

A-53-87

A-53-87

Rosann Cashin (*Applicant*)

v.

Canadian Broadcasting Corporation (*First Respondent*)

and

Sidney N. Lederman, J. Gordon Petrie and Muriel K. Roy, sitting as a Review Tribunal pursuant to section 42.1(2) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 as amended (*Second Respondents*)

INDEXED AS: CASHIN v. CANADIAN BROADCASTING CORPORATION

Court of Appeal, Heald, Mahoney and MacGuigan JJ.—Halifax, April 27; Ottawa, May 13, 1988.

*Human rights — Discrimination on basis of marital status — CBC refusing to extend employment of journalist married to prominent public figure on basis of public perception of lack of objectivity — Act allowing differentiation where bona fide occupational requirement — Particular spousal identity not included in concept of marital status — However, differentiation on basis of choice of marital surname constitutes discrimination — Assumed public perception of bias was subjective standard — “Impressionistic” evidence insufficient.*

This is an application to set aside the decision of a Review Tribunal under the *Canadian Human Rights Act* and to reinstate that of the adjudicator, who found that the applicant had been discriminated against by the CBC on the basis of marital status. The CBC had refused to renew the applicant's contract after her husband was appointed a director of Petro-Canada, on the ground that her objectivity as a reporter might be suspect. The Canadian Human Rights Commission's decision accepting that the public's perception of objectivity is a *bona fide* occupational requirement (BFOR), was set aside on the ground that the requirement of natural justice had not been met (*Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1984] 2 F.C. 209 (C.A.)). The CBC argued that the Review Tribunal had the power to hear the case *de novo* and reverse the findings of the adjudicator, as paragraph 42.1(6)(b) of the *Canadian Human Rights Act* empowered it to render a decision “that, in its opinion, the Tribunal appealed from should have rendered”. It also argued that the applicant had not been discriminated against, as the concept of marital status includes only the broad categories of “married”, “single”, “widowed” or “divorced”, but does not include particular spousal identity. Finally, it submitted that perceived objectivity is a BFOR for journalists and that the Newfoundland audience might perceive lack of objectivity in the applicant because she is married to a person

Rosann Cashin (*requérante*)

c.

<sup>a</sup> Société Radio-Canada (*première intimée*)

et

<sup>b</sup> Sidney N. Lederman, J. Gordon Petrie et Muriel K. Roy, siégeant comme Tribunal d'appel conformément à l'article 42.1(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33 et ses modifications (*seconds intimés*)<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: CASHIN c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA<sup>d</sup> Cour d'appel, juges Heald, Mahoney et MacGuigan—Halifax, 27 avril; Ottawa, 13 mai 1988.

*Droits de la personne — Motif de distinction fondé sur l'état matrimonial — La SRC a refusé le maintien de l'emploi d'une journaliste au motif que son mariage à un homme public en vue lui ferait une réputation de manque d'objectivité — La Loi permet une distinction fondée sur des exigences professionnelles normales — L'identité d'un conjoint particulier n'est pas comprise dans la notion d'état matrimonial — Toutefois, l'établissement d'une distinction fondée sur l'adoption du nom de famille du conjoint constitue un acte discriminatoire — La présomption voulant que le public ait un préjugé constituait un critère subjectif — Les éléments de preuve «impressionnistes» ne suffisent pas à cet égard.*

Il s'agit d'une demande sollicitant l'annulation d'une décision rendue par un tribunal d'appel sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et recherchant le rétablissement de la décision de l'arbitre qui avait conclu que la requérante avait été victime d'un acte discriminatoire de la SRC fondé sur son état matrimonial. La SRC a refusé de renouveler le contrat de la requérante après la nomination de son mari au Conseil d'administration de Petro-Canada, au motif que l'objectivité de ses reportages pourrait être mise en doute. La décision de la Commission canadienne des droits de la personne acceptant la prétention suivant laquelle la nécessité que le public soit persuadé de l'impartialité de la requérante constituait une exigence professionnelle normale a été infirmée au motif que les principes de la justice naturelle n'avaient pas été observés (*Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209 (C.A.)). La SRC a soutenu que le tribunal d'appel était habilité à entendre l'affaire *de novo* et à infirmer les conclusions de l'arbitre puisque l'alinéa 42.1(6)(b) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* lui conférait le pouvoir de substituer «ses décisions à celles du tribunal dont la décision fait l'objet de l'appel». Elle a également soutenu que la requérante n'avait fait l'objet d'aucun acte discriminatoire puisque la notion d'état matrimonial vise uniquement les grandes catégories «marié(e)», «célibataire», «veuf (veuve)» ou «divorcé(e)», et

in a prominent public position, even though the evidence before the adjudicator showed she was, in fact, an objective reporter.

*Held*, the application should be allowed.

The *Canadian Human Rights Act* discourages discrimination against an individual, not in his/her individuality, but as a group cypher, identified by a group characteristic. Consequently, the identity of a particular spouse cannot be included in the notion of marital status because it is purely an individual rather than a group aspect of life. However, since where it is permitted by provincial legislation, the choice of marital surname by a woman on marriage is now a necessary incident of marital status, the apparent policy of the CBC to treat women differently who adopt their husbands' surnames constitutes discrimination on the basis of a group, rather than on account of an individual, characteristic. The employer is liable, unless it can establish that it is justified under the exception in paragraph 14(a) for *bona fide* occupational requirements. In determining whether perceived objectivity should be a BFOR, the adjudicator applied the test of the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, that mere "impressionistic" evidence is insufficient. An assumed perception of bias based on what the public was presumed to know about the reporter is a wholly subjective standard. The adjudicator found that the applicant complied with the CBC's journalistic policy regarding objective reporting, and that the existence of a BFOR was not established. The fact-trier's view of expert evidence should not be rejected except on the principle in *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, ie. if there was a palpable or overriding error.

*Per Mahoney J.*: The evidence disclosed a number of cases in which the CBC has employed in prominent news broadcasting positions persons whom it knew were either married to or having significant relationships with politicians. This demonstrates that the requirement of perceived objectivity had been applied to the applicant in an entirely subjective fashion.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2(a), 7, 10, 14, 42.1(1),(6)(b).  
*Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

ne comprend pas l'identité d'un époux. Finalement, elle a prétendu que l'apparence d'objectivité constitue une exigence professionnelle normale pour les journalistes et que le public de Terre-Neuve pourrait considérer que la requérante manque d'objectivité parce qu'elle est mariée à une personne occupant un poste public en vue, bien que les éléments de preuve présentés devant l'arbitre aient établi que la requérante était, en fait, un reporter objectif.

*Arrêt*: la demande devrait être accueillie.

La *Loi canadienne sur les droits de la personne* vise à décourager la distinction dirigée contre une personne individuelle non pas en raison de son individualité, mais parce qu'elle constitue un spécimen d'un groupe identifié par une caractéristique donnée. En conséquence, l'identité d'un conjoint particulier ne peut être comprise dans la notion d'état matrimonial parce que cette identité est purement individuelle et n'a pas trait à un aspect de la vie partagé par un groupe. Toutefois, comme le choix d'un nom de mariage par une femme au moment de son mariage devient un accessoire indissociable de l'état matrimonial lorsqu'autorisé par la législation provinciale, la politique apparente de la SRC de traiter différemment les femmes qui adoptent le nom de leur mari constitue une discrimination fondée sur une caractéristique de groupe plutôt que sur une caractéristique individuelle. La responsabilité d'un employeur est engagée à moins qu'il n'établisse que l'acte posé ressortit à l'exception des exigences professionnelles normales prévues à l'alinéa 14a). Pour déterminer si la réputation d'objectivité devait constituer une exigence professionnelle justifiée, l'arbitre a appliqué le critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, selon lequel les éléments de preuve simplement «impressionnistes» n'étaient pas suffisants. Une présomption de préjugé du public fondée sur ce que ce dernier était présumé savoir du reporter constitue un critère entièrement subjectif. L'arbitre a conclu que la requérante s'était conformée à la politique journalistique de la SRC visant l'objectivité en matière de reportage, et que l'existence d'une exigence professionnelle justifiée n'avait pas été établie. L'appréciation d'une preuve d'expert faite par le juge des faits ne doit être infirmée qu'en conformité avec le principe énoncé dans l'arrêt *Stein et autres c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, selon lequel il doit exister une erreur manifeste et dominante.

Le juge Mahoney: La preuve a révélé l'existence de nombreux cas dans lesquels la SRC a employé à des postes en vue de la radio ou de la télévision des personnes qu'elle savait soit être mariées à des politiciens soit entretenir des rapports intimes avec des politiciens. Il en ressort que l'exigence de l'apparence d'objectivité a été appliquée à la requérante de manière entièrement subjective.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, art. 2a), 7, 10, 14, 42.1(1),(6)b).  
*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10, art. 28.

## CASES JUDICIALEMENT CONSIDÉRÉS

## APPLIQUÉS :

*Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; 40 D.L.R. (4th) 577, reversing *Brennan v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 799 (C.A.). a

## DISTINGUÉS :

*Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; (1985), 63 N.R. 161; 23 D.L.R. (4th) 122; *Derreck v. Strathroy* (1985), 8 O.A.C. 206. b

## CONSIDÉRÉS :

*Cindy Bossi v. Township of Michipicoten and K.P. Zurby* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252; *Rosemary Mark v. Porcupine General Hospital and Arthur Moyle* (1985), 6 C.H.R.R. D/2538; *Re Caldwell and Stuart et al.* (1982), 132 D.L.R. (3d) 79 (B.C.C.A.), aff'd in *Caldwell et al. v. Stuart et al.*, [1984] 2 S.C.R. 603; [1985] 1 W.W.R. 620; *Air Canada v. Bain*, [1982] 2 F.C. 341 (1982), 40 N.R. 481 (C.A.); *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.); *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; (1987), 76 N.R. 212; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536; 64 N.R. 161; 23 D.L.R. (4th) 321. c

## RÉFÉRÉS :

*Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346; (1985), 60 N.R. 321 (C.A.); *Crupi v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 3; (1986), 66 N.R. 93 (C.A.). d

## CONSEIL :

*Ronald A. Pink* and *Kimberley H. W. Turner* pour applicant. e  
*Ian F. Kelly* pour respondent CBC. f  
*James M. Hendry* pour Canadian Human Rights Commission. g

## SOLICITEURS :

*Patterson, Kitz*, Halifax, pour applicant. h  
*Curtis, Dawe*, St. John's, Newfoundland, pour respondent CBC. i  
*Canadian Human Rights Commission*, Ottawa, pour Canadian Human Rights Commission. j

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

*Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; 40 D.L.R. (4th) 577, qui a infirmé l'arrêt *Brennan c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 799 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC :

*Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; (1985), 63 N.R. 161; 23 D.L.R. (4th) 122; *Derreck v. Strathroy* (1985), 8 O.A.C. 206.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Cindy Bossi v. Township of Michipicoten and K.P. Zurby* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252; *Rosemary Mark v. Porcupine General Hospital and Arthur Moyle* (1985), 6 C.H.R.R. D/2538; *Re Caldwell and Stuart et al.* (1982), 132 D.L.R. (3d) 79 (C.A.C.-B.), confirmé dans *Caldwell et autre c. Stuart et autres*, [1984] 2 R.C.S. 603; [1985] 1 W.W.R. 620; *Air Canada c. Bain*, [1982] 2 C.F. 341 (1982), 40 N.R. 481 (C.A.); *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.); *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; (1987), 76 N.R. 212; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons Sears Ltd. et autres.*, [1985] 2 R.C.S. 536; 64 N.R. 161; 23 D.L.R. (4th) 321.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346; (1985), 60 N.R. 321 (C.A.); *Crupi c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 3; (1986), 66 N.R. 93 (C.A.).

