

Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.

Jennifer Koshan

Author's Note

The Supreme Court of Canada's decision in *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.* is a clear example of the manipulability of legal doctrine and the power of political objectives. Well-established legal principles should have lined up neatly to support a favourable outcome for the equality rights claimants in *NAPE*, whose pay equity entitlements were, by the admission of the government, "erased" for a period of three years. This did not happen because the Supreme Court of Canada decided that the circumstances in *NAPE* were too exceptional to bear the application of the established rules. The Women's Court of Canada decision in *NAPE* could have simply demonstrated how the established legal doctrine could and should have been applied to uphold the equality rights claim. However, this approach would have been too thin. It would not have done justice to the broader questions of substantive equality and government accountability that became more explicit as the case travelled up the judicial ladder.

A related issue was whether to approach *NAPE* as "a section 15 case" or as "a section 1 case." In the end, it was decided that this was not an either/or question. The outcome for the equality rights claim in *NAPE* was primarily determined by what the Supreme Court of Canada decided in relation to section 1 of the *Charter*, not what it decided on section 15. However, the Supreme Court's section 1 decision was very much influenced by its approach to section 15. The Women's Court of Canada decision tries to resist constructing section 15 and section 1 as separate legal containers and, instead, endeavours to connect them.

The decision to incorporate a full section 15 analysis was easier than the task of doing it, however. In *NAPE*, a section 15 infringement was found at all levels of judicial and tribunal consideration. This finding made it more challenging to frame an alternative approach to section 15 and to demonstrate concretely the shortcomings of *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. From the broader perspective of women's social equality, some of the story of sex-based wage discrimination and its relation to women's economic inequality was included. The decision also articulates principles for using international law, a discussion that is often glossed over in Supreme

Court *Charter* jurisprudence. Perhaps this discussion will be useful in efforts to further social and economic rights in future *Charter* litigation.

NAPE also raised the need for a framework within which to critically assess arguments for deference to government where money must be spent to achieve equality. There are two aspects to this part of the Women's Court of Canada decision. The first aspect is the more abstract articulation of general principles that inform a substantive understanding of democracy. The second aspect is the concrete application of this approach to the situation in *NAPE*. The latter presented the most difficulty, including the challenge of articulating a principled way of avoiding a hierarchy of rights analysis. Although competing rights were not directly at issue in *NAPE*, there may be future cases where disadvantaged groups are in need of funding that is constructed as being scarce. The judgment also avoids positing alternatives that the government could have implemented that would have undermined the interests of organized labour more broadly. A particular struggle was whether to address the spectre of the government having no option but to choose between lay-offs and pay equity cutbacks. In the end, government accountability won out over the development of abstract legal principles in relation to hypothetical factual situations. More generally, this was the only Women's Court of Canada decision where section 1 was a prominent issue, and that created a sense of responsibility in terms of developing the section 1 analysis, particularly in this era of deference to limitations on social and economic rights.

The Women's Court of Canada decision in *NAPE* owes much to the arguments of one of the intervenors in the case at the Supreme Court of Canada, the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF). I was a member of LEAF's National Legal Committee at the time of its intervention in *NAPE*, and worked on the case. LEAF developed its arguments in *NAPE* alongside those in its intervention in *Auton v. British Columbia (Attorney General)*, in which I was a member of the case committee. In both cases, LEAF sought to reinvigorate the Supreme Court's professed commitment to substantive equality, and to bring a feminist analysis to section 1 of the *Charter*. The Women's Court decision in *NAPE* is inspired by the ideas and arguments raised by LEAF in its factum before the Supreme Court of Canada.¹ In particular, I wish to thank LEAF's counsel in *NAPE*, Karen Schucher, for her many contributions to the Women's Court of Canada decision. Karen was the source of ideas, explanations, words, and constructive criticism, and I am very grateful for her work.

1. LEAF's factum in *NAPE* is reprinted in Fay Faraday, Margaret Denike, and Kate Stephenson, eds., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter* (Toronto: Irwin Law, 2006) 471.

The Supreme Court of Canada has not been consistent in acknowledging the influence of intervenors' arguments on and in its judgments.² At least with respect to LEAF's arguments, the Women's Court of Canada decision provides a forum to show that a women's court might be more willing to pay tribute where tribute is due.³ That said, the shift in perspective from advocate to judge was quite challenging, and many of the arguments in LEAF's factum needed to be unpacked, expanded upon, and transformed into "judicial" language for this project. Through my work on this project, I also gained a new appreciation of the difficulties my students face in the judgment writing exercise they undertake in their legal perspectives course in first-year law school. It is much easier to advocate or critique than to write an actual "judgment," with all of the constraints that the task of judging (and writing a judgment) brings to it.

The Supreme Court of Canada decision in *NAPE* sparked outrage in the women's community and renewed debates about the role of litigation in challenging economic and social inequalities in Canadian societies. As a postscript to the Women's Court of Canada decision, it is important to mention that in March 2006 the Newfoundland and Labrador government did make the pay equity payment the Supreme Court of Canada said it did not have to make. The premier announced in the legislature that the \$24 million was to be paid as an "ex-gratia, or voluntary payment." A voluntary payment is some considerable distance from a legal right and obligation. However, there are real dollars attached to this voluntary payment. And even though the *NAPE* case was lost, these dollars would in all likelihood never have been paid if the legal challenge had not been mounted by NAPE.

Note de l'auteure

L'arrêt *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.* de la Cour suprême du Canada est un exemple saisissant du caractère facilement manipulable des théories juridiques et de la puissance des objectifs politiques. Des principes de droit bien établis auraient dû s'aligner avec une logique implacable pour appuyer un résultat favorable aux demandresses ordonnant le respect de leurs droits à l'égalité dans l'arrêt *N.A.P.E.*, puisque leurs droits à l'équité salariale ont été, de l'aveu même du gouvernement, «effacés» pour une période de trois ans. Cela ne s'est pas produit parce que la Cour suprême a

-
2. See Jennifer Koshan, "Dialogue or Conversation? The Impact of Public Interest Interveners on Judicial Decision Making," in Patricia Hughes and Patrick Molnari, eds., *Participatory Justice in a Global Economy: The New Rule of Law* (Montreal: Editions Themis, 2004) 233 at 248.
 3. There were several other intervenors before the Supreme Court in *NAPE*, including the Canadian Association for Community Living, the Canadian Hearing Society, the Council of Canadians with Disabilities, and the Canadian Labour Congress.

décidé que les circonstances dans le cas *N.A.P.E.* étaient trop exceptionnelles pour leur appliquer les règles habituelles. Le Tribunal des Femmes du Canada aurait pu, dans sa propre décision portant sur l'affaire *N.A.P.E.*, simplement démontrer comment les principes juridiques établis pouvaient et auraient dû s'appliquer pour que les demanderesse obtiennent gain de cause. Cette approche, cependant, aurait été trop superficielle. Elle n'aurait pas abordé les questions plus vastes de l'égalité substantive et de l'imputabilité du gouvernement qui sont devenues de plus en plus explicites au fur et à mesure que l'affaire franchissait les étapes du système judiciaire.

Il fallait également résoudre la question connexe d'aborder l'affaire *N.A.P.E.* comme un arrêt portant « sur l'article 15 » ou « sur l'article premier ». Le résultat du recours fondé sur l'égalité dans l'arrêt *N.A.P.E.* a été principalement déterminé par ce que la Cour suprême a décidé en rapport avec l'article premier de la *Charte* et non l'article 15. La façon dont la Cour a abordé l'article 15 a néanmoins exercé une influence importante sur sa décision quant à l'article premier. Le jugement du Tribunal des Femmes du Canada résiste à la construction des articles 15 et premier comme des dispositifs juridiques distincts et tente, au contraire, de les relier.

La décision d'intégrer une analyse approfondie de l'article 15 a été plus facile à prendre qu'à réaliser cependant. Dans l'arrêt *N.A.P.E.*, tous les tribunaux ont décidé qu'il y avait violation de l'article 15. Cette concordance a rendu plus stimulante la formulation d'une autre méthode d'aborder l'article 15 et de démontrer concrètement les lacunes de l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*. Dans la perspective plus vaste de l'égalité sociale des femmes, nous avons inclus une partie de l'historique de la discrimination salariale fondée sur le sexe ainsi que son impact sur l'inégalité économique des femmes. Le jugement énonce aussi des principes d'utilisation du droit international, sujet sur lequel la Cour suprême glisse trop souvent dans la jurisprudence relative à la *Charte*. Cette discussion servira peut-être à faire reconnaître les droits sociaux et économiques dans des contestations judiciaires futures fondées sur la *Charte*.

L'affaire *N.A.P.E.* démontre aussi le besoin d'un cadre analytique permettant d'évaluer de façon critique les arguments prônant la déférence des tribunaux par rapport aux décisions du gouvernement quant aux domaines à financer pour atteindre l'égalité. Cette partie du jugement du Tribunal des Femmes du Canada traite de deux aspects distincts. Le premier aspect concerne la formulation abstraite des principes généraux qui contribuent à une compréhension substantive de la démocratie. Le second aspect touche l'application concrète de cette méthode à la situation dans l'affaire *N.A.P.E.* Cette dernière partie a présenté le plus de difficultés, y compris le défi de formuler une méthode fondée sur des principes pour éviter une analyse de la hiérarchie des droits. Même si les droits conflictuels n'étaient pas directement en cause dans l'affaire *N.A.P.E.*, il y aura peut-être à l'avenir des situations

où des groupes désavantagés auront besoin de ressources étant décrites comme limitées. Le jugement évite également de poser comme postulat d'autres solutions que le gouvernement aurait pu mettre en place qui auraient miné les intérêts du mouvement syndical dans son ensemble. A été particulièrement difficile la décision de répondre ou non au spectre évoqué par le gouvernement du dilemme posé par l'alternative des mises à pied ou des réductions de l'équité salariale. À la fin, l'imputabilité du gouvernement a eu préséance sur l'élaboration de principes juridiques abstraits concernant des situations hypothétiques. De façon plus générale, le Tribunal des Femmes du Canada rend ici son seul jugement dans lequel l'article premier est crucial et cela a ajouté à notre sentiment de responsabilité dans la formulation d'un cadre d'analyse de l'article premier, surtout en cette époque marquée par la déférence à l'égard des limites imposées aux droits sociaux et économiques.

Le jugement du Tribunal des Femmes du Canada dans l'affaire *N.A.P.E.* se fonde largement sur les arguments invoqués par l'une des parties intervenantes devant la Cour suprême du Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ). J'étais membre du comité juridique national du FAEJ au moment de l'intervention dans l'affaire *N.A.P.E.* et j'y ai travaillé. Le FAEJ a formulé au même moment ses arguments dans l'affaire *N.A.P.E.* et dans l'affaire *Auton c. Colombie-Britannique (Procureur général)* et je siégeais aussi à ce dernier comité. Dans les deux cas, le FAEJ a tenté de ranimer l'engagement déclaré de la Cour suprême du Canada quant à l'égalité substantive et d'élaborer une analyse féministe de l'article premier de la *Charte*. Le jugement du Tribunal des Femmes dans l'affaire *N.A.P.E.* s'inspire des idées et des arguments évoqués par le FAEJ dans son mémoire présenté à la Cour suprême du Canada¹. Je tiens à remercier tout particulièrement la procureure du FAEJ dans l'affaire *N.A.P.E.*, Karen Schucher, pour ses nombreuses contributions au jugement du Tribunal des Femmes du Canada. Karen a été source d'idées, d'explications, d'expressions et de critiques constructives et je lui suis très reconnaissante de tout ce travail.

La Cour suprême du Canada ne reconnaît pas toujours systématiquement l'influence des arguments des parties intervenantes dans ses jugements². Le jugement du Tribunal des Femmes du Canada démontre comment un tribunal des femmes serait peut-être plus disposé à rendre hommage là où il se

-
1. Le mémoire du FAEJ est reproduit dans Fay Faraday, Margaret Denike et Kate Stephenson, dir., *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the (Toronto: Irwin Law, 2000) 471.*
 2. Voir Jennifer Koshan, «Dialogue or Conversation? The Impact of Public Interest Interveners on Judicial Decision Making» dans Patricia Hughes et Patrick Molinari, dir., *Participatory Justice in a Global Economy: The New Rule of Law* (Montréal: Editions Thémis, 2004) 233 à la p. 248.

doit, du moins en ce qui concerne les arguments du FAEJ³. Cela dit, le changement de perspective de l'avocate à la juge a présenté des défis et de nombreux arguments dans le mémoire du FAEJ ont dû être détaillés, précisés et transformés en langue «judiciaire» dans ce projet. Par ce travail, j'ai aussi acquis une nouvelle appréciation des difficultés confrontées par mes étudiantes et étudiants dans leur exercice de rédaction d'un jugement, imposé dans un cours de première année portant sur les perspectives juridiques. Il est beaucoup plus facile de représenter une partie ou de critiquer un jugement que de le rédiger, surtout en tenant compte des contraintes qu'imposent l'adjudication et la rédaction.

Le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *N.A.P.E.* a provoqué l'indignation dans la communauté des femmes et a ranimé les débats au sujet du rôle de la contestation judiciaire dans le redressement des inégalités économiques et sociales dans les sociétés canadiennes. Comme post-scriptum à la décision du Tribunal des Femmes du Canada, il importe de mentionner qu'en mars 2006, le gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador a versé les sommes dues en vertu de l'équité salariale, alors que la Cour suprême avait déclaré qu'il n'était pas obligé de le faire. Le premier ministre a annoncé devant l'Assemblée législative que les vingt-quatre millions de dollars allaient être versés comme «paiement à titre gracieux et volontaire». Un paiement à titre gracieux ne correspond pas du tout au respect d'un droit et d'une obligation juridiques. Il y a néanmoins de vrais dollars reliés à ce paiement volontaire. Et même si l'affaire *N.A.P.E.* a été perdue, ces sommes n'auraient sans doute jamais été versées si le syndicat *N.A.P.E.* n'avait pas intenté un recours en justice.

3. Il y avait plusieurs autres parties intervenantes devant la Cour suprême dans l'affaire *N.A.P.E.*, y compris l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, la Canadian Hearing Society, le Conseil des Canadiens (et des Canadiennes) avec déficiences et le Congrès du travail du Canada.