

2010 FCA 56
A-129-08
A-130-08

2010 CAF 56
A-129-08
A-130-08

Public Service Alliance of Canada (*Appellant*)

Alliance de la Fonction publique du Canada (*appelante*)

v.

c.

Canada Post Corporation and Canadian Human Rights Commission (*Respondents*)

Société canadienne des postes et Commission canadienne des droits de la personne (*intimées*)

A-139-08

A-139-08

Canadian Human Rights Commission (*Appellant*)

Commission canadienne des droits de la personne (*appelante*)

v.

c.

Canada Post Corporation and Public Service Alliance of Canada (*Respondents*)

Société canadienne des postes et Alliance de la Fonction publique du Canada (*intimées*)

INDEXED AS: CANADA POST CORP. V. PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ CANADIENNE DES POSTES C. ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA

Federal Court of Appeal, Sexton, Evans and Ryer JJ.A.—Ottawa, November 3, 2009 and February 22, 2010.

Cour d’appel fédérale, juges Sexton, Evans et Ryer, J.C.A.—Ottawa, 3 novembre 2009 et 22 février 2010.

Human Rights — Appeals from Federal Court decision allowing judicial reviews of Canadian Human Rights Tribunal decision finding that Canada Post Corporation (CPC) violating Canadian Human Rights Act, s. 11 by paying employees in male-dominated Postal Operations (PO) group more than employees in female-dominated Clerical and Regulatory (CR) group for work of equal value — Tribunal examining four elements necessary for establishing, on balance of probabilities, prima facie case of wage discrimination — One such element being that work between CR, PO groups of equal value (work of equal value element) — Federal Court finding that Tribunal misapplying standard of proof by adopting standard used to assess damages, erring in law by applying standard of proof lower than balance of probabilities threshold regarding reliability of job information — Principal issues whether Tribunal failing to find that work of equal value element established; whether Federal Court erring in concluding that Tribunal failing to apply correct standard of proof— (1) Tribunal failing to find that work of equal value element established on balance of probabilities — Terminating analysis required to satisfy element after considering reliability of evidence related thereto — Not interpreting phrase “work of equal value” or explaining

Droits de la personne — Appels interjetés à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli des demandes de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne portant que la Société canadienne des postes (la SCP) avait enfreint l’art. 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne en rémunérant plus généreusement les employés du groupe des opérations postales, qui est à prédominance masculine (le groupe PO), que les employés du Groupe commis aux écritures et règlements, à prédominance féminine (le groupe CR) pour des fonctions équivalentes — Le Tribunal a examiné les quatre éléments nécessaires pour établir, selon la prépondérance des probabilités, l’existence prima facie d’une preuve de discrimination salariale — L’un de ces éléments était que les salariés appartenant aux groupes CR et PO devaient accomplir des fonctions équivalentes (l’élément des fonctions équivalentes) — La Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait mal appliqué la norme de la preuve en adoptant une norme utilisée pour évaluer le préjudice subi et avait commis une erreur de droit en appliquant une norme de preuve qui constituait un seuil moins élevé que la norme de la prépondérance des probabilités relativement à la fiabilité des renseignements sur les emplois — Les questions litigieuses principales étaient

applicability to circumstances herein — Presence of reliable evidence related to job information, evaluation plan, evaluation process not meaning that work of equal value element established — Tribunal conflating requisite conclusion with three evidentiary matters needing to be present to permit that conclusion — Use of balance of probabilities standard, “sub-bands of reasonable reliability” unusual — Findings that evidence worthy of consideration not necessarily leading to conclusion that work of equal value element established — (2) Tribunal’s findings with respect to job information, evaluation plan, evaluation process not established on balance of probabilities — Tribunal seeming to justify relaxation of rules with respect to burden, standard of proof — Appeals dismissed — Per Evans J.A. (dissenting): (1) Tribunal not erring over selection of PO comparator group — Selection of PO group not contrary to purpose of Act, s. 11 — Presence of women within male-dominated comparator group acceptable — Well-paid women at CPC not necessarily precluding existence of systemic gender discrimination elsewhere — (2) Tribunal not diluting standard of proof when using phrases “more likely than not”, “sufficiently adequate”, but directing itself on task of weighing sufficiency of evidence — Reduction of monetary award not indication that evidence falling short of balance of probabilities — (3) Choice of methodology to determine existence, extent of wage gap within discretion of Tribunal — (4) Open to Tribunal to reduce amount of compensation.

