est ni juste ni raisonnable. Ces deux éléments sont absents en l'espèce. Les personnes nommées dans le passé à des postes semblables à celui que brigue la requérante, et celles qui se trouvent dans sa situation ne peuvent pas être considérées comme se trouvant dans une situation semblable. L'article 15 garantit l'égalité seulement à ceux qui, à un moment donné, se trouvent dans la même situation. En outre, il est impossible, étant donné les conclusions du Comité, de conclure que l'adjonction d'une nouvelle qualité était à la fois déraisonnable et injuste.

h Le juge Urie (motifs concordants quant au résultat): Il n'est pas nécessaire, aux fins de la présente demande, de déterminer quelle interprétation de l'article 15 il serait préférable d'adopter. Il ressort clairement des faits qu'il n'y a pas eu inégalité de traitement. Les qualités requises pour un emploi doivent être souples afin de satisfaire aux exigences variables du service. Les postulants et les titulaires d'un emploi ne constituent pas des groupes qui se trouvent dans une situation semblable, condition essentielle pour conclure à l'inégalité de traitement.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Bauer c. Le comité d'appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626

The Queen v. Ricketts, judgment dated October 31, 1983, Federal Court, Appeal Division, A-807-82, not reported.

REFERRED TO:

Shewchuk v. Ricard, [1986] 4 W.W.R. 289; 28 D.L.R. (4th) 429 (B.C.C.A.); *Rebic v. Collver Prov. J.*, [1986] 4 W.W.R. 401 (B.C.C.A.); *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (B.C.C.A.); *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638 (B.C.C.A.); *R. v. LeGallant*, [1986] 6 W.W.R. 372 (B.C.C.A.); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re McDonald and the Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745; 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A.); *Bregman et al. v. Attorney-General of Canada* (1986), 55 O.R. (2d) 596 (H.C.); *D & H Holdings Ltd. v. Vancouver* (1985), 15 Admin. L.R. 209 (B.C.S.C.); *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, judgment dated December 9, 1986, Federal Court, Appeal Division, A-909-85, not yet reported; affirming [1986] 1 F.C. 274 (T.D.).

COUNSEL:

Barbara L. Jackman for applicants.
M. Thomas for respondent.

SOLICITORS:

Chiasson, Jackman, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.: As indicated by my brother MacGuigan J., the only question raised by this application is whether the Board that rendered the decision under attack erred in law in rejecting the applicant's argument that section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] had been violated by the decision of the Department of Manpower and Immigration to require, as a basic qualification for the position coveted by the applicant, Denise Headley, a new qualification that had not been required and was still not required from

(C.A.); *La Reine c. Ricketts*, jugement en date du 31 octobre 1983, Division d'appel de la Cour fédérale, n° du greffe: A-807-82, non publié.

DÉCISIONS CITÉES:

Shewchuk v. Ricard, [1986] 4 W.W.R. 289; 28 D.L.R. (4th) 429 (C.A.C.-B.); *Rebic v. Collver Prov. J.*, [1986] 4 W.W.R. 401 (C.A.C.-B.); *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.); *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638 (C.A.C.-B.); *R. v. LeGallant*, [1986] 6 W.W.R. 372 (C.A.C.-B.); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re McDonald and the Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745; 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A.); *Bregman et al. v. Attorney-General of Canada* (1986), 55 O.R. (2d) 596 (H.C.); *D & H Holdings Ltd. v. Vancouver* (1985), 15 Admin. L.R. 209 (C.S.C.-B.); *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, jugement en date du 9 décembre 1986, Division d'appel de la Cour fédérale, A-909-85, non encore publié; confirmant [1986] 1 C.F. 274 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Barbara L. Jackman pour les requérants.
M. Thomas pour l'intimé.

PROCUREURS:

Chiasson, Jackman, Toronto, pour les requérants.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE PRATTE: Ainsi que l'a indiqué mon collègue le juge MacGuigan, la seule question soulevée par la présente demande est de savoir si le Comité qui a rendu la décision dont il est interjeté appel a commis une erreur de droit en rejetant l'allégation de la requérante selon laquelle le ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration avait enfreint l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] en attachant au poste sollicité par la requérante, M^{me} Denise Headley, une nouvelle qualité fondamen-

the incumbents of similar positions that had been appointed in the past.

In answering that question, my brother MacGuigan finds it necessary to express his views on the interpretation to be given to section 15 and, as I understand his reasons, his interpretation of that section differs both from the interpretation adopted by the British Columbia Court of Appeal in the cases of *Shewchuk*, *Rebic*, *Andrews*, *Cromer* and *LeGallant*¹ and from that proposed by my brother Hugessen J. in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.*² If it were necessary, in order to decide this case, to choose between those various interpretations, I confess that I would have to express my agreement with the interpretation adopted by the British Columbia Court of Appeal and, more particularly, with the reasons of McLachlin J.A. in *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, *supra*. True, that interpretation, as was observed by my brother Hugessen, leaves little room for the operation of section 1. However, I do not see that result as contrary to the teachings of the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes*³ since it flows from an analysis of the words used in section 15 rather than from a confusion or combination of that section with section 1.

This, however, does not lead me to a conclusion different from the one proposed by my brother MacGuigan. There are, in my opinion, two main reasons why the applicant cannot successfully invoke section 15. In order for that section to apply, there must be an inequality; there must also be discrimination. There is inequality within the meaning of section 15 when persons who are similarly situated are treated differently; there is discrimination when that difference of treatment is neither fair nor reasonable. In my view, both these elements are absent in this case.

¹ *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (B.C.C.A.); *Rebic v. Collver Prov. J.*, [1986] 4 W.W.R. 401 (B.C.C.A.); *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (B.C.C.A.); *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638 (B.C.C.A.); *R. v. LeGallant*, [1986] 6 W.W.R. 372 (B.C.C.A.).

² *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, not yet reported, December 9, 1986 (F.C.A.), Court No. A-909-85.

³ [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 134.

tale qui n'avait pas été et n'est toujours pas exigée des titulaires de postes semblables nommés dans le passé.

Pour répondre à cette question, mon collègue le juge MacGuigan estime nécessaire d'exprimer ses vues sur l'interprétation à donner à l'article 15 et, si je comprends bien ses motifs, son interprétation de cet article diffère tant de l'interprétation adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les affaires *Shewchuk*, *Rebic*, *Andrews*, *Cromer* et *LeGallant*¹ que de celle qui a été proposée par mon collègue le juge Hugessen dans l'affaire *Smith, Kline & French Laboratories Ltd.*² Si, pour trancher cette affaire, il fallait choisir entre ces diverses interprétations, j'avoue que je me rallierais à l'interprétation adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et notamment aux motifs du juge d'appel McLachlin dans l'affaire *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, précitée. Il est vrai que cette interprétation, ainsi que l'a fait remarquer mon collègue le juge Hugessen, laisse peu de place à l'application de l'article 1. Cependant, je ne considère pas ce résultat comme contraire aux enseignements de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Oakes*³ étant donné qu'il découle d'une analyse des mots utilisés à l'article 15 plutôt que d'une confusion ou combinaison de cet article avec l'article 1.

Cela ne m'amène toutefois pas à une conclusion différente de celle qui est proposée par mon collègue le juge MacGuigan. Il y a, à mon avis, deux raisons principales pour lesquelles la requérante ne peut pas invoquer avec succès l'article 15. Pour que cet article s'applique, il doit exister une inégalité; il doit y avoir également discrimination. Il y a inégalité au sens de l'article 15 lorsque des personnes placées dans une situation semblable sont traitées de façon différente; il y a discrimination quand ce traitement différent n'est ni juste ni raisonnable. J'estime que ces deux éléments sont absents en l'espèce.

¹ *Shewchuk v. Ricard*, [1986] 4 W.W.R. 289 (C.A.C.-B.); *Rebic v. Collver Prov. J.*, [1986] 4 W.W.R. 401 (C.A.C.-B.); *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.); *Cromer v. B.C. Teachers' Fed.*, [1986] 5 W.W.R. 638 (C.A.C.-B.); *R. v. LeGallant*, [1986] 6 W.W.R. 372 (C.A.C.-B.).

² *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, non encore publié, 9 décembre 1986 (C.A.F.), n° du greffe A-909-85.

³ [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 134.

The decision to require an additional qualification for the position here in question did not, in my view, create an inequality within the meaning of section 15 because the persons who were appointed to similar positions in the past and those who, like the applicant, wish to be appointed to such a position in the future cannot be said to be similarly situated. It is obvious that if the law is changed, those who are governed by it will no longer be treated in the same manner. That does not offend section 15 because that section guarantees equality only to those who, at a given moment, are in the same situation.

The decision to require an additional qualification did not, either, cause any discrimination. As my brother MacGuigan indicates, it is impossible, in view of the findings of the Board, to conclude that the imposition of a new qualification was both unreasonable and unfair.

I would dismiss the application.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

URIE J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brothers Pratte and MacGuigan and agree with their proposed disposition of the section 28 application.

However, I do not believe it either necessary or desirable to express my views upon the niceties involved in the interpretation of section 15 of the Charter. Nor do I wish to decide, for purposes of this application, whether the approach to the interpretation thereof adopted by the British Columbia Court of Appeal in the *Andrews*⁴ case or that expressed by this Court in the *Smith, Kline & French*⁵ case, is preferable.

On the facts of this case, a detailed analysis of the principles is unnecessary because it is easy to find first, that there was no inequality in treatment between the applicant and others like her and the incumbents of similar positions by reason of the

⁴ *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (B.C.C.A.).

⁵ *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, not yet reported, December 9, 1986, No. A-909-85.

La décision d'attacher une qualité supplémentaire au poste en question ne créait pas, à mon avis, une inégalité au sens de l'article 15 parce que les personnes nommées dans le passé à des postes semblables à celui que brigue la requérante, et celles qui, comme cette dernière, souhaitent obtenir un tel poste à l'avenir, ne peuvent pas être considérées comme se trouvant dans une situation semblable. Il est évident que, si la loi est modifiée, ceux qu'elle vise ne seront plus traités de la même façon. Cela n'enfreint pas l'article 15, car cet article garantit l'égalité seulement à ceux qui, à un moment donné, se trouvent dans la même situation.

La décision d'exiger une qualité supplémentaire n'a causé non plus aucune discrimination. Ainsi que l'indique mon collègue le juge MacGuigan, il est impossible, étant donné les conclusions du Comité, de conclure que l'adjonction d'une nouvelle qualité était à la fois déraisonnable et injuste.

Je rejetterais la demande.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE URIE: J'ai eu l'avantage de lire les motifs du jugement de mes collègues les juges Pratte et MacGuigan et je souscris à leur façon de statuer sur la demande fondée sur l'article 28.

Toutefois, je ne crois pas nécessaire ou souhaitable d'exprimer mes vues sur les subtilités soulevées par l'interprétation de l'article 15 de la Charte. Je ne veux pas non plus me prononcer, aux fins de la présente demande, sur la question de savoir si l'interprétation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Andrews*⁴ est préférable à celle de notre Cour dans l'affaire *Smith, Kline & French*⁵.

Vu les faits de l'espèce, il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse approfondie des principes en cause, car il est facile de constater, en premier lieu, qu'il n'y a pas inégalité de traitement du fait que les postulants actuels de l'emploi recherché

⁴ *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.).

⁵ *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, non encore publié, 9 décembre 1986, n° A-909-85.

change in the qualifications required of applicants for new positions. Simply put, the two groups are not similarly situated, which is a prerequisite for a finding of inequality. Job qualifications cannot be etched in stone but must be flexible to meet changing operational requirements. Changes occasioned thereby do not, at least in the circumstances here present, create inequality because, obviously, the old groups and the new groups are not similarly situated.

Secondly, as has been observed by both Pratte and MacGuigan JJ., in view of the clear and supportable findings of the Board, it is not possible to conclude that the applicant has been the victim of discrimination by her employer, the imposition of the new job qualifications not being unreasonable or unfair in the circumstances.

I would dismiss the section 28 application.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.: This section 28 application is brought to review and set aside a decision of the Public Service Commission Appeal Board ("the Board") dated September 6, 1985, dismissing the applicant's appeal to the Board.

The applicant, an employee of the Canada Employment and Immigration Commission ("the employer"), alleges that the Board erred in law in not upholding her appeal on the basis of section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The facts are simple. The employer advertised a closed competition for the position of "CR-4, Reception Information Clerk" for the Toronto West Canada Immigration Centre. The applicant was screened out because she did not have proficiency in the use of one of the six languages (Vietnamese, Chinese, Polish, Portuguese, Italian, Spanish) the employer had specified as a basic requirement in the statement of qualifications for the position.

par la requérante doivent posséder des qualités non exigées des présents titulaires. Bref, les deux groupes ne se trouvent pas dans une situation semblable, condition essentielle pour conclure à l'inégalité de traitement. Les qualités requises pour un emploi ne peuvent pas être gravées dans le roc mais doivent être souples afin de satisfaire aux exigences variables du service. Les modifications apportées dans ce cas ne créent pas d'inégalité, au moins dans les circonstances présentes, car, manifestement, les anciens groupes et les nouveaux groupes ne se trouvent pas dans une situation semblable.

En second lieu, ainsi que l'ont fait remarquer les juges Pratte et MacGuigan, il n'est pas possible, compte tenu des conclusions claires et défendables du Comité, de conclure que la requérante a été victime de discrimination de la part de son employeur, les nouvelles qualités requises pour l'emploi n'étant pas déraisonnables ni injustes dans les circonstances.

Je rejetterais la demande fondée sur l'article 28.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE MACGUIGAN: La présente demande fondée sur l'article 28 vise à obtenir l'examen et l'annulation de la décision par laquelle le Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique («le Comité») rejetait, le 6 septembre 1985, l'appel interjeté au Comité par la requérante.

La requérante, qui travaille pour la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada («l'employeur»), allègue que le Comité a commis une erreur de droit en ne confirmant pas son appel fondé sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits sont simples. L'employeur a annoncé un concours interne pour le poste de «commis à la réception et aux entrevues, niveau CR-4» au Centre d'immigration du Canada de Toronto Ouest. La requérante a été éliminée à la présélection pour son manque de connaissance suffisante d'au moins l'une des six langues (le vietnamien, le chinois, le polonais, le portugais, l'italien ou l'espagnol) dont l'employeur avait exigé la pratique dans l'énoncé des qualités requises pour ce poste.

It is common ground that the merit principle enshrined in section 10 of the *Public Service Employment Act* [R.S.C. 1970, c. P-32] ("the Act") was fully observed by the selection board in its actual assessment of candidates and that the applicant has no complaint *vis-à-vis* the treatment of the other candidates. Her allegation of unequal treatment is essentially in relation to the two other incumbents of CR-4, Reception Information Clerk positions in the Toronto West Canada Immigration Centre, neither of whom is required to possess proficiency in any of the six languages. In fact, one speaks German in addition to English; the other, in a designated bilingual imperative position, speaks Vietnamese and Chinese in addition to English and French. However, the Board determined that neither was required to speak any language beyond English in the first instance or English and French in the second.

Subsection 15(1) of the Charter reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The applicant alleges that she has been deprived of equality before and under the law and that she has been deprived for her right to the equal protection and equal benefit of the law under section 15 by being subject to a language requirement in her application for the CR-4 position where the two incumbents presently holding that position were not subject to that requirement and are not now subject to it.⁶

⁶ It would of course be possible to distinguish among the various protections of subsection 15(1) since judicial interpretation under the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] limited "equality before the law" to equality in judicial proceedings and in the administration of the law, whereas the other three protections clearly refer to the content of the law. But the applicant argued subsection 15(1) as a whole, without attempting to separate its protections. I therefore treat it on the same basis.

On ne conteste pas que, dans son évaluation même des candidats, le comité de sélection a pleinement respecté le principe du mérite prévu à l'article 10 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* [S.R.C. 1970, chap. P-32] («la Loi») et que la requérante ne se plaint pas du traitement accordé aux autres candidats. L'allégation selon laquelle elle n'a pas été traitée avec égalité se rapporte essentiellement aux deux autres titulaires qui occupent un poste de commis à la réception et aux entrevues, de niveau CR-4, au Centre d'immigration du Canada de Toronto Ouest et dont aucun n'est tenu de posséder une bonne connaissance de l'une quelconque des six langues susmentionnées. De fait, l'un parle allemand en plus de l'anglais; l'autre, qui occupe un poste désigné bilingue impératif, parle vietnamien et chinois en plus de l'anglais et du français. Cependant, le Comité a établi que l'on n'avait exigé de ces deux titulaires que la pratique de l'anglais dans le premier cas, et celle des deux langues officielles dans le second.

Le paragraphe 15(1) de la Charte est libellé ainsi:

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

La requérante soutient qu'elle a été privée du droit à l'égalité et du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi que lui garantit l'article 15 puisque, dans sa demande d'emploi pour le poste de niveau CR-4, on lui a imposé une exigence linguistique à laquelle n'ont pas été assujettis et ne le sont toujours pas les deux titulaires actuels du poste en cause⁶.

⁶ Il serait naturellement possible de faire des distinctions entre les différentes garanties prévues au paragraphe 15(1) étant donné que les tribunaux ont établi qu'en ce qui concerne la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III], «l'égalité devant la loi» se limitait à l'égalité dans les procédures judiciaires et dans l'application de la loi, alors que les trois autres garanties se rapportent manifestement au fond de la loi. Mais la requérante a invoqué le paragraphe 15(1) dans son ensemble, sans essayer de distinguer entre ses garanties. Je traiterai donc ce paragraphe de la même façon.

* * *

* * *

In studying the application of subsection 15(1), I have been greatly aided by the reasons of Strayer J. at trial and Hugessen J. in this Court in *Smith, Kline & French Laboratories Limited v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 F.C. 274 (T.D.), on appeal no. A-909-85, decided December 9, 1986 (F.C.A.). I have also perused: *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (B.C.C.A.); *Re Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al., Intervenors* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (B.C.C.A.); *Rebic v. Colver Prov. J.*, [1986] 4 W.W.R. 401 (B.C.C.A.); *Her Majesty the Queen v. Le Gallant*, no. V000092 (Victoria Registry), decided September 4, 1986 (B.C.C.A.); *Re McDonald and the Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745; 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A.); *Bregman et al. v. Attorney-General of Canada* (1986), 55 O.R. (2d) 596 (H.C.), and on appeal, decided October 29, 1986 (Ont. C.A.); *D & H Holdings Ltd. v. Vancouver* (1985), 15 Admin. L.R. 209 (B.C.S.C.); *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.).

To my mind the most fundamental feature of section 15 is that it is one provision of a Charter in which, despite all their differences, there are many common characteristics among the provisions.

One such characteristic, common to the majority of the rights and freedoms protected, is the presence (or absence) of what Professor Dale Gibson has called "internal limits" or "internal modifiers", as opposed to the external limits contained in section 1. As Professor Gibson writes, *The Law of the Charter: General Principles*, Carswell, 1986, at page 135:

Several of the rights and freedoms protected by the Charter are expressed in absolute terms. This is true of the fundamental freedoms, most of the democratic and mobility rights, and some of the language rights and legal rights. In many cases, however, especially in the area of legal rights, qualifying words are used to describe the substantive rights themselves.

J'ai été grandement aidé dans l'examen de l'application du paragraphe 15(1) par les motifs exposés en première instance par le juge Strayer et en appel par le juge Hugessen dans l'arrêt *Smith, Kline & French Laboratories Limited c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 C.F. 274 (1^{re} inst.), appel n° A-909-85, rendu le 9 décembre 1986 (C.A.F.). J'ai également lu attentivement les jugements suivants: *Andrews v. Law Soc. of B.C.*, [1986] 4 W.W.R. 242 (C.A.C.-B.); *Re Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia et al., Intervenors* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429 (C.A.C.-B.); *Rebic v. Colver Prov. J.*, [1986] 4 W.W.R. 401 (C.A.C.-B.); *Her Majesty the Queen v. Le Gallant*, n° V000092 (Victoria Registry), rendu le 4 septembre 1986 (C.A.C.-B.); *Re McDonald and the Queen* (1985), 51 O.R. (2d) 745; 21 C.C.C. (3d) 330 (C.A.); *Bregman et al. v. Attorney-General of Canada* (1986), 55 O.R. (2d) 596 (H.C.), et appel décidé le 29 octobre 1986 (C.A. Ont.); *D & H Holdings Ltd. v. Vancouver* (1985), 15 Admin. L.R. 209 (C.S.C.-B.); *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513 (C.A.); *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario; Dofasco Inc., Intervenor* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.).

À mon avis, la caractéristique la plus fondamentale de l'article 15 est qu'il s'agit d'une disposition d'une Charte dont les dispositions, malgré leurs différences, n'en ont pas moins de nombreux points communs.

L'une de ces caractéristiques, qui est commune à la majorité des droits et libertés garantis, est la présence (ou l'absence) de ce que le professeur Dale Gibson a appelé des [TRADUCTION] «limites internes» ou des [TRADUCTION] «modificateurs internes» par opposition aux limites externes prévues à l'article 1. Ainsi que l'écrit le professeur Gibson dans *The Law of the Charter: General Principles*, Carswell, 1986, à la page 135:

[TRADUCTION] Plusieurs des droits et libertés garantis par la Charte sont exprimés en termes absolus. C'est vrai des libertés fondamentales, de la plupart des droits démocratiques et des libertés de circulation et d'établissement, ainsi que de certains des droits linguistiques et des garanties juridiques. Dans de nombreux cas, cependant, notamment dans le domaine des garanties juridiques, on emploie des qualificatifs pour décrire les droits eux-mêmes.

It should not surprise us therefore to find an apparent internal modifier in subsection 15(1): I refer to the word "discrimination", which for the four reasons cogently set forth by McLachlin J.A. in the *Andrews* case, *supra*, at pages 249-251, must be deemed to mean not just any distinction, but rather a pejorative distinction.

Even before Supreme Court of Canada decisions directly on section 15, I believe we can profit from the Court's approach to other provisions in the Charter, for instance its treatment of the "freedom of conscience and religion" in paragraph 2(a) in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, decided December 18, 1986. Dickson C.J.C.,⁷ at page 752, first restated the *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* case, [1985] 1 S.C.R. 295:

The Court held, in the *Big M Drug Mart Ltd.* case, at pp. 331-34, that both the purposes and effects of legislation are relevant to determining its constitutionality. Even if a law has a valid purpose, it is still open to a litigant to argue that it interferes by its effects with a right or freedom guaranteed by the Charter.

The Chief Justice therefore proceeds to consider the impact of the Ontario legislation in question, at pages 758-759:

The first question is whether indirect burdens on religious practice are prohibited by the constitutional guarantee of freedom of religion. In my opinion indirect coercion by the state is comprehended within the evils from which s. 2(a) may afford protection. The Court said as much in the *Big M Drug Mart Ltd.* case It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable. All coercive burdens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(a).

This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. It means only that indirect or unintentional burdens will not be held to be outside the scope of Charter protection on that account alone. Section 2(a) does not require the legislatures to eliminate every minuscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the Charter would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a modest sales tax extending to all products, including those used in the course of religious worship. In my opinion, it is unnecessary to turn to s. 1 in order to justify

⁷ Although the Chief Justice is explicitly speaking for only three of the seven Judges who sat on the case, his reasons in the passages I quote were endorsed also by La Forest J.

On ne devrait donc pas s'étonner de trouver un modificateur interne évident au paragraphe 15(1): je me reporte au mot «discrimination», qui, pour les quatre raisons que le juge McLachlin a exposées de façon convaincante dans l'affaire *Andrews*, précitée, aux pages 249 à 251, doit être considéré comme ne désignant pas seulement une distinction quelconque, mais plutôt une distinction défavorable.

Même si la Cour suprême du Canada ne s'est pas encore prononcée directement sur l'article 15, je crois que nous pouvons tirer avantage de la façon dont la Cour a considéré d'autres dispositions de la Charte, par exemple la «liberté de conscience et de religion» prévue à l'alinéa 2a), dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, rendu le 18 décembre 1986. À la page 752, le juge en chef Dickson⁷ cite de nouveau l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295:

Aux pp. 331 à 334 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour conclut que l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité. Même si une loi a un objet régulier, il est encore possible à un justiciable de faire valoir que, de par ses effets, elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Charte.

Le juge en chef passe donc à l'examen des répercussions de la loi ontarienne en question, aux pages 758 et 759:

La première question est de savoir si les entraves indirectes à la pratique religieuse sont prohibées en vertu de la liberté de religion garantie par la Constitution. À mon avis, la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2a) peut accorder une protection. La Cour est allée jusque là dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* . . . Je crois qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coercitive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2a).

Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. Cela signifie uniquement qu'une entrave indirecte ou involontaire ne sera pas, de ce seul fait, considérée comme non assujettie à la protection de la Charte. L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la Charte offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux.

⁷ Bien que le juge en chef ne parle expressément qu'au nom de trois des sept juges qui ont entendu la cause, les motifs qu'il a exposés dans les passages que je cite ont également été endossés par le juge La Forest.

legislation of that sort. The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per* Wilson J. at p. 314.

If such a necessity for the complainant to prove a more than trivial or insubstantial violation of rights applies to an unqualified freedom like that of conscience and religion, I believe it must run through all the guarantees in the Charter.

Professor Gibson, it seems to me, reflects this understanding of the Charter, *supra*, at page 141:

[T]he Charter's pattern with respect to the balancing of social values appears, in general, to be as follows. The alleged victim of a Charter violation must always establish a *prima facie* case before the alleged violator is called upon to respond. Where the right or freedom in question is expressed in absolute terms, with no explicit modifier, the *prima facie* case involves proving the facts of the incident in question, and establishing to the court's satisfaction that these facts involved a significant infringement of the asserted Charter right. At that point the onus shifts to the alleged violator to establish that the infringement was authorized by a law that satisfies the requirements of section 1. If the right or freedom asserted is explicitly modified by an internal standard like "reasonable" or "arbitrary", the alleged victim's *prima facie* responsibility extends to showing that the violation is one which, in ordinary circumstances, would exceed that standard. The victim having established that much, the violator's responsibility to establish a section 1 limit comes into operation.

As I see it, subsection 15(1) falls into both of Professor Gibson's categories, depending upon whether or not the discrimination is alleged to be in relation to one of the enumerated grounds: "race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability".

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article premier pour justifier une telle mesure législative. L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant: voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314.

Si, dans une affaire mettant en cause une liberté non qualifiée telle que la liberté de conscience et de religion, le plaignant doit prouver que la violation de ses droits est plus que négligeable ou insignifiante, je crois qu'il doit en être ainsi pour toutes les garanties prévues dans la Charte.

Il me semble que le professeur Gibson reflète cette perception de la Charte dans son ouvrage précité, à la page 141:

[TRADUCTION] [Pour tous ces motifs,] l'orientation qui se dégage de la Charte, lorsqu'il s'agit de mettre dans la balance des valeurs sociales, semble généralement être la suivante. La personne qui estime être victime d'une violation de la Charte doit toujours établir une apparence de droit suffisante avant que le contrevenant allégué n'ait à se défendre. Lorsque le droit ou la liberté en cause sont exprimés en termes absolus, sans modificateur explicite, pour qu'il y ait apparence de droit suffisante, il faut faire la preuve des faits de l'incident incriminé et établir, de manière que la Cour estime convaincante, que ces faits impliquent une violation sérieuse du droit en cause garanti par la Charte. À ce point, le fardeau de la preuve se déplace, et il incombe au contrevenant allégué d'établir que la violation était autorisée par une règle de droit qui respecte les exigences de l'article 1. Si le droit ou la liberté revendiqués sont explicitement modifiés par une norme interne tel l'adjectif «raisonnable» ou «arbitraire», celui qui s'estime lésé doit démontrer que la violation est de celles qui, dans des circonstances ordinaires, dépasserait cette norme. Cela étant établi, il incombe au contrevenant de démontrer que les limites visées à l'article 1 ont été respectées.

Si je comprends bien, le paragraphe 15(1) entre dans les deux catégories énoncées par le professeur Gibson, selon que la discrimination se rapporterait à l'un ou l'autre des motifs énumérés: «la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques».

To put it more exactly, I find the internal limit "discrimination" to be required in all cases, but in some cases, viz. those based on the enumerated grounds, the drafters have already made the fundamental determination that pejorative distinctions based on those grounds constitute discrimination, whereas in other cases the complainant has to prove that discrimination results. In all cases, however, the discrimination has to be more than trivial. In result, then, though not in concept, this analysis resembles the distinction drawn by American courts between strict scrutiny and minimal scrutiny.⁸ In Canada I believe the distinction is not made on the authority of the courts but on that of the Constitution itself.

The Constitution itself, I believe, compels this distinction between enumerated and non-enumerated grounds. In particular, the fact that the drafters spelled out as grounds the principal natural and unalterable facts about human beings—race, national or ethnic origin, colour, religion (admittedly, not wholly a natural and unalterable fact), and sex—can only mean, I believe, that non-trivial pejorative distinctions based on such categories are intended to be justified by governments under section 1 rather than to be proved as infringements by complainants under section 15. In sum, some grounds of distinction are so presumptively pejorative that they are deemed to be inherently discriminatory.

* * *

In the instant case the applicant initially proposed a blood theory of language and ethnicity which would have equated the preferential language requirement here with preferential treatment for the national or ethnic groups which normally spoke the six languages in question. This

⁸ On this see Professor Anne F. Bayefsky, "Defining Equality Rights" in *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ed. Bayefsky and Eberts, Carswell, 1985, at pp. 52-59. Professor Walter Tarnopolsky (as he then was) proposed strict scrutiny for most of the enumerated grounds, intermediate scrutiny for age and disability, and minimal scrutiny for non-enumerated grounds: "Equality Rights" in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, ed. Tarnopolsky and Beaudoin, Carswell, 1982, p. 422.

Plus précisément, je conclus que la limite interne que représente la «discrimination» doit exister dans tous les cas, mais le législateur a déjà établi que les distinctions défavorables fondées sur les motifs énumérés constituent de la discrimination, alors que le plaignant doit prouver qu'elle existe dans les autres cas. Dans tous les cas, cependant, la discrimination ne doit pas être négligeable. Ainsi donc, bien que ce ne soit pas le cas au niveau conceptuel, cette analyse ressemble à la distinction établie par les tribunaux américains entre le contrôle strict et le contrôle minimal⁸. Je crois que, au Canada, la distinction ne vient pas des tribunaux mais de la Constitution elle-même.

La Constitution elle-même, je crois, impose cette distinction entre les motifs qui sont énumérés et ceux qui ne le sont pas. Le fait notamment que le législateur ait énoncé comme motifs de discrimination les principales réalités naturelles et immuables propres aux êtres humains—la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion (qui n'est pas tout à fait, il est vrai, une réalité naturelle et immuable), et le sexe—peut seulement signifier, à mon sens, qu'il appartient aux gouvernements de justifier les distinctions défavorables importantes fondées sur ces catégories en invoquant l'article 1, plutôt qu'aux plaignants de prouver qu'il y a contravention de l'article 15. En somme, certains motifs de distinction sont, par présomption, si défavorables qu'ils sont considérés comme discriminatoires en soi.

g

* * *

Dans la présente affaire, la requérante a présenté au début une théorie de la langue et de l'ethnie qui était fondée sur le sang et aurait assimilé l'exigence linguistique préférentielle en question à un traitement préférentiel accordé aux groupes nationaux ou ethniques qui parlent habi-

⁸ Voir, à ce sujet, l'exposé du professeur Anne F. Bayefsky, «Defining Equality Rights» dans *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, éd. Bayefsky et Eberts, Carswell, 1985, aux pp. 52 à 59. Le professeur Walter Tarnopolsky (c'était son titre à l'époque) a proposé un contrôle strict pour la plupart des motifs énumérés, un contrôle intermédiaire pour l'âge et les déficiences et un contrôle minimal à l'égard des motifs non énumérés: «Les droits à l'égalité» dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, éd. Wilson et Lafleur/Sorej, 1982, p. 531.

unhappy argument was not proceeded with in oral argument.

The applicant was therefore left with the necessity of proving discrimination on the basis of language without the benefit of an enumerated ground of discrimination. This was a burden she was not able to meet. Management's right to establish qualifications for public service positions has been regarded as "inherent", at least since the decision of this Court in *Bauer v. Public Service Appeal Board*, [1973] F.C. 626 (C.A.), at page 630, per Jaccett C.J. The same view was reiterated by this Court in *The Queen v. Ricketts*, No. A-807-82, decided October 31, 1983, at pages 3-5, per Thurlow C.J.:

The applicant's position is that the determination of the essential and other requirements for a position in the public service is not a function of the Public Service Commission under the *Public Service Employment Act*, that it is a function of management falling within the authority of a minister to manage his department under the statute establishing the department

I agree with the applicant's submission. In my view it is in accord with the legal position as explained in the judgments of this Court It is unnecessary to repeat what was said in these cases. The point is sufficiently expressed by Jaccett C.J. in the *Bauer* decision when in discussing the effects of the 1966-67 legislation he said:

Nothing specific is to be found in the legislation concerning the defining, in respect of any particular position, of "standards of duties, responsibilities and qualifications"; but a power to do so would seem to be inherent in management. The employer must be able to define the qualifications and duties of a position before he seeks for a person to fill that position.

Given this legal basis, the Board here found on the facts, (Appeal Book, pages 40-41):

[T]he duties and responsibilities of the position clearly require conducting interviews, providing information to the public over the telephone and interpreting during the course of client interviews in at least two languages. Bearing this in mind, one cannot conclude other than that the basic requirement at issue here was warranted. I think such a conclusion cannot be tainted by the undisputed fact that interpreters were "on tap" as available covering all six of the languages listed. If the operational objective is more effective and efficient service to clients approaching the centre, it is difficult to argue with management's insistence upon this linguistic qualification.

This conclusion is not undermined, either, by the fact that members of the centre's staff filled the instant position in an acting capacity for varying periods without the requisite lin-

tuellement les six langues concernées. Il n'a pas été fait état de ce moyen mal inspiré pendant la plaidoirie.

a La requérante a donc dû prouver qu'il y avait eu discrimination fondée sur la langue, sans pouvoir recourir à un motif de discrimination énuméré. Elle n'a pas réussi à apporter la preuve qui lui incombait. Le droit de la direction d'établir les qualités requises pour les postes de la Fonction publique est considéré comme «inhérent», du moins depuis la décision rendue par le juge en chef Jaccett de cette Cour dans l'affaire *Bauer c. Le Comité d'appel de la Fonction publique*, [1973] C.F. 626 (C.A.), à la page 630. La Cour a soutenu la même opinion dans l'arrêt *La Reine c. Ricketts*, n° du greffe A-807-82, rendu le 31 octobre 1983; voir les motifs du juge en chef Thurlow, aux pages 3 à 5:

d L'argumentation de la requérante consiste à dire que la définition des exigences essentielles et autres d'un poste de la fonction publique ne fait pas partie des devoirs attribués à la Commission de la Fonction publique par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, car il s'agit d'une fonction de gestion relevant du pouvoir du ministre de gérer son propre ministère en vertu de sa loi constitutive

e Je suis d'accord avec l'argumentation de la requérante. À mon avis, elle concorde avec le droit établi par les jugements de notre Cour Il est inutile de répéter ce qui a été dit dans ces arrêts. Le juge en chef Jaccett a donné une explication suffisante sur ce point dans l'arrêt *Bauer*, à propos des effets de la législation de 1966-1967:

f On n'y trouve rien de précis au sujet de l'établissement, pour les divers postes, de «normes relatives aux devoirs, responsabilités et qualités requises», mais il semble que ce pouvoir est inhérent à la gestion. L'employeur doit pouvoir délimiter les qualités requises et les fonctions d'un poste avant de chercher une personne pour le remplir.

g Étant donné ce fondement juridique, le Comité a tiré la conclusion suivante compte tenu des faits (Dossier d'appel, pages 40 et 41):

h [TRADUCTION] [L]es fonctions du poste exigent manifestement du titulaire qu'il tienne des entrevues, fournisse des renseignements au public par téléphone et assure la traduction orale durant les entrevues des clients dans au moins deux langues. Cela étant, on ne peut que conclure que l'exigence fondamentale en question était justifiée. Je ne pense pas que cette conclusion soit affaiblie par le fait incontesté que des interprètes étaient disponibles à volonté dans les six langues énumérées. Il est difficile de reprocher à la direction d'insister sur cette exigence linguistique, si elle a pour objet la prestation d'un service plus efficace aux clients du centre.

i Cette conclusion n'est pas affaiblie non plus par le fait que les membres du personnel du centre ont occupé le poste en question à titre intérimaire pendant des périodes variables sans

guistic facility. Acting appointments made for operational or career development objectives are just that, and it is not at all unusual that a person acting in such a capacity may not meet the full range of requirements for a position if that position was to be filled via competitive process. Indeed career development placements can and do serve to provide incumbents with the opportunity to gain the experience and requirements called for when the position is to be staffed on an indeterminate basis. I can see no impropriety in the fact that the requirement in focus here, implicitly waived for the several acting appointments, became insisted upon when the position was staffed through the instant competition.

The position occupied by supervisor Hogan clearly entailed a different range of duties and responsibilities than those of his subordinate reception and information clerks, and there is nothing untoward in the fact that a language requirement for the latter did not obtain for the former. It appears as though the language facility now in place was not called for when the two incumbents of similar positions at the centre were appointed. However, in my view that does not invalidate in any way the department's present insistence on what (on all counts) seems to be a defensible requirement.

The applicant nevertheless argued that these factual findings are vitiated by a mistake of law in that section 15, like the equal-benefit-of-the-law provision in American law, makes it necessary for management's requirement of an additional language for the new position to be established as an objective necessity, not merely as an operational preference. However, the effect of section 1 as an ultimate criterion of constitutionality in our Charter forces Canadian courts to allow for a two-stage analysis where U.S. courts must be content with an all-embracing single stage. In the Canadian context, necessity would be a section 1 consideration, rather than a matter to be taken into account under section 15. The only limitation section 15 imposes on management is that it must not discriminate in carrying out its responsibilities.

If the criterion of discrimination is whether or not management has some rational basis for its action, as is urged by the applicant herself, also on the authority of the U.S. cases (although she might equally well have based it on the language of McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at page 406), that criterion has been met, as the Board decision shows.

a avoir les connaissances linguistiques requises. Les nominations à titre intérimaire faites à des fins opérationnelles ou d'avancement ne sont que cela, et il n'est pas rare du tout qu'une personne agissant à ce titre ne satisfasse pas à toutes les exigences d'un poste si celui-ci doit être comblé par voie de concours. En effet, les stages d'avancement peuvent servir et servent effectivement à fournir aux titulaires la possibilité d'acquérir l'expérience et les qualités requises en vue du moment où le poste devra être doté pour une période indéterminée. Il ne me semble nullement irrégulier que l'on ait insisté sur l'exigence dont il est ici question au moment où le poste a été b doté au moyen du présent concours, alors qu'elle avait été implicitement laissée de côté lors des nombreuses nominations à titre intérimaire.

c Le poste occupé par le surveillant Hogan et celui de ses subordonnés commis à la réception et aux entrevues comportaient manifestement un éventail différent de fonctions, et il n'y a rien d'irrégulier à ce qu'une exigence linguistique imposée à ceux-ci n'eût pas cours pour celui-là. Il semble que les connaissances linguistiques attachées au poste en question n'étaient pas requises lors de la nomination des deux autres titulaires des postes semblables au centre. À mon avis, cela n'invalide cependant en aucune façon l'insistance que met actuellement le d Ministère sur ce qui semble, tout compte fait, constituer une exigence défendable.

e La requérante a néanmoins soutenu que ces conclusions de fait sont entachées d'une erreur de droit en ce que l'article 15, tout comme la disposition du droit américain prévoyant le [TRADUCTION] «même bénéfice de la loi», demande que l'exigence linguistique attachée par la direction au nouveau poste soit reconnue comme une nécessité objective, et non simplement comme une préférence sur le plan opérationnel. Cependant, comme critère ultime de constitutionnalité figurant dans notre Charte, l'article 1 oblige les tribunaux canadiens à une analyse en deux étapes tandis que les g tribunaux américains doivent s'accommoder d'une seule étape globale. Dans le contexte canadien, le caractère nécessaire d'une mesure serait une matière relevant de l'article 1 plutôt que de l'article 15. La seule restriction que l'article 15 impose h à la direction est de ne faire aucune discrimination dans l'exercice de ses fonctions.

i Si le critère de la discrimination repose en l'espèce sur le fondement rationnel de l'exigence linguistique imposée par la direction, ainsi que le soutient la requérante elle-même, qui invoque aussi la jurisprudence américaine (quoiqu'elle ait bien pu se fonder sur le critère énoncé par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, à la page 406), ce critère a été respecté, comme le démontre la décision du Comité.

I am myself inclined to the view that the best criterion is that of McIntyre J.,—taken as a *prima facie* test, in order not to foreclose the final weighing of interests under section 1. Mr. Justice McIntyre's test in the *MacKay* case is as follows [at page 406]:

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

In the instant case, on this test the complainant would have to establish a *prima facie* case of unreasonableness, which on the facts, as found by the Board, she was not able to do. Moreover, whatever the test ultimately adopted by the courts, the applicant has failed to establish her case on her own proposed test (which is substantially that of McIntyre J.).

The section 28 application must therefore be dismissed, and the Board's decision affirmed.

Je suis moi-même porté à croire que le meilleur critère est celui qui a été énoncé par le juge McIntyre,—considéré comme critère *prima facie*, afin de ne pas faire obstacle à la confrontation ultime des droits en vertu de l'article 1. Le critère établi par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay* est le suivant [à la page 406]:

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

En l'espèce, la plaignante aurait dû, selon ce critère, prouver l'absence à première vue de limites raisonnables, ce que, compte tenu des faits, elle n'a pas été capable de faire, selon la conclusion du Comité. En outre, quel que soit le critère adopté par la suite par les tribunaux, la requérante n'a pu établir le bien-fondé de ses prétentions selon son propre critère (qui est essentiellement celui du juge McIntyre).

La demande fondée sur l'article 28 doit donc être rejetée, et la décision du Comité confirmée.