## AVOCATS :

*Ronald A. Pink* et *Kimberley H. W. Turner* pour la requérante. h  
*Ian F. Kelly* pour la SRC intimée. i  
*James M. Hendry* pour la Commission canadienne des droits de la personne. j

## PROCUREURS :

*Patterson, Kitz*, Halifax, pour la requérante. h  
*Curtis, Dawe*, St. John's (Terre-Neuve), pour la SRC intimée. i  
*Commission canadienne des droits de la personne*, Ottawa, pour la Commission canadienne des droits de la personne. j

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MAHONEY J.: I have had the advantage of reading the reasons for judgment of my brother MacGuigan herein and am in entire agreement with them and with the disposition he proposes of this application. I wish only to refer to other instances disclosed by the evidence in which, one might have thought, some question as to perceived objectivity would have arisen had that qualification really been an occupational requirement sustainable in law as *bona fide*.

Perhaps actuated by reluctance to publicly record the personal relationships of other media personalities and potential news subjects or sources, neither the Tribunal nor the Review Tribunal referred to that undisputed evidence which, in my opinion, supports both the conclusion that the discrimination here was based on her marital status and not simply on the fact that Rosann Cashin was married to a particular person and also the Tribunal's conclusion, reversed by the Review Tribunal, that the CBC's version of perceived objectivity did not meet the test established by the Supreme Court of Canada in *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, for a *bona fide* occupational requirement. I propose to do this by simply describing situations which the CBC tolerated without naming the persons concerned but providing references to the record should another court have occasion to review this judgment. I shall also refer only to the relationships involving persons employed by the CBC in news broadcasting and not to those employed to express opinions nor to employees of other news organizations. All references are to the record of the Tribunal, Appendix I to the Case.

A co-host of a national television news program is described as the "regular date" of "a key Tory backroom strategist", in fact, a recent national director of the party, volume 7, page 1157. A national affairs reporter is the wife of "a well known political activist" and leader of a radical

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

LE JUGE MAHONEY: Je souscris entièrement aux motifs du jugement rédigés en l'espèce par mon collègue le juge MacGuigan, que j'ai eu l'avantage de lire, ainsi qu'au dispositif qu'il propose relativement à la présente demande. Qu'il me soit seulement permis de faire état de certains autres cas mentionnés dans la preuve, dont il est permis de penser qu'ils auraient pu soulever une question relative à l'objectivité apparente si cette qualité avait réellement été une exigence professionnelle légalement justifiée.

Peut-être par réticence à consigner dans un document public les relations personnelles d'autres personnalités des médias pouvant éventuellement constituer des sujets ou des sources de nouvelles, ni le tribunal ni le tribunal d'appel n'ont mentionné certains éléments de preuve non contestés qui, à mon avis, appuient d'une part la conclusion que la discrimination en l'espèce était fondée sur l'état matrimonial de la requérante, et non simplement sur le fait que Rosann Cashin était mariée à une personne en particulier, et d'autre part la conclusion du tribunal, infirmée par le tribunal d'appel, que la version de l'objectivité apparente de RC ne satisfaisait pas au critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, à l'égard de l'exigence professionnelle réelle. Je me propose de le faire en décrivant simplement des situations que RC a tolérées, sans nommer les personnes concernées mais en faisant référence au dossier en l'espèce pour le cas où un autre tribunal aurait à examiner le présent jugement. De plus, je mentionnerai uniquement les rapports personnels de personnes employées par RC dans la diffusion de l'information, sans parler des personnes employées pour exprimer des opinions ou des personnes employées par d'autres diffuseurs d'information. Tous les renvois ont trait au dossier du tribunal, l'appendice I du dossier d'appel en l'espèce.

Une co-animatrice d'une émission nationale d'information télévisée est décrite comme la [TRA-DUCTION] «personne accompagnant régulièrement» un [TRADUCTION] «stratège conservateur clé œuvrant à l'arrière-plan» qui, en fait, a récemment été directeur national de ce parti (volume 7,

element in the New Democratic Party, volume 3, page 457. The wife of a radio national affairs correspondent and Parliamentary bureau chief is communications director for a Leader of the Opposition, volume 3, pages 458, 497; volume 8, page 1323. A reporter/producer for a nationally televised news program is married to a Prime Minister's press secretary, volume 3, page 501; volume 8, page 1329. Prior to that marriage, the press secretary had a relationship with another television news reporter, volume 8, page 1334. A senior television news correspondent has a relationship with a Prime Minister's legislative assistant, volume 3, page 502; volume 8, page 1329.

All of these relationships were well known to the CBC's management. They demonstrate that the requirement of perceived objectivity was, in fact, invoked in the entirely subjective fashion described by Donna Logan, the senior CBC management person to testify. Mr. Justice MacGuigan has quoted the gist of her evidence on the point.

Common to all of those relationships, married or not, the parties did not share surnames. The mass of its audience was unlikely to be aware of the relationship and, therefore, by CBC standards, the perception of the objectivity of its on air news personnel was not called into question even though the job titles of at least some of their partners suggest an active interest, perhaps duty, to influence the content and presentation of the news.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

MACGUIGAN J.: The applicant, a writer/radio broadcaster with the first respondent in New-

à la page 1157). Une reporter affectée aux questions nationales est l'épouse d'un [TRADUCTION] «activiste politique bien connu» et dirigeant d'un élément radical du Nouveau Parti Démocratique (volume 3, à la page 457). L'épouse d'un correspondant national et chef du bureau parlementaire pour la radio est directrice des communications pour le chef de l'opposition (volume 3, aux pages 458 et 497; volume 8, à la page 1323). Un reporter/réalisateur d'une émission télévisée d'information diffusée nationalement est marié à la secrétaire de presse d'un premier ministre (volume 3, à la page 501; volume 8, à la page 1329). Avant ce mariage, la secrétaire de presse en question avait été liée à un autre reporter de nouvelles travaillant pour la télévision (volume 8, à la page 1334). Un premier correspondant du service d'informations télévisées a une relation avec l'adjointe à la législation d'un premier ministre (volume 3, à la page 502, volume 8, à la page 1329).

Toutes ces relations sont bien connues de la direction de RC. Il en ressort que l'exigence de l'apparence d'objectivité a effectivement été invoquée de la manière entièrement subjective décrite par Donna Logan, le cadre de RC qui a témoigné pour la direction de cet organisme. M. le juge MacGuigan a cité un passage exprimant l'essentiel de sa déposition sur ce point.

Dans tous les rapports entre personnes mariées ou non qui viennent d'être décrits, les personnes concernées ne partageaient pas le même nom de famille. La plus grande partie des auditeurs ou téléspectateurs n'étaient probablement pas au courant des relations entretenues, et en conséquence, suivant les normes de RC, il n'a jamais été mis en doute que ses employés communiquant des informations sur les ondes donnent l'apparence de l'objectivité même si les titres des postes d'au moins certains des partenaires de ces communicateurs suggèrent que ces derniers étaient activement intéressés à influencer le contenu et la présentation de l'information et qu'il entrerait peut-être même dans leurs attributions de le faire.

\* \* \*

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

LE JUGE MACGUIGAN: La requérante, une rédactrice/communicatrice de radio travaillant

foundland, was denied continuing employment by it in September 1981 because of the fact that her husband, Richard Cashin, a prominent public figure in Newfoundland, had been appointed to the Board of Directors of Petro-Canada.

Initially, the Canadian Human Rights Commission ("the Commission") dismissed her complaint of discrimination under the *Canadian Human Rights Act* [S.C. 1976-77, c. 33] ("the Act"), but following the decision of this Court in *Cashin v. Canadian Broadcasting Corporation*, [1984] 2 F.C. 209, her complaint was referred to a single adjudicator (Susan Ashley) sitting as a Human Rights Tribunal, who found, in a decision dated November 25, 1985, that the first respondent's action constituted discrimination on the basis of marital status contrary to sections 7 and 10 of the Act without any redeeming justification as a *bona fide* occupational requirement ("BFOR") under section 14.

These sections of the Act read as follows:

7. It is a discriminatory practice, directly or indirectly,

- (a) to refuse to employ or continue to employ any individual, or
- (b) in the course of employment, to differentiate adversely in relation to an employee,

on a prohibited ground of discrimination.

10. It is a discriminatory practice for an employer or an employee organization

- (a) to establish or pursue a policy or practice, or
- (b) to enter into an agreement affecting recruitment, referral, hiring, promotion, training, apprenticeship, transfer or any other matter relating to employment or prospective employment,

that deprives or tends to deprive an individual or class of individuals of any employment opportunities on a prohibited ground of discrimination.

14. It is not a discriminatory practice if

- (a) any refusal, exclusion, expulsion, suspension, limitation, specification or preference in relation to any employment is established by an employer to be based on a *bona fide* occupational requirement;

pour la première intimée à Terre-Neuve, s'est vu refuser le maintien de son emploi par cette employeuse en septembre 1981 au motif que son mari Richard Cashin, un homme public en vue de Terre-Neuve, avait été nommé au conseil d'administration de Petro-Canada.

Initialement, la Commission canadienne des droits de la personne («la Commission») a rejeté sa plainte alléguant discrimination sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [S.C. 1976-77, chap. 33] («la Loi»), mais, suite à la décision rendue par cette Cour dans l'affaire *Cashin c. Société Radio-Canada*, [1984] 2 C.F. 209, sa plainte a été renvoyée devant un arbitre unique (Susan Ashley) siégeant en qualité de tribunal des droits de la personne, qui a conclu, dans une décision en date du 25 novembre 1985, que l'acte posé par la première intimée appliquait un motif de distinction fondé sur l'état matrimonial contrairement aux articles 7 et 10 de la Loi, sans être légitimé par des exigences professionnelles justifiées\* conformément à l'article 14.

Ces articles de la Loi étaient libellés de la manière suivante:

7. Constitue un acte discriminatoire le fait

- a) de refuser d'employer ou de continuer d'employer un individu, ou
- b) de défavoriser un employé,

directement ou indirectement, pour un motif de distinction illicite.

10. Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur ou l'association d'employés

- a) de fixer ou d'appliquer des lignes de conduite, ou
- b) de conclure des ententes, touchant le recrutement, les mises en rapport, l'engagement, les promotions, la formation, l'apprentissage, les mutations ou tout autre aspect d'un emploi présent ou éventuel

pour un motif de distinction illicite, d'une manière susceptible d'annihiler les chances d'emploi ou d'avancement d'un individu ou d'une catégorie d'individus.

14. Ne constituent pas des actes discriminatoires

- a) les refus, exclusions, expulsions, suspensions, restrictions, conditions ou préférences de l'employeur qui démontre qu'ils sont fondés sur des exigences professionnelles normales;

\* Note du traducteur: La version française de l'article 14 utilisée dans cette décision est celle qui figure à S.C. 1980-81-82-83, chap. 143, art. 7.

The Adjudicator consequently ordered the first respondent to make an offer to reinstate the applicant to her former or a similar position as soon as possible, to pay her a sum for lost wages to be determined by the parties (or, if they could not agree, to be determined by the Tribunal), and to pay her the sum of \$2500 in respect of hurt feelings or loss of self-respect as a result of the discriminatory practice.

The first respondent appealed from that decision, and a Review Tribunal (the second respondents), in a decision dated January 23, 1987, allowed the appeal. The applicant now seeks to attack the Review Tribunal's decision under section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10].

## I

The first question that arises is as to the powers of the Review Tribunal in relation to the initial Tribunal. Section 42.1 of the Act is as follows:

**42.1** (1) Where a Tribunal that made a decision or order was composed of fewer than three members, the Commission, the complainant before the Tribunal or the person against whom the complaint was made may appeal against the decision or order by serving a notice in a manner and form prescribed by order of the Governor in Council, within thirty days after the decision or order appealed from was pronounced, on all persons who received notice from the Tribunal under subsection 40(1).

In *Brennan v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 799 (C.A.), at page 819 reversed by *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; 40 D.L.R. (4th) 577, on other grounds, Thurlow C. J. wrote for the majority of this Court:

It is no doubt true that in a situation of this kind where no evidence in addition to that before the Human Rights Tribunal was before the Review Tribunal the latter should, in accordance with the well-known principles adopted and applied in *Stein et al. v. The Ship "Kathy K"* ([1976] 2 S.C.R. 802; 62 D.L.R. (3d) 1), accord due respect for the view of the facts taken by the Human Rights Tribunal and, in particular, for the advantage of assessing credibility which he had in having seen and heard the witnesses. But, that said, it was still the duty of the Review Tribunal to examine the evidence and substitute its view of the facts if persuaded that there was palpable or manifest error in the view taken by the Human Rights Tribunal.

L'arbitre a donc ordonné à la première intimée d'offrir à la requérante de la réintégrer dans son poste antérieur ou dans un poste semblable aussitôt que possible, de payer à la requérante une indemnité pour perte de salaire dont le montant serait déterminé par les parties (ou, à défaut par celles-ci d'en arriver à une entente, le montant que fixerait à cet égard le tribunal) et de payer à la requérante la somme de 2 500 \$ pour l'indemniser du préjudice moral découlant de l'acte discriminatoire dont elle avait été victime.

La première intimée a interjeté appel de cette décision et un tribunal d'appel (les seconds intimés), dans une décision en date du 23 janvier 1987, a accueilli son appel. La requérante attaque présentement la décision de ce tribunal d'appel sur le fondement de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), chap. 10].

## d

## I

La première question soulevée est celle des pouvoirs que détient le tribunal d'appel relativement au tribunal initial. L'article 42.1 de la Loi est ainsi libellé:

**42.1** (1) La Commission ou les parties peuvent interjeter appel de la décision ou de l'ordonnance rendue par un tribunal de moins de trois membres en signifiant l'avis prescrit par décret du gouverneur en conseil aux personnes qui ont reçu l'avis prévu au paragraphe 40(1), dans les trente jours du prononcé de la décision ou de l'ordonnance.

Dans l'arrêt *Brennan c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 799 (C.A.), à la page 819, une décision qui a été infirmée par l'arrêt *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; 40 D.L.R. (4th) 577, pour des motifs étrangers aux premiers, le juge en chef Thurlow a écrit au nom de la majorité de cette Cour:

Il ne fait aucun doute que, dans une situation de ce genre où la preuve portée à la connaissance du tribunal d'appel est exactement la même que celle dont disposait le tribunal des droits de la personne, le premier doit, conformément aux principes bien connus, adoptés et appliqués dans *Stein et al. c. Le navire "Kathy K"*, ([1976] 2 R.C.S. 802; 62 D.L.R. (3d) 1), accorder tout le respect qui convient à l'opinion du tribunal des droits de la personne quant aux faits, en raison particulièrement de l'avantage qu'a eu ce dernier de pouvoir évaluer la crédibilité des témoins puisqu'il les a vus et entendus. Toutefois, cela dit, le tribunal d'appel avait néanmoins le devoir d'examiner la preuve et de substituer sa propre conclusion sur les faits s'il était convaincu que la conclusion du tribunal des droits de la personne était entachée d'une erreur évidente ou manifeste.

The dissent (at page 841) assumed the same standard without deciding the question.

The first respondent argued that, whether the Review Tribunal heard additional evidence or not, its power to render the decision “that, in its opinion, the Tribunal appealed from should have rendered” [subsection 42.1(6)] enabled it effectively to conduct a hearing *de novo*. However, in addition to the authority of the *Robichaud* case, such an interpretation should not, it seems to me, be given to section 42.1 unless it is the clear intention of Parliament, since the bias of the law runs strongly in favour of fact-finding by the tribunal which heard the witnesses. Parliament’s intention, as I read it, appears in fact to be that the hearing should be treated as *de novo* only if the Review Tribunal receives additional evidence or testimony. Otherwise, it should be bound by the *Kathy K* principle.

The findings of the adjudicator must therefore stand unless she committed some palpable and overriding error.

## II

The case was argued on the basis that the applicant was discriminated against, if at all, not because she was married *per se*, but because she was married to a particular public figure. The second issue is, therefore, whether spousal identity is included in the concept of marital status, which was the alleged ground of discrimination in this case. Both tribunals were agreed that it is so included, but their conclusions on this point were challenged before this Court by the first respondent.

The first respondent’s argument was that one must look first to the plain, ordinary and natural meaning of the words used, which in this case, it argued, is status in the sense of “married or not married,” or in relation to marriage as in the

Les motifs dissidents (à la page 841) ont présumé que ce même critère était applicable sans trancher cette question.

a La première intimée a soutenu que, indépendamment de la question de savoir si le tribunal d’appel avait entendu une preuve supplémentaire, le pouvoir de ce tribunal de substituer «ses décisions . . . à celles du tribunal dont la décision fait l’objet de l’appel» [paragraphe 42.1(6)] lui permettait effectivement de procéder à une audition *de novo*. Toutefois, mise à part l’autorité de l’arrêt *Robichaud*, il me semble qu’une telle interprétation ne devrait être donnée à l’article 42.1 que si elle exprime l’intention claire du Parlement, puisque le droit applicable tient fortement à ce que les conclusions de fait ressortissent au tribunal qui a entendu les témoins. L’intention du Parlement, selon mon interprétation, semble en fait être que l’audition ne soit menée comme une audition *de novo* que dans le cas où le tribunal d’appel reçoit des éléments de preuve ou des témoignages additionnels. Dans les autres cas, il devrait être lié par les conclusions du tribunal antérieur en vertu du principe énoncé dans l’arrêt *Kathy K*.

Les conclusions de l’arbitre doivent donc être maintenues à moins qu’elle n’ait commis une erreur manifeste et dominante.

## II

La présente affaire a été débattue en tenant pour acquis que la requérante avait fait l’objet d’un acte discriminatoire, le cas échéant, non pas en raison de son mariage comme tel mais parce qu’elle était mariée à un homme public en particulier. La seconde question qui se pose est donc celle de savoir si l’identité d’un époux est comprise dans le concept d’état matrimonial, le fondement du motif de distinction illicite allégué en l’espèce. Les deux tribunaux ont été d’accord pour dire que cette identité est comprise dans ce concept, mais leurs conclusions sur ce point ont été contestées devant cette Cour par la première intimée.

L’argument invoqué par la première intimée veut que l’on doive d’abord examiner le sens évident, ordinaire et naturel des termes utilisés; en l’espèce, ceux-ci exprimeraient l’état [TRADUCTION] «marié ou non marié» ou un état relatif au

categories “single”, “married”, “widowed”, or “divorced”.

A number of decisions were cited in support of this contention, particularly *Cindy Bossi v. Township of Michipicoten and K.P. Zurby* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252, at pages D/1253-1254 (Ontario Board of Inquiry, Professor Martin L. Friedland), where the Board held:

The key question in this hearing is the scope of the words “marital status”. It is not defined in the old legislation. Should it be confined to the marital status of the spouse refused the position, or should it be extended to include a case such as this where the refusal was to hire a person who was married to a particular person? The former is a more natural meaning of the words “marital status” and I note that the 1981 Act so defines the words, that is, “the status of being married, single, widowed, divorced or separated and includes the status of living with a person of the opposite sex in a conjugal relationship outside marriage.” [Emphasis added.]

In resisting this approach the intervenor Commission also cited a number of decisions, including a later Ontario Board decision which refused to follow *Bossi: Rosemary Mark v. Porcupine General Hospital and Arthur Moyle* (1985), 6 C.H.R.R. D/2538 at page D/2541 (Ontario Board of Inquiry, Professor Peter A. Cumming), where the Board declared as follows:

21038 In *Cindy Bossi v. Township of Michipicoten and K.P. Zurby* ... the female complainant was refused employment as a clerk in a Township office because her husband was then employed with the Township police force.

21039 Chairman Friedland seemed to find that the prohibition against discrimination on the basis of “marital status” under Section 4 of the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980 is confined to the situation where the refusal to employ is simply because the complainant is married, but does not cover discrimination because she is married to a particular person (a police officer in that case). He was of the view also, *obiter*, that the definition of “marital status” given by paragraph 9(g) of the new *Code* expressly limits that ground to the first, more narrow interpretation (*Bossi, supra*, at D/1254, para. 10914) With great respect, I cannot agree.

mariage tel ceux désignés par les catégories [TRANSDUCTION] «célibataire», «marié(e)», «veuf(veuve)» ou «divorcé(e)».

a Un bon nombre de décisions ont été citées à l'appui de cette prétention, en particulier la décision rendue dans l'affaire *Cindy Bossi v. Township of Michipicoten and K.P. Zurby* (1983), 4 C.H.R.R. D/1252, aux pages D/1253 et D/1254 (le professeur Martin L. Friedland, parlant au nom d'une commission d'enquête de l'Ontario), dans laquelle la commission saisie de l'affaire a conclu:

[TRANSDUCTION] La question clé de la présente instance vise l'étendue des termes «état matrimonial». Cette expression n'est pas définie dans l'ancienne Loi. Devrait-elle être confinée à l'état matrimonial du conjoint à qui un poste est refusé, ou son application devrait-elle être étendue aux espèces comme la présente affaire, dans laquelle on a refusé d'engager une personne parce qu'elle était mariée à une personne en particulier? Le premier sens est plus naturel à l'expression «état matrimonial» et la Loi de 1981 donne une telle définition à ces termes, stipulant que cette expression désigne le «fait d'être marié, célibataire, veuf, divorcé ou séparé. La présente définition inclut le fait de vivre avec une personne du sexe opposé dans une union conjugale hors des liens du mariage.» (Les soulignements sont ajoutés.)

f À l'appui de son refus d'adopter une telle interprétation, la Commission intervenante a également cité plusieurs décisions, y compris une décision subséquente d'une commission ontarienne refusant de suivre le point de vue adopté dans l'affaire *Bossi*, la décision *Rosemary Mark v. Porcupine General Hospital and Arthur Moyle* (1985), 6 C.H.R.R. D/2538, à la page D/2541 (le professeur Peter A. Cumming, parlant au nom d'une commission d'enquête de l'Ontario), dans laquelle la commission concernée a déclaré:

h [TRANSDUCTION] 21038 Dans l'affaire *Cindy Bossi v. Township of Michipicoten and K.P. Zurby* ... la plaignante s'est vu refuser un emploi de commis dans un bureau de ce canton parce que son mari était alors employé par la police du canton.

i 21039 Le président Friedland a semblé considérer que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'«état matrimonial» qui est stipulée à l'article 4 du *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980 vise uniquement le refus d'employer la plaignante fondé sur le seul fait que celle-ci est mariée, mais ne vise pas la discrimination fondée sur son mariage à une personne déterminée (dans cette espèce, un agent de police). Il était également d'avis, dans une remarque incidente, que la définition d'«état matrimonial» donnée à l'alinéa 9g) du nouveau *Code* limite expressément le sens de ce motif à celui que lui attribue la première interprétation, qui est plus étroite (la décision *Bossi*, précitée, à la page D/1254, par. 10914). Avec déférence, je ne puis souscrire à un tel point de vue.

21040 It seems to me the fact the discrimination arises because of the "marital status" of a complainant with respect to a particular person, rather than simply because of the marital status of the complainant, should not matter. If hypothetically, an employer refuses a black person employment because the employer holds racially discriminatory views toward the particular individual, but allows some other persons who are black to work for him, there would be a breach of either the old or the new *Code*. Similarly, if an employer discriminates against a person on the basis of her being married to a particular person, even though he does not discriminate against married persons generally, the particular aggrieved person would, in my opinion, be unlawfully discriminated against. The "marital status" (that is, the status of "being married") of the complainant is an essential element, or proximate operative cause, of the refusal of employment if the complainant in *Bossi* had not been married to, but simply known the police officer as a casual acquaintance in that case, she would not have been rejected because of her "marital status." If the Board's reasoning in *Bossi* was that, in essence, the complainant was rejected because of a perceived conflict of interest, the fact remains the perceived conflict of interest only arose because of her "marital status." In my opinion, *Bossi* was wrongly decided on this point. (However, the Board in that case also decided on the facts that a *bona fide* occupational qualification defence arose under subsection 4(6) of the old *Code*, and on this finding alone the complainant in *Bossi* lost in all events.)

21041 There is support for my interpretation in another recent decision. In *Mabel Monk v. C.D.E. Holdings Ltd., Dakota I.G.A. and Dennis Hillman*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1381 (Manitoba: Chairman Paul S. Teskey) the female complainant's employment was terminated because she was married to a particular person, someone who was a shareholder of her corporate employer and was engaged in a legal dispute with such employer. After a careful review of the authorities, the Board concluded that the definition of "family status" in section 1(1) of the Manitoba *Human Rights Act*, C.C.S.M. c. H175, includes discrimination because a specific person is the individual's spouse or child (at D/1384, paras. 11900, 11904). American cases have also adopted the broader interpretation of "marital status." See *Kraft, Inc. v. State of Minnesota* (1979) 284 N.W. 2d 386 (S.C. Minn.); *Thompson v. Board of Trustees School Dist.* (1981) 627 P. 2d 1229 (Sup. Ct. Montana); cf. *Yuhas v. Libby-Owens-Ford Co.* (1977) 562 Fed. Rep. 2d 496 (U.S.C.A.; 7th Cir.) (all cited in *Bossi*, at D/1254, para. 10915).

21042 I would base my above interpretation of the meaning of "marital status" as a prohibited ground on ordinary rules of general statutory interpretation. However, I could add that it is a general rule in interpreting human rights legislation, as it is remedial in purpose, to do so in a liberal manner so as to effectuate its purpose.

21040 Il me semble que le fait que la discrimination envisagée soit fondée sur l'«état matrimonial» d'un plaignant en considération de son mariage avec une personne particulière plutôt que sur le seul état matrimonial de ce plaignant ne devrait pas entrer en ligne de compte. L'employeur qui refuserait d'employer une personne de race noire à cause de ses vues racistes à l'égard de cette personne particulière, tout en permettant à d'autres personnes de race noire de travailler pour lui, enfreindrait à la fois l'ancien et le nouveau *Code*. De la même manière, si un employeur pratique la discrimination à l'égard d'une personne parce que celle-ci est mariée à une personne particulière, la personne particulière qu'il a lésée est, à mon avis, victime d'une discrimination illégale même s'il ne se rend pas coupable de discrimination contre les personnes mariées en général. L'«état matrimonial» (c'est-à-dire le fait «d'être marié») de la personne qui porte plainte est un élément essentiel, ou une cause efficiente immédiate, du refus de l'engager. Si la plaignante dans l'affaire *Bossi* n'avait pas été mariée au policier en question mais l'avait simplement compté parmi ses connaissances, elle n'aurait pas été rejetée en raison de son «état matrimonial». Si le raisonnement tenu par la commission dans l'affaire *Bossi* était que, essentiellement, la plaignante avait été rejetée en raison de ce que l'on avait jugé être un conflit d'intérêts, il demeure que la question de ce conflit d'intérêts n'a été soulevée qu'en raison de son «état matrimonial». À mon avis, la décision rendue dans l'affaire *Bossi* sur ce point est entachée d'erreur. (Toutefois, la Commission a également jugé à partir des faits de cette affaire que l'on pouvait opposer une défense fondée sur des qualifications professionnelles justifiées conformément au paragraphe 4(6) de l'ancien *Code*, et elle a débouté la plaignante sur tous les points sur le fondement de cette seule conclusion.)

21041 Mon interprétation trouve un appui dans une autre décision récente. Dans l'affaire *Mabel Monk v. C.D.E. Holdings Ltd., Dakota I.G.A. and Dennis Hillman*, (1983) 4 C.H.R.R. D/1381 (Manitoba, le président Paul S. Teskey), il avait été mis fin à l'emploi de la plaignante parce qu'elle était mariée à une personne déterminée, un actionnaire de la société employeuse s'opposant à cette société dans un différend d'ordre juridique. Après un examen minutieux de la jurisprudence, la commission a conclu que la définition de l'expression «*family status*» (état familial) du paragraphe 1(1) de la *Human Rights Act* du Manitoba, C.C.S.M. chap. H175, comprend la discrimination fondée sur le fait qu'une personne déterminée est le conjoint ou l'enfant de l'individu concerné (à la page D/1384, aux par. 11900, 11904). Certaines décisions américaines ont également adopté l'interprétation plus large de l'expression «*marital status*» («état matrimonial»). Voir *Kraft, Inc. v. State of Minnesota* (1979) 284 N.W. 2d 386 (S.C. Minn.); *Thompson v. Board of Trustees School Dist.* (1981) 627 P. 2d 1229 (Sup. Ct. Montana); comparer à *Yuhas v. Libby-Owens-Ford Co.* (1977) 562 Fed. Rep. 2d 496 (U.S.C.A.; 7th Cir.) (ces décisions sont toutes citées dans l'arrêt *Bossi*, à la page D/1254, par. 10915).

21042 J'appuierais l'interprétation que je viens de donner à l'expression «état matrimonial» comme motif de distinction illicite sur les règles ordinaires de l'interprétation générale des lois. Toutefois, je pourrais ajouter qu'une règle générale d'interprétation des dispositions législatives concernant les droits de la personne veut que celles-ci, étant correctives, soient interprétées d'une façon libérale qui permette la réalisation d'un tel objet.

Aside from these cases, the arguments on both sides are by analogy, and the issue remains open to this Court, as it was not decided by the Supreme Court in *Caldwell et al. v. Stuart et al.*, [1984] 2 S.C.R. 603; [1985] 1 W.W.R. 620.

In my opinion, the first respondent has the stronger case on a literal meaning approach. Marital status normally does mean no more than status in the sense of "married or not married" and is not considered to include the identity and characteristics of the spouse. This is what Seaton J.A. held for the British Columbia Court of Appeal in *Re Caldwell and Stuart et al.* (1982), 132 D.L.R. (3d) 79 at page 88, upheld by S.C.C., *supra*, on other grounds, where a Catholic teacher married a divorced person in a civil ceremony contrary to the rules of the Church:

In my view, religion in s. 8(2) means religion of itself and does not extend to a cause based on religion. Thus the question for the board within s. 8(2)(a) was whether Mrs. Caldwell was not re-employed simply because she was Catholic. Similarly, marital status means marital status of itself and the question for the board was whether Mrs. Caldwell was not re-employed simply because she had married.

This Court in *Air Canada v. Bain*, [1982] 2 F.C. 341; (1982), 40 N.R. 481 also gave a narrow reading to marital status.

Of course, a court must always take what I have referred to as a words-in-total-context approach (*Lor-Wes Contracting Ltd. v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 346, at page 352; (1985), 60 N.R. 321 (C.A.), at page 325; *Crupi v. Canada Employment and Immigration Commission*, [1986] 3 F.C. 3, at page 31; (1986), 66 N.R. 93 (C.A.), at page 109). On such an approach the applicant has the advantage of the "almost constitutional" status of human rights legislation which the Supreme Court of Canada reiterated again recently in *R. v. Mercure*, [1988] 1 S.C.R. 234, at pages 267-268. This quasi-constitutional status certainly requires, as a consequence, a broad interpretation of human rights legislation. As the Court put it in *Ontario*

Ces décisions mises à part, les arguments présentés de part et d'autre sont analogiques, et cette Cour reste libre de se prononcer sur la question puisqu'elle n'a pas été tranchée par la Cour suprême dans l'arrêt *Caldwell et autre c. Stuart et autres*, [1984] 2 R.C.S. 603; [1985] 1 W.W.R. 620.

À mon avis, une interprétation littérale favoriserait la première intimée. Normalement, l'expression état matrimonial ne désigne rien d'autre que le fait d'être [TRADUCTION] «marié ou non marié», elle n'est pas considérée comme englobant l'identité et les caractéristiques du conjoint. Telle est l'opinion exprimée par le juge d'appel Seaton au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Re Caldwell and Stuart et al.* (1982), 132 D.L.R. (3d) 79, à la page 88, une décision qui a été confirmée par la C.S.C. sur le fondement de motifs différents, dans le jugement prémentionné, où une enseignante catholique avait épousé un divorcé dans une cérémonie civile contrairement aux règles de l'Église:

[TRADUCTION] À mon sens, la religion dont parle l'art. 8(2) signifie la religion en soi et ne s'étend pas à une cause fondée sur la religion. Donc la question qui se posait à la commission d'enquête au sujet de l'art. 8(2)a) était de savoir si M<sup>me</sup> Caldwell n'a pas été rembauchée uniquement parce qu'elle était catholique. De même, l'état matrimonial signifie l'état matrimonial en soi et la question à laquelle la commission d'enquête devait répondre était de savoir si M<sup>me</sup> Caldwell n'a pas été rembauchée uniquement parce qu'elle s'était mariée.

Cette Cour, dans l'arrêt *Air Canada c. Bain*, [1982] 2 C.F. 341; (1982), 40 N.R. 481, a également donné une interprétation étroite à l'expression état matrimonial.

Naturellement, un tribunal doit toujours aborder une telle question en procédant à une étude que j'ai qualifiée d'examen des termes dans leur contexte global (*Lor-Wes Contracting Ltd. c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 346, à la page 352; (1985), 60 N.R. 321 (C.A.), à la page 325; *Crupi c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada*, [1986] 3 C.F. 3, à la page 31; (1986), 66 N.R. 93 (C.A.), à la page 109). Lorsque la question est abordée d'une telle manière, la requérante se trouve avantagée par le statut «quasi constitutionnel» des dispositions législatives relatives aux droits de la personne, qui a récemment encore été réitéré par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, aux pages

*Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 547; (1986), 64 N.R. 161 at page 173; 23 D.L.R. (4th) 321 at page 329, in discussing the proper interpretation of a human rights code, "it is for the courts to seek out its purpose and give it effect."

The purpose of the Act is set out in paragraph 2(a), as it then was, as follows:

2. ...

(a) every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex or marital status, or conviction for an offence for which a pardon has been granted or by discriminatory employment practices based on physical handicap;

It is important to note that the principle of unhindered equal opportunity which is set forth is not a total guarantee against discrimination in life but rather one against certain specified forms of discrimination, all of which are based on group membership of some kind, whether in natural groups like race and colour or in freely chosen groups like marital status. In *Air Canada v. Carson*, [1985] 1 F.C. 209 (C.A.), at page 239, I therefore interpreted this statutory provision as follows:

As is evidenced by section 2 of the *Canadian Human Rights Act*, Parliament has made a fundamental decision to give preference to individual opportunity over competing social values. The preference is not absolute ... But the courts must be zealous to ensure that Parliament's primary intention that people should for the most part be judged on their own merits rather than on group characteristics is not eroded by overly generous exceptions. [Emphasis added.]

In order to allow individual people to be treated as individuals rather than as members of groups, Parliament "penalized" certain kinds of group

267 et 268. Ce statut presque constitutionnel appelle certainement une interprétation large des dispositions législatives relatives aux droits de la personne. Comme la Cour l'a dit dans l'affaire *a Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 547; (1986), 64 N.R. 161, à la page 173; 23 D.L.R. (4th) 321, à la page 329, en discutant de l'interprétation à donner **b** à un code des droits de la personne: «Il appartient aux tribunaux d'en rechercher l'objet et de le mettre en application.»

L'objet de la Loi est énoncé à l'alinéa 2a) alors en vigueur, dont voici le libellé:

2. ...

a) tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, la situation de famille ou l'état de personne graciée ou, en matière d'emploi, de leurs handicaps physiques;

Il est important de noter que le principe énoncé dans cet alinéa selon lequel l'égalité des chances ne doit pas être entravée n'offre pas de garantie absolue contre la discrimination dans la vie, mais offre une protection contre certaines formes particulières de discrimination qui ont en commun d'être fondées sur une appartenance à un groupe quelconque, que ce soit un groupe naturel tels ceux qui sont fondés sur la race et la couleur, ou encore une association choisie librement telles celles dont découle l'état matrimonial. Ainsi ai-je interprété cette disposition législative de la manière suivante dans l'arrêt *Air Canada c. Carson*, [1985] 1 C.F. 209 (C.A.), à la page 239:

Comme le prouve l'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le Parlement a pris une décision fondamentale en donnant préférence aux droits des individus sur les valeurs sociales concurrentes. Cette préférence n'est pas absolue ... Cependant, les tribunaux doivent absolument faire en sorte que l'existence d'exceptions beaucoup trop larges ne vienne porter atteinte à l'intention première du Parlement de permettre que les personnes soient jugées principalement au mérite plutôt qu'en tant que membres d'un groupe. [Les soulignements sont ajoutés.]

Afin de permettre aux individus d'être traités comme tels plutôt qu'en tant que membres des groupes auxquels ils appartiennent, le Parlement a

labelling, relating to membership in certain fundamental groups. The policy against categorizing through group characteristics, Parliament believes, will allow individual people to be taken as they are individually and not as mere prototypes of the fundamental groups to which they may belong.

In my view, this understanding also emerges from this Court's decision in the *Robichaud* case, *supra*, on the issue as to whether sexual harassment constituted sexual discrimination. The issue, as it was there phrased, was: when a discriminator acts adversely towards only one female, instead of towards many at random, can this be said to be discrimination based on the general category of sex? The Court held that it was, in that the victim was subject to unwanted attention precisely because of her individual sex qualities (at page 840):

It was not a random or a general adverse differentiation. It was rather because of the individuating aspects of Mrs. Robichaud's sexuality that she was victimized.

*In fine*, what the Act discourages is discrimination against an individual, not in his/her individuality, but as a group cypher, identified by a group characteristic. Consequently, the identity of a particular spouse cannot be included in the notion of marital status because it is a purely individual rather than a group aspect of life. However, it seems to me that a general no-spouse employment rule, precisely because in its generality it may have the effect of imposing a general or group category, may well fall under marital status. As in *Mark* or the American cases it follows, it is not a particular spouse that is brought into question, but any spouse of any existing employee. The approach I adopt might perhaps be thought of as an intermediate position between a broad and a narrow one.

[TRADUCTION] «pénalisé» certaines catégories d'étiquetage fondées sur l'appartenance à certains groupes fondamentaux. La politique s'opposant à l'établissement de catégories fondées sur les caractéristiques reconnues à divers groupe permettra, selon le Parlement, aux personnes individuelles d'être considérées individuellement plutôt que comme de simples échantillons des groupes fondamentaux auxquels elles peuvent appartenir.

À mon avis, cette façon de voir ressort également de la décision rendue par cette Cour dans l'affaire *Robichaud*, susmentionnée, sur la question de savoir si le harcèlement sexuel constituait de la discrimination sexuelle. Le litige à trancher dans cette affaire s'y trouve décrit de la manière suivante: lorsque l'auteur d'un acte discriminatoire n'agit que contre une seule femme au lieu d'agir contre plusieurs d'entre elles au hasard, peut-on dire qu'il y a eu pratique discriminatoire fondée sur la catégorie générale que constitue le sexe? La Cour a conclu que tel était le cas, puisque la victime faisait l'objet d'attentions malvenues précisément en raison de ses caractéristiques sexuelles personnelles (à la page 840):

Il ne s'agissait pas d'une distinction illicite posée au hasard et ne visant personne en particulier. C'est plutôt en raison des aspects distinctifs de sa sexualité que M<sup>me</sup> Robichaud en fut la victime.

En fin de compte, ce que la Loi vise à décourager, c'est la distinction dirigée contre une personne individuelle non pas en raison de son individualité, mais parce qu'elle constitue un spécimen d'un groupe identifié par une caractéristique donnée. En conséquence, l'identité d'un conjoint particulier ne peut être comprise dans la notion d'état matrimonial parce que cette identité est purement individuelle et n'a pas trait à un aspect de la vie partagé par un groupe. Il me semble toutefois qu'une règle générale proscrivant l'embauchage des conjoints des employés peut très bien relever de l'état matrimonial précisément parce qu'étant donné son caractère général, elle peut imposer une catégorie générale ou une catégorie relative à un groupe. Comme dans l'affaire *Mark* ou dans les décisions américaines qui s'y trouvent suivies, ce n'est pas un conjoint particulier qui est visé mais tout conjoint de toute personne alors employée. Le point de vue que j'adopte se situerait peut-être entre l'interprétation large et l'interprétation étroite susmentionnées.

## III

## III

In the case at bar, was there discrimination based on marital status in the sense just defined? This was not the basis on which either tribunal decided the case, nor the basis on which it was primarily argued before this Court by the parties. Nevertheless, although the adjudicator adopted the broadest view of marital status, she also found discrimination based on narrower considerations as well (Appeal Book, Appendix I, volume 15, page 2541):

[I]t seems on the evidence that Mrs. Cashin was treated differently than a single person in her situation would have been treated. The evidence indicates that the problem was the fact that Rosann Cashin was married to Richard Cashin. If she had been associated with him in some other relationship than as spouse, or if they were divorced, presumably there would be no problem. The evidence shows the following exchange (at page 874):

(Mr. Pink) Q. let's just say that she changes her name and her voice is pitched in a different fashion, do you still have a problem?

(Mr. Reynolds) A. If she is still married to Richard Cashin, I have a problem.

According to the test in *Bain*, it is exactly this type of situation where discrimination based on marital status can be said to exist. A married person is treated differently than an unmarried person in the same circumstances would be treated.

Even though, as the first respondent argued, the passage selected from the proceedings by the adjudicator, taken in context, can be given a different interpretation, there is other evidence as well which supports her conclusion, particularly in the testimony of Donna Logan, the Program Director of Information for CBC radio networks (A.M. and stereo) (Appeal Book, Appendix I, volume 8, page 1333):

There has to be a form of control, and I think the thing that determines what that's going to be is first of all, is the person well known, is it well known that the couple is married, and here whether the wife uses the husband's name comes into play ...

And again (*ibid.*), volume 9, page 1372):

Now I notice the other party does not have the same surname. Is that a factor in your view in looking at these relationships?

En l'espèce, une discrimination a-t-elle été pratiquée sur le fondement de l'état matrimonial au sens qui vient d'être donné à cette expression? Tel n'était pas le fondement sur lequel l'un ou l'autre tribunal ont tranché la présente affaire, et pas davantage celui sur lequel celle-ci a été initialement débattue devant cette Cour par les parties. Néanmoins, si l'arbitre a adopté l'interprétation la plus large du concept de l'état matrimonial, elle a également conclu qu'une discrimination avait été pratiquée en se fondant sur des considérations plus particulières (Dossier d'appel, appendice I, volume 15, à la page 2541):

[I]l semble que, d'après la preuve, celle-ci n'a pas été traitée de la même façon qu'une célibataire se trouvant dans la même situation. D'après la preuve, le nœud du problème était le fait que Rosann Cashin était mariée avec Richard Cashin. Si elle avait été liée à lui dans le cadre d'une autre relation que le mariage ou s'ils avaient été divorcés, il n'y aurait probablement pas eu de problèmes. Les propos suivants ont été échangés (page 874):

[TRADUCTION]

(M<sup>e</sup> Pink) Q. Disons qu'elle change de nom et que l'intonation de sa voix ne soit plus la même, avez-vous toujours un problème?

(M. Reynolds) R. Si elle est toujours mariée avec Richard Cashin, j'ai un problème.»

D'après le critère énoncé dans *Bain*, c'est exactement dans un tel cas que l'on peut dire qu'il y a discrimination fondée sur l'état matrimonial. Une personne mariée est traitée de façon différente d'un célibataire, dans des circonstances identiques.

Bien que, ainsi que l'a soutenu la première intimée, l'extrait des notes sténographiques choisi par l'arbitre puisse s'interpréter différemment une fois replacé dans son contexte, il existe également d'autres éléments de preuve appuyant sa conclusion, en particulier certains passages du témoignage de Donna Logan, la directrice des programmes d'information au réseau radio de Radio-Canada (A.M. et stéréo) (Dossier d'appel, appendice I, volume 8, à la page 1333):

[TRADUCTION] Il est nécessaire qu'une forme de contrôle soit exercée, et je crois que le facteur qui détermine la nature d'un tel contrôle est tout d'abord la question de savoir si la personne visée est bien connue, si son mariage à l'autre personne concernée est notoire; entre alors en jeu la question de savoir si la femme utilise le nom de son mari ...

Et encore (*ibid.*, volume 9, à la page 1372):

[TRADUCTION] Je constate maintenant que l'autre personne concernée n'a pas le même nom de famille. À votre avis, s'agit-il là d'un facteur devant être pris en considération dans l'examen de tels rapports?

A. Yes, of course it's a factor. It's one way of a woman maintaining a separate profile. It's widely recognized in the business as the reason for doing that.

In *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America et al.*, [1980] 1 S.C.R. 1031, at pages 1047-1048, Beetz J. linked with Indian status "rights so closely associated with Indian status that they should be regarded as necessary incidents of status such for instance as registrability, membership in a band, the right to participate in the election of Chiefs and Band Councils, reserve privileges, etc." Similarly, necessary incidents of marital status must be linked with it in such a way as to merit the same protection which the Act extends to marital status itself.

In my view, this Court may take judicial notice of the fact that most, if not all, of the provinces have in recent years legitimized for married women the option of using either their original or married surnames (though at least one province requires the continuance of the original surname). Where it is allowed by law, the choice of a marital surname by a woman on marriage has emerged as a necessary incident of marital status.

It became apparent at the hearing before the adjudicator that there is no written policy established by the first respondent relating to the spouses of employees, but it is clear from the testimony of Donna Logan that the policy that was thought to exist adversely differentiated against married women who adopted their husbands' surnames. In my view this is discrimination based on a primary incident of marital status. It is discrimination under the aspect of group rather than of individual. Such adverse differentiation tending to affect employment opportunities thus exactly constitutes a *prima facie* discriminating practice under both sections 7 and 10 of the Act, and the employer is therefore liable, unless it can establish that it falls within the exception of a *bona fide*

R. Oui, naturellement c'est un facteur. C'est une façon pour une femme d'avoir une image distincte de celle de son mari. La raison pour laquelle on agit ainsi est bien connue dans cette industrie.

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et autre*, [1980] 1 R.C.S. 1031, aux pages 1047 et 1048, le juge Beetz a relié au statut d'Indien «des droits si intimement liés au statut d'Indien qu'ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d'être enregistré, la qualité de membre d'une bande, le droit de participer à l'élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc.» De même manière, les accessoires indissociables de l'état matrimonial doivent être reliés à celui-ci d'une façon qui justifie l'octroi de la même protection que la Loi accorde à l'état matrimonial lui-même.

<sup>d</sup> À mon avis, cette Cour peut prendre connaissance d'office du fait que la plupart des provinces, sinon toutes les provinces, ont au cours des dernières années légitimé pour les femmes mariées la possibilité d'utiliser soit leur nom de jeune fille soit le nom de famille de leur mari (bien qu'au moins une province exige le maintien du nom de famille original). Le choix d'un nom de mariage par une femme au moment de son mariage devient, lorsqu'autorisé par la loi, un accessoire indissociable de l'état matrimonial.

<sup>e</sup> S'il est devenu évident lors de l'audition tenue devant l'arbitre qu'aucune ligne de conduite écrite n'a été établie par la première intimée au sujet des conjoints des employés, il ne ressort pas moins clairement du témoignage de Donna Logan que la ligne de conduite que l'on considérait être en vigueur établissait une distinction défavorable à l'égard des femmes mariées qui adoptaient le nom de famille de leur mari. À mon avis, il s'agit là d'un acte discriminatoire fondé sur un accessoire primordial de l'état matrimonial. La discrimination ainsi exercée a trait à un groupe plutôt qu'à un individu. Ainsi, *prima facie*, une telle distinction défavorable tendant à nuire aux chances d'emploi constitue précisément un acte discriminatoire au sens à la fois de l'article 7 et de l'article 10 de la Loi, de sorte que la responsabilité de l'employeur est engagée à moins qu'il n'établisse que l'acte posé ressortit à l'exception des exigences

occupational requirement in paragraph 14(a) of the Act.

## IV

The leading cases under paragraph 14(a) of the Act are *Ontario Human Rights Commission et al. v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; 132 D.L.R. (3d) 14, in the Supreme Court of Canada and *Air Canada v. Carson*, *supra*, in this Court.

The claim of the first respondent is that it was legitimate for it to be concerned that the listening audience in Newfoundland might perceive the applicant as lacking objectivity in reporting on resource issues because of the prominent position held by her husband in that area. It therefore argued that perceived objectivity is a BFOR for its journalistic personnel.

The adjudicator upheld the first respondent's position with respect to the test of good faith (Appeal Book, Appendix I, volume 15, page 2548):

Applying the *Etobicoke* and *Carson* tests to Mrs. Cashin's case, I have no difficulty in finding that in the subjective sense, the Respondent imposed their requirement regarding perceived objectivity, in the words used in *Etobicoke*, "honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work". The witnesses called by the Respondent from the CBC were credible and genuine, and apparently guided by their desire to have the best possible current affairs programming at the station.

This finding was accepted by the Review Tribunal and was not challenged before this Court.

With respect to the objective element of the *Etobicoke* test, the adjudicator, following *Carson*, examined the necessity of the BFOR and its reasonableness, as follows (*ibid.*, at page 2549 ff.):

In trying to determine whether the perception of objectivity is a valid BFOR, we must first examine the requirements and responsibilities of the job of broadcaster in the CBC. Not only must the BFOR be a reasonable requirement, but it must be reasonably necessary to the job.

professionnelles normales prévue à l'alinéa 14a) de la Loi.

## IV

<sup>a</sup> Les arrêts de principe concernant l'alinéa 14a) de la Loi sont la décision rendue dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et autres c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; 132 D.L.R. (3d) 14, par la Cour suprême du Canada et l'arrêt *Air Canada c. Carson*, susmentionné, qui a été prononcé par notre Cour.

<sup>b</sup> La prétention de la première intimée est qu'elle est justifiée de craindre que les auditeurs de Terre-Neuve puissent considérer que la requérante manque d'objectivité dans ses reportages sur les questions relatives aux ressources en raison du poste important occupé par son mari dans cette industrie. Il est donc soutenu que l'objectivité apparente est une exigence professionnelle normale pour le personnel œuvrant dans le journalisme.

<sup>c</sup> L'arbitre a accepté le point de vue soutenu par la première intimée relativement au critère de la bonne foi (Dossier d'appel, appendice I, volume 15, à la page 2548):

<sup>d</sup> Si j'applique les critères *Etobicoke* et *Carson* au cas de Rosann Cashin, je n'ai aucune difficulté à conclure qu'au sens subjectif, l'exigence de la mise en cause concernant la réputation d'objectivité a été établie, selon les mots employés dans l'arrêt *Etobicoke*, «honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail». Les employés d'État que la mise en cause a fait comparaître étaient crédibles et sincères et, selon toute apparence, ils étaient animés par le désir de réaliser des émissions d'actualité de la meilleure qualité possible.

<sup>e</sup> Cette conclusion a été acceptée par le tribunal d'appel et n'a pas été contestée devant cette Cour.

<sup>f</sup> En ce qui regarde l'élément objectif du critère énoncé dans l'arrêt *Etobicoke*, l'arbitre, qui a suivi l'arrêt *Carson*, a examiné dans les termes suivants le caractère nécessaire et le caractère raisonnable de l'exigence professionnelle alléguée comme justifiée (*ibid.*, à la page 2549 et s.):

<sup>g</sup> Pour tenter de déterminer si la réputation d'objectivité est une exigence professionnelle valable, nous devons d'abord étudier les conditions et responsabilités du poste de communicateur à Radio-Canada. Une exigence professionnelle justifiée doit être non seulement raisonnable, mais nécessaire en toute raison à l'exercice du poste.

The Respondent called several witnesses who testified as to the standards to be met by CBC broadcasters. There is a disagreement between the Complainant and the Respondent as to what the test should be: the Complainant argues for the "fair and balanced" test while the Respondent puts forward "perceived objectivity" as the appropriate standard . . . .

The CBC policy document entitled "Journalistic Policy" (Exhibit R-5) sets out the standards and policies to be adhered to on a broad range of subjects. The manual in several places deals with the responsibility of journalists in terms of conflict of interest, fairness, etc . . . .

All of the Respondent's witnesses from CBC St. John's agree that Mrs. Cashin's reporting on the Resources Unit met all of the tests, whether the test is described as "fair and balanced", "fair and accurate" or by the words used in the Policy Manual. Up until the time that she actually ceased working at CBC at the time of the strike in May 1981, they had received no negative comments about her reporting. On the contrary, she had received two awards for her reporting . . . . [A]ll agree that actual objectivity or fairness is not the issue.

The Respondent goes further. Despite the fact that Mrs. Cashin had a reputation as a responsible and fair journalist, apparently meeting the standards set out in the 'Journalistic Policy', they allege that there is a further requirement that she be perceived by the public as being objective . . . .

There are problems with accepting "perceived objectivity" as a BFOR. One such problem is that "perceived objectivity" is almost impossible to measure. If there is no objective way for an employer to determine audience perception, it is impossible for that same employer to judge whether the perception is positive or negative. None of the common ways used to gauge audience reaction appear to be successful or adequate ways of measuring the audience's perception of a reporter's objectivity.

The manual speaks frequently of situations to be avoided by broadcasters which might affect their credibility or objectivity, clearly recognizing that objectivity is a factor of special importance not only to the reputation of the reporter but also to the reputation of the Corporation. (They include a specific section on "Balance" in the policy.) But the official statement of CBC policy makes no specific reference to perceived objectivity. They do, however, require "rigorous standards of accuracy, fairness, balance and impartiality".

The difficulty in measuring perceived objectivity is important. If call sheets, interviewee reaction, or ratings do not indicate that the broadcaster is or may be lacking in objectivity, then how is the employer to make the judgment call that the person's objectivity may be questioned? In this case, the CBC decided that Mrs. Cashin might be perceived by the audience as lacking objectivity on the basis, not of any evidence, but rather of a "gut reaction". The Supreme Court of Canada in *Etoibicoke* has stated that mere "impressionistic" evidence is

La mise en cause a cité plusieurs témoins qui ont déposé à propos des normes que doivent respecter les communicateurs de Radio-Canada. La plaignante et la mise en cause ne s'entendent pas relativement au critère à appliquer: la première prétend qu'il faut suivre un critère «équitable et pondéré» tandis que la seconde considère que la «réputation d'objectivité» est le critère approprié . . . .

Un énoncé de politique de Radio-Canada intitulé «Politique journalistique» (pièce R-5) établit les normes et politiques qui doivent être suivies dans toute une série de situations. Plusieurs parties du manuel traitent des responsabilités des journalistes, notamment à l'égard des conflits d'intérêt et des qualités d'équité . . . .

Tous les témoins de la mise en cause au service de Radio-Canada à St. John's admettent que les reportages de Rosann Cashin à la Section info-ressources satisfaisaient à tous les critères, que ceux-ci soient décrits par les mots «équitable et pondéré» ou «équitable et rigoureux» ou toute autre expression employée dans le manuel de politique. Jusqu'au moment où Rosann Cashin a effectivement cessé de travailler à Radio-Canada lors de la grève de mai 1981, la Société n'avait reçu aucun commentaire négatif relativement à ses reportages. Au contraire, la plaignante a reçu deux prix pour son travail de reporter . . . . [T]ous s'entendent pour dire que l'objectivité ou l'impartialité réelles de la plaignante ne sont pas le nœud du litige.

La mise en cause a soulevé d'autres points. Même si Rosann Cashin avait une réputation de journaliste responsable et équitable, de sorte qu'elle remplissait apparemment les conditions établies dans la «Politique journalistique», la Société allègue qu'elle devait remplir une exigence supplémentaire, celle d'être tenue pour objective par le public . . . .

L'acceptation de la «réputation d'objectivité» comme exigence professionnelle justifiée soulève certains problèmes. Ainsi, cette réputation est presque impossible à mesurer. Si un employeur n'a aucun moyen objectif de connaître l'opinion de l'auditoire, il lui est impossible de juger si cette opinion est positive ou négative. Il semble qu'aucun des moyens usuels servant à évaluer la réaction de l'auditoire ne permet de mesurer avec succès ou précision l'idée que le public se fait de l'objectivité d'un reporter . . . .

Dans son manuel, la Société décrit souvent des situations que les communicateurs doivent éviter pour ne pas entacher leur crédibilité ou objectivité, et elle reconnaît à l'évidence que l'objectivité est un facteur d'une importance particulière pour la réputation tant du reporter que de Radio-Canada. (Dans sa politique, la Société a prévu un chapitre précis concernant l'«équilibre des opinions».) Mais l'énoncé de politique officiel de Radio-Canada ne contient aucune règle sur la réputation d'objectivité. Malgré tout, il impose «de rigoureux critères d'exactitude, d'équité, d'équilibre et d'impartialité».

Il importe de signaler combien il est difficile de mesurer la réputation d'objectivité. Si les relevés d'appels, les réactions des personnes interviewées ou les cotes d'écoute n'indiquent pas qu'un communicateur manque réellement ou apparemment d'objectivité, comment l'employeur jugera-t-il que l'objectivité de son employé peut être mise en doute? En l'espèce, l'employeur a jugé, en se fondant non pas sur des preuves, mais sur une réaction instinctive, que l'auditoire pourrait conclure au manque d'objectivité de Rosann Cashin. Dans l'arrêt *Etoibi-*

insufficient to establish a valid BFOR. I am not satisfied in this case that any other than impressionistic evidence existed. The Producers became aware of Mr. Cashin's appointment to Petro Canada and, without making any inquiries as to the nature, term or conditions of his appointment or indeed without speaking to him at all, without speaking to Mrs. Cashin about her role in light of the appointment, without seeking direction from CBC management about the policy in handling such a situation, the assumption was made, because of the relationship of husband and wife which existed between Richard and Rosann Cashin, not that her objectivity would be jeopardized but that the public might perceive it to be so.

I am not satisfied that a "perception of objectivity" is, of itself, a reasonably necessary requirement of a broadcaster's job. A perception that a reporter lacks objectivity, if it exists, may be based on factors which have no bearing on the reporter's actual objectivity. For example, we heard evidence that production factors can make a person look dishonest or shifty . . . . An audience's perception of a reporter's lack of objectivity might also be based on prejudiced attitudes or stereotyped ideas about a particular class of people. For example, if it could be proved that audiences in Newfoundland perceived female reporters to be dishonest or lacking in objectivity, I am not convinced that that would be sufficient justification for failing to hire female reporters, in the absence of evidence that female reporters were in fact dishonest or lacking in objectivity.

If it can be said that a perception of lack of objectivity exists without basis, and that the reporter's work has not fallen from its usual high standard, how can it be said that perception is reasonably necessary to the performance of the job if the job performance remains of high standard. Quite simply, the requirement does not relate to the work, if the work is objective, fair, accurate and balanced. This leads me to the conclusion that the perceived objectivity requirement has not met the objective requirement of the BFOR test.

There may be other factors which could be defined as valid BFOR's to a broadcaster's job, and in my view, objectivity or fair and balanced reporting are examples. The Journalistic Policy talks in various places of being "fair, accurate, thorough, comprehensive and balanced" (page 1), of the journalistic principles as being accuracy, integrity, fairness and thoroughness (pages 6-7), of reporting in a "fair and judicious manner" (page 8), and of conveying news "with maximum fairness, accuracy and integrity" (page 16). I have heard no evidence that Mrs. Cashin has failed to meet the policies set out by the CBC themselves in their official policy document outlining journalistic standards.

I find that the Respondent has failed to establish the existence of a BFOR under section 14.

In coming to the opposite conclusion from the foregoing, viz., that perceived objectivity is a BFOR in radio broadcasting, the Review Tribunal relied

*coke*, la Cour suprême du Canada a affirmé que des éléments de preuve «impressionnistes» ne suffisaient pas pour étayer une exigence professionnelle justifiée. En l'occurrence, j'estime que les seules preuves de la Société étaient des preuves impressionnistes. Les réalisateurs ont appris que Richard Cashin avait été nommé au conseil d'administration de Petro-Canada et, sans s'informer de la nature, de la durée ou des modalités de la nomination, sans avoir parlé à l'intéressé, sans avoir demandé à Rosann Cashin si son rôle serait modifié du fait de la nomination ou sans avoir demandé de directives à la direction de la Société concernant la politique à suivre dans un tel cas, ils ont présumé, en raison du lien matrimonial unissant Richard et Rosann Cashin, non pas que l'objectivité de la plaignante serait contestée, mais que le public pourrait tenir celle-ci en discrédit.

Je ne suis pas persuadée qu'une «réputation d'objectivité» est, en soi, une exigence raisonnablement nécessaire du poste de communicateur. Si un reporter a la réputation de manquer d'objectivité, cette réputation peut être fondée sur des facteurs qui ne concernent aucunement son objectivité réelle. Par exemple, nous avons appris au cours des témoignages que, selon les facteurs de réalisation utilisés, une personne peut sembler malhonnête ou sournoise . . . L'auditoire peut conclure au manque d'objectivité d'un reporter en s'appuyant sur des préjugés ou des stéréotypes concernant certaines catégories de gens. Par exemple, s'il était prouvé que l'auditoire de Terre-Neuve estime que les reporters de sexe féminin sont malhonnêtes ou manquent d'objectivité, je ne suis pas convaincue qu'un employeur pourrait, pour cette seule raison, refuser d'en engager si rien ne prouve qu'ils sont vraiment malhonnêtes ou subjectifs.

S'il est possible de dire qu'une réputation de subjectivité peut n'avoir aucun fondement et que le reporter en cause effectue son travail avec la même excellence, comment pourrions-nous dire qu'une réputation d'objectivité est raisonnablement nécessaire à l'exécution du travail si la qualité de celui-ci est constante? Manifestement, une telle exigence ne s'applique pas au travail si celui-ci est objectif, équitable, exact et équilibré. J'en conclus que l'exigence d'une réputation d'objectivité ne satisfait pas aux normes objectives qui caractérisent le critère des exigences professionnelles justifiées.

D'autres facteurs pourraient être considérés comme des exigences professionnelles justifiées applicables aux communicateurs et, à mon avis, l'objectivité ou l'équité et l'équilibre des reportages en sont des exemples. Dans diverses parties de la politique journalistique, il est question d'information «impartiale, exacte, complète et équilibrée» (page 1), des règles journalistiques à suivre, qui sont l'exactitude, l'intégrité, l'équité et l'intégralité (pages 7 et 8), de reportages réalisés avec discernement et équité (page 8) et de la communication des nouvelles «dans le respect des normes d'équité, d'exactitude et d'intégrité» (page 17). Je n'ai entendu aucun élément de preuve démontrant que Rosann Cashin n'avait pas suivi les politiques que la Société avait elle-même établies dans son énoncé officiel de politique sur les règles journalistiques.

Je conclus que la mise en cause n'a pas prouvé l'existence d'une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 14.

En choisissant la conclusion opposée à celle qui précède, c'est-à-dire en concluant que l'apparence d'objectivité est une exigence professionnelle justi-

heavily on *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at page 470; (1985), 63 N.R. 161, at page 178; 23 D.L.R. (4th) 122, at page 133, where the Supreme Court held that “a public servant must not engage, as the appellant did in the present case, in sustained and highly visible attacks on major government policies.” It also relied on *Derreck v. Strathroy* (1985), 8 O.A.C. 206, at page 211 where an Ontario Divisional Court held, in the context of a father-daughter relationship that “a relationship as close as this gives rise to a reasonable apprehension of bias.” After examining the evidence the Review Tribunal concluded (Appeal Book, volume 1, page 33):

On the basis of this evidence, we cannot agree with Chairman Ashley that perception of objectivity is subsumed in a broadcaster demonstrating actual objectivity. The two do not necessarily go hand in hand. Whether it be public servants as in the *Fraser* case or municipal councillors as in the *Derreck* case or whether it be broadcasters with the C.B.C., the standards that are required in order for them to maintain their integrity with their ultimate constituency is that they not only be objective but that they appear to be so. We therefore must conclude that perception of objectivity is a job related quality and one that is reasonably imposed by the C.B.C.

As I have indicated, it would only be if the adjudicator made some palpable and overriding error which affected her assessment of the facts that the Review Tribunal would be justified in reversing her findings. In my view it is rather the Review Tribunal which has made such errors.

The *Fraser* case is, I believe, to be distinguished from the case at bar, not only for the reason that the Review Tribunal itself recognized (at page 28) “that Mr. Fraser, unlike Mrs. Cashin, put himself in a compromising position by reason of his own conduct,” but even more because in *Fraser* the conduct in question was criticism of the Government of Canada as employer, and the Court found that within the particular tradition of the public service there is a “public interest in both the actual, and apparent, impartiality of the public service” (at pages 470 S.C.R.; 178 N.R.; 134 D.L.R.). I think it is impossible to extrapolate from such facts a rule to cover the very different situation in the case at bar.

fiée dans le domaine de la radiodiffusion, le tribunal d’appel s’est appuyé fortement sur l’arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la page 470; (1985), 63 N.R. 161, à la page 178; 23 D.L.R. (4th) 122, à la page 133, où la Cour suprême a conclu qu’«un fonctionnaire ne doit pas, comme l’a fait l’appelant en l’espèce, attaquer de manière soutenue et très visible des politiques importantes du gouvernement». Ce tribunal s’est également appuyé sur la décision rendue dans l’affaire *Derreck v. Strathroy* (1985), 8 O.A.C. 206, à la page 211, dans laquelle une cour divisionnaire de l’Ontario a décidé, dans le contexte d’une relation entre un père et sa fille, que [TRADUCTION] «une relation aussi étroite donne lieu à une appréhension raisonnable de préjugé». Après avoir examiné la preuve présentée, le tribunal d’appel a conclu (Dossier d’appel, volume 1, à la page 33):

Nous fondant sur ces témoignages, nous ne pouvons pas souscrire à l’opinion de la présidente Ashley voulant que l’apparence d’objectivité est subordonnée, chez un commentateur, à l’objectivité qu’il démontre dans les faits. L’association n’est pas nécessairement automatique. Qu’il s’agisse de fonctionnaires, comme dans l’affaire *Fraser*, ou de conseillers municipaux, comme dans le cas *Derreck*, ou encore de présentateurs à Radio-Canada, les exigences quant à leur intégrité à l’égard du public veulent non seulement qu’ils soient objectifs, mais qu’ils le paraissent. Nous devons donc conclure que l’apparence d’objectivité est une qualité liée à l’emploi et que son imposition par la SRC est raisonnable.

Comme je l’ai déjà indiqué, le tribunal d’appel ne serait justifié d’infirmes les conclusions de l’arbitre que si cette dernière avait commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits. À mon avis, c’est plutôt le tribunal d’appel qui a commis de telles erreurs.

L’affaire *Fraser* doit, à mon avis, être distinguée de l’espèce non seulement pour le motif que le tribunal d’appel a lui-même reconnu (à la page 28) que «M. Fraser, à la différence de M<sup>me</sup> Cashin, s’est trouvé dans une situation compromettante par suite de sa propre conduite» mais, de façon plus importante, parce que la conduite visée dans l’affaire *Fraser* était la critique du gouvernement du Canada comme employeur, et que la Cour a considéré que la tradition particulière de la Fonction publique voulait qu’il existe un «intérêt du public vis-à-vis de l’impartialité réelle et apparente de la Fonction publique» (aux pages 470 R.C.S.; 178

from such facts a rule to cover the very different situation in the case at bar.

The Review Tribunal may have been right in the analogy it drew with the *Derreck* case, but the rule there laid down relates to a reasonable apprehension of bias, not to an assumed perception of bias by the public. The former is in my understanding an objective standard based on reasonableness. The latter is a subjective test based on a sheer guess by the employer as to how the public is reacting or is likely to react.

It is clear from the testimony of Donna Logan that what the first respondent was concerned about was not reasonable apprehension of bias, as judged from its perspective, but the public's subjective reaction, based on what it was presumed to know about the reporter (*supra*, at page 1328):

A. Well, it depends on how well known the person is, because the problem arises when it becomes a problem in the mind of the viewer or the listener, and the question of perceived objectivity—if it is not well known, if the person involved is not a frontline player, not actually involved in the stories that are happening, then we would not have a problem, because we assume that Mary Lou is a professional and can do her job.

Q. So, it's a question of how prominent and how well known the situation is?

A. That's correct.

Such a standard appears to me to be a wholly subjective one, unredeemed by any objective element. It is, as the saying goes, no way to run a railroad.

Some confusion may have resulted from the position taken by counsel for the applicant that actual objectivity in journalism can be measured either only after the broadcast, or at least after the journalist's taping is completed for broadcast. To my mind this is far too literal an interpretation. As I see it, an employer must have the right to make reasonable advance judgments, based on objective assessments. No such assessments were, on the evidence, in play here.

N.R.; 134 D.L.R.). Je crois qu'il est impossible d'extrapoler et d'appliquer une règle fondée sur de tels faits à la situation très différente présentée en l'espèce.

<sup>a</sup> Le tribunal d'appel peut avoir eu raison de tirer l'analogie qu'il a tirée avec l'affaire *Derreck*, mais la règle énoncée dans cet arrêt a trait à une appréhension raisonnable de préjugé plutôt qu'à une présomption de préjugé de la part du public. <sup>b</sup> Le premier critère est à mon point de vue un critère objectif fondé sur le caractère raisonnable de l'appréhension envisagée. Le second est un critère subjectif fondé sur une simple supposition <sup>c</sup> faite par l'employeur au sujet de la manière dont le public réagit ou réagira vraisemblablement.

<sup>d</sup> Il ressort clairement de la déposition de Donna Logan que ce qui inquiétait la première intimée, ce n'était pas une appréhension raisonnable de préjugé appréciée selon le point de vue qui lui était propre, mais la réaction subjective du public fondée sur ce que ce dernier était présumé savoir du reporter (document précité, à la page 1328):

<sup>e</sup> [TRADUCTION] R. Eh bien, cela dépend du degré de célébrité de la personne visée, puisque le problème se pose lorsqu'il surgit dans l'esprit du spectateur ou de l'auditeur; et si la personne envisagée n'est pas très connue, si elle n'a pas un rôle de premier plan, si elle ne participe pas véritablement aux événements en cours, alors la question de l'apparence d'objectivité ne nous pose pas de problème, puisque nous tenons pour acquis que Mary Lou est une professionnelle et peut faire son ouvrage.

<sup>f</sup> Q. La question qui se pose est donc celle de savoir à quel point la situation est visible et connue?

<sup>g</sup> R. C'est exact.

<sup>h</sup> Un tel critère me semble être un critère entièrement subjectif que ne valide aucun élément objectif. Selon l'expression populaire, ce n'est pas comme ça que les choses doivent marcher.

<sup>i</sup> Une certaine confusion a pu être engendrée par l'argument de l'avocat de la requérante selon lequel l'objectivité en journalisme ne peut être mesurée qu'une fois la diffusion terminée ou, à tout le moins, qu'une fois l'enregistrement du reportage complété pour la diffusion. À mon avis, une telle interprétation est beaucoup trop littérale. Selon moi, un employeur doit avoir le droit de poser certains jugements préalables en se fondant <sup>j</sup> sur des appréciations objectives. La preuve ne révèle aucune telle appréciation en l'espèce.

Reinforced by the recent warning to appellate bodies by the Supreme Court in *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; (1987), 76 N.R. 212 not to reject the fact-trier's view of expert evidence except on the *Kathy K* principle, one is, I believe, left with the adjudicator's view of the facts, viz., that the first respondent "has failed to establish the existence of a BFOR under section 14."

For a broadcaster to succeed in such a case it would need either better evidence, or, more likely, better standards.

V

In the result I would grant the section 28 application, set aside the decision of the Review Tribunal, and reinstate the decision of the adjudicator rendered on December 4, 1985, together with the remedies prescribed therein.

HEALD J.: I agree.

Si nous ajoutons à cela le récent avertissement lancé par la Cour suprême aux organismes d'appel dans l'arrêt *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; (1987), 76 N.R. 212, où il est dit que ces derniers ne doivent rejeter l'appréciation d'une preuve d'expert faite par le juge des faits qu'en conformité avec le principe énoncé dans l'arrêt *Kathy K*, nous sommes, selon moi, liés par l'opinion de l'arbitre sur les faits selon laquelle la première intimée «n'a pas prouvé l'existence d'une exigence professionnelle justifiée au sens de l'article 14».

Pour avoir gain de cause dans un tel cas, le diffuseur doit soit présenter une meilleure preuve que celle en l'espèce, soit, plus vraisemblablement, se fonder sur des normes plus adéquates que celles dont il a été fait état.

V

En conséquence, j'accueillerais la demande fondée sur l'article 28, j'annulerais la décision du tribunal d'appel et je rétablirais la décision de l'arbitre en date du 4 décembre 1985 en accordant les redressements qui s'y trouvent prescrits.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.