These were three appeals from a decision of the Federal Court allowing two applications for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Tribunal finding that Canada Post Corporation (CPC) had engaged in a discriminatory practice in violation of section 11 of the *Canadian Human*

celles de savoir si le Tribunal avait omis de formuler une conclusion sur la question de savoir si l’élément des fonctions équivalentes avait été établi; et si la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant que le Tribunal n’avait pas appliqué la bonne norme de preuve — 1) Le Tribunal n’a pas conclu que l’élément des fonctions équivalentes avait été établi selon la prépondérance des probabilités — Il a mis fin à l’analyse requise pour déterminer si l’élément a été satisfait après avoir examiné la fiabilité de la preuve relative à cet élément — Le Tribunal n’a pas interprété l’expression « fonctions équivalentes » et n’a pas expliqué comment cette expression s’appliquait eu égard aux circonstances de l’espèce — L’existence d’éléments de preuve fiables sur les renseignements sur les emplois, le plan d’évaluation et la méthode d’évaluation ne signifiait pas que l’élément des fonctions équivalentes avait été établi — Le Tribunal a confondu la conclusion qu’il devait tirer avec les trois éléments qui devaient être établis pour pouvoir tirer cette conclusion — L’application de la norme de la prépondérance des probabilités ainsi que des « sous-fourchettes de fiabilité raisonnable » était inusitée — Les conclusions selon lesquelles les éléments de preuve méritaient d’être examinés ne portaient toutefois pas nécessairement à la conclusion que l’élément des fonctions équivalentes avait été établi — 2) Les conclusions du Tribunal relativement aux renseignements sur les emplois, le plan d’évaluation et la méthode d’évaluation n’ont pas été établies selon la prépondérance des probabilités — Le Tribunal semblait chercher à justifier un certain assouplissement des principes établis en ce qui concerne la charge de la preuve et la norme de preuve — Appels rejetés — Le juge Evans, J.C.A. (dissident) : 1) Le Tribunal n’a pas commis d’erreur à l’égard de la sélection d’un groupe de comparaison — La sélection du groupe PO n’allait pas à l’encontre de l’objet de l’art. 11 de la Loi — La présence de femmes au sein d’un groupe de comparaison à prédominance masculine était acceptable — Le fait que certaines femmes étaient relativement bien payées à la SCP n’excluait pas nécessairement l’existence d’une discrimination systémique fondée sur le sexe ailleurs au sein de cette société — 2) Le Tribunal n’a pas dilué la norme de preuve lorsqu’il a utilisé les expressions « selon toute vraisemblance » et « suffisamment adéquats », il s’attaquait tout simplement à la tâche qui lui incombait de vérifier si les éléments de preuve étaient suffisants — Le fait que la somme accordée avait été réduite ne signifiait pas que la preuve ne satisfaisait pas à la norme de la prépondérance des probabilités — 3) Le choix d’une méthodologie visant à déterminer l’existence et l’ampleur de tout écart de rémunération relevait du pouvoir discrétionnaire du Tribunal — 4) Il était loisible au Tribunal de réduire le montant de l’indemnité.

Il s’agissait de trois appels interjetés à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli deux demandes de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal canadien des droits de la personne portant que la Société canadienne des postes (la SCP) s’était livrée à un acte discriminatoire

Rights Act by paying employees in the male-dominated Postal Operations (PO) group more than employees in the female-dominated Clerical and Regulatory (CR) group for work of equal value. In dockets A-129-08 and A-139-08, the Public Service Alliance of Canada (PSAC) and the Canadian Human Rights Commission (CHRC) appealed the Federal Court's decision to set aside the Tribunal's decision. In docket A-130-08, PSAC appealed the Federal Court's dismissal of a judicial review of the Tribunal's decision to reduce the damages awarded against CPC by half.

In its 2005 decision upholding the complaint, the Tribunal examined four elements necessary to establish, on a balance of probabilities, a *prima facie* case of wage discrimination. It found that (1) the complainant occupational group, the CR group, is predominantly female, and the comparator occupational group, the PO group, is predominantly male, (2) the two groups are employed in the same establishment, (3) an assessment of the value of the work being compared between the two groups established that the work is of equal value, and (4) a comparison of the wages between the two groups demonstrated that the CR group was being paid a lesser wage than the PO group. The Federal Court examined whether the Tribunal applied the proper standard of review in regards to the third element, specifically the reliability of the job information from the occupational groups being compared. The Federal Court found that the Tribunal had recognized the balance of probabilities as the correct standard of proof required to establish the essential element of work of equal value, but had misapplied it by adopting a standard used to assess damages. The Federal Court also found that the Tribunal erred in law in applying a novel standard of proof, with respect to the reliability of the job information, that was lower than the balance of probabilities threshold and was more akin to a "reasonable basis in the evidence".

The principal issues were (1) whether the Tribunal failed to make a finding that the third element of a *prima facie* case of wage discrimination had been established and, if so, whether such a failure would vitiate the Tribunal's decision that such a case had been made out against CPC; and (2) whether the Federal Court erred in concluding that the Tribunal failed to apply the correct standard of proof with respect to its findings in relation to the elements required to establish a *prima facie* case of discrimination.

en violation de l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en rémunérant plus généreusement les employés du groupe des opérations postales, qui est à prédominance masculine (le groupe PO), que les employés du Groupe commis aux écritures et règlements, à prédominance féminine (le groupe CR) pour des fonctions équivalentes. Dans les dossiers A-129-08 et A-139-08, l'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'AFPC) et la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) ont interjeté appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision du Tribunal. Dans le dossier A-130-08, l'AFPC a interjeté appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal qui réduisait de moitié le montant des dommages-intérêts auxquels la SCP avait été condamnée.

Dans sa décision de 2005 dans laquelle il a fait droit à la plainte, le Tribunal a examiné les quatre éléments nécessaires pour établir, selon la prépondérance des probabilités, l'existence *prima facie* d'une preuve de discrimination salariale. Il a conclu que 1) le groupe professionnel plaignant, soit le groupe CR, est à prédominance féminine, et que le groupe professionnel de comparaison, soit le groupe PO, est à prédominance masculine; 2) les deux groupes étaient composés d'employés qui travaillaient dans le même établissement; 3) une analyse de la valeur du travail comparé entre les deux groupes a établi que le travail comparé est de valeur égale; et 4) une comparaison entre les salaires des deux groupes a démontré que le groupe CR était moins bien rémunéré que le groupe PO. La Cour fédérale s'était penchée sur la question de savoir si le Tribunal avait appliqué la bonne norme de contrôle à l'égard du troisième élément, soit la fiabilité des renseignements sur les emplois appartenant aux groupes professionnels comparés. La Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait reconnu que la prépondérance des probabilités était la norme de preuve applicable pour établir l'élément essentiel des fonctions équivalentes, mais qu'il avait mal appliqué la norme en adoptant une norme utilisée pour évaluer le préjudice subi. En outre, la Cour fédérale a conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en appliquant une norme de preuve inusitée relativement à la fiabilité des renseignements sur les emplois, qui constitue un seuil moins élevé que la norme de la prépondérance des probabilités et qui ressemblait davantage à celle de la « justification raisonnable ».

Les questions principales à trancher étaient celles de savoir si 1) le Tribunal avait omis de formuler une conclusion sur la question de savoir si le troisième élément de la preuve *prima facie* de discrimination salariale avait été établi et, dans l'affirmative, cette omission avait pour effet de vicier la décision du Tribunal suivant laquelle il a été établi que la SCP s'est rendue coupable de discrimination salariale; et 2) la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant que le Tribunal n'avait pas appliqué la bonne norme de preuve en ce qui concerne ses

Held (Evans J.A. dissenting), the appeals should be dismissed.

Per Sexton and Ryer J.J.A.: (1) The Tribunal failed to make the requisite finding that the third element, or “fact in issue”, had been established. Specifically, the Tribunal terminated its analysis of the third element after considering the reliability of the evidence related to it. It failed to conclude that such element was established on a balance of probabilities. The Tribunal was required to follow three steps, or evidentiary matters, to satisfy each element: whether evidence relating to the particular element is admissible, what weight should be given to that admissible evidence, and whether the admissible evidence, taking into account its reliability, establishes the element on the appropriate standard of proof, herein the balance of probabilities. The Tribunal failed to interpret the phrase “work of equal value” for the purpose of determining whether a comparison of the CR and PO groups established that their work is equal in value, and to explain how it applies in the circumstances of the complaint. Such an explanation was necessary before the Tribunal could make a determination that the third element had been established. Notwithstanding those failures, the Tribunal determined that the evidence relating to job information, the evaluation plan and the evaluation process was reliable. However, the presence of such reliable evidence does not automatically lead to the conclusion that the third element has been established, but is a necessary precondition. Instead of concluding that the third element had been established, the Tribunal conflated the requisite conclusion with the three evidentiary matters that must be present to permit that conclusion.

Regarding the Tribunal’s assessment of the reasonable reliability of the job information, the use of the balance of probabilities standard as well as “sub-bands of reasonable reliability” is unusual. The Tribunal’s findings with respect to the reliability of the evidence pertaining to the job information, the evaluation plan and the evaluation process are nothing more than findings that such evidence has some probative value and is worthy of consideration. Such findings do not necessarily lead to a conclusion that the third element has been established. The absence of such a conclusion was sufficient to dismiss the complaint.

(2) The presumption that the Tribunal applied the correct standard of proof was amply rebutted. First, the balance of

conclusions sur les éléments requis pour établir une preuve *prima facie* de discrimination.

Arrêt (le juge Evans, J.C.A., dissident) : les appels doivent être rejetés.

Les juges Sexton et Ryer, J.C.A. : 1) Le Tribunal n’avait pas tiré la conclusion requise portant que le troisième élément, ou le « fait en litige », avait été établi. Plus précisément, le Tribunal avait mis fin à son analyse du troisième élément après avoir examiné la fiabilité des éléments de preuve relatifs à cet élément et il n’avait pas conclu que cet élément avait été établi selon la prépondérance des probabilités. Le Tribunal devait franchir trois étapes, soit des questions de preuve, pour satisfaire à chaque élément : il devait se prononcer sur l’admissibilité des éléments de preuve, déterminer la valeur à accorder aux éléments de preuve admissibles et déterminer si les éléments de preuve admissibles, compte tenu de leur fiabilité, établissaient l’existence de l’élément selon la norme de preuve appropriée, soit la prépondérance des probabilités. Le Tribunal n’avait pas interprété l’expression « fonctions équivalentes » pour répondre à la question de savoir si la comparaison des fonctions exécutées par le groupe CR et le groupe PO démontrait que les salariés qui faisaient partie de ces deux groupes exécutaient des fonctions équivalentes et il n’avait pas expliqué comment cette expression s’appliquait eu égard aux circonstances de la plainte. Pareille explication s’imposait avant que le Tribunal puisse se prononcer sur la question de savoir si le troisième élément avait été établi. Malgré ces omissions, le Tribunal a estimé que les éléments de preuve sur les renseignements sur les emplois, le plan d’évaluation et la méthode d’évaluation étaient fiables. Cependant, l’existence de tels éléments de preuve fiables ne porte pas automatiquement à la conclusion que le troisième élément a été établi; il s’agit plutôt d’une condition préalable nécessaire. Au lieu de conclure que le troisième élément avait été établi, le Tribunal a confondu la conclusion qu’il devait tirer avec les trois éléments qui doivent être établis pour pouvoir tirer cette conclusion.

S’agissant de l’évaluation du Tribunal quant à la fiabilité raisonnable des renseignements sur les emplois, l’application de la norme de la prépondérance des probabilités ainsi que des « sous-fourchettes de fiabilité raisonnable » était inusitée. Les conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la fiabilité des éléments de preuve se rapportant aux renseignements sur les emplois, au plan d’évaluation et à la méthode d’évaluation ne sont rien de plus que des conclusions suivant lesquelles ces éléments de preuve avaient une certaine valeur probante et méritaient d’être examinés. Ces conclusions ne portent toutefois pas nécessairement à la conclusion que le troisième élément a été établi. Le fait que le Tribunal avait fait défaut de tirer cette conclusion constituait un motif suffisant pour rejeter la plainte.

2) La présomption que le Tribunal avait appliqué la bonne norme de preuve a été amplement réfutée. En premier lieu, la

probability standard requires the establishment of a “fact in issue”. In the binary formulation, as described in *In re B (Children) (Fc)*, [2008] UKHL 35, the finding is either zero or one. The necessary finding cannot be “reasonably reliably one”, or “almost one” or “closer to one than zero”. Second, the Tribunal’s adoption of the principle that when assessing damages the assessing body must do the best it can with the evidence that it has, indicates that the Tribunal had concerns with the evidentiary record before it. It is not acceptable for the Tribunal to rely upon that approach when making findings with respect to job information, the evaluation plan and the evaluation process where they constitute “facts in issue” that must be established on a balance of probabilities. Finally, by referring a number of times to the difficult, unusual or litigious circumstances of the case, the Tribunal seemed to justify a relaxation of the long-standing rules with respect to the burden of proof and the standard of proof in civil matters. This was amplified by the adoption of the “bands and sub-bands” of acceptability or reasonable reliability. The Tribunal thus failed to make the requisite finding that the third element had been established on a balance of probabilities.

Per Evans J.A. (dissenting): There were four issues herein: (1) Was the choice of the comparator group unreasonable because it included a substantial number of well-paid women? (2) Did the Tribunal apply the correct standard of proof when finding that members of the complainant and comparator groups were performing work of equal value? (3) Did the Tribunal commit a reviewable error in finding as a fact that the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value? (4) Did the Tribunal err in law in awarding PSAC compensation in the amount of half of the CR group’s lost wages?

(1) The Federal Court erred in law in concluding that the Tribunal had committed reviewable error in the exercise of its discretion over the selection of the PO comparator group. The presence of a substantial number of well-paid women in the comparator group did not undermine the CR group’s complaint of systemic gender discrimination. The selection of the PO group is thus not contrary to the purpose of section 11 of the Act. The *Equal Wages Guidelines, 1986* (Guidelines) specifically contemplate the presence of women within a male-dominated comparator group. As well, the presence of well-paid women at CPC does not necessarily preclude the existence of systemic gender discrimination elsewhere in the corporation. Finally, no

norme de la prépondérance des probabilités exige l’établissement d’un « fait en litige ». Suivant la formule binaire, telle qu’elle a été décrite dans l’affaire *In re B (Children) (Fc)*, [2008] UKHL 35, la valeur obtenue est soit zéro, soit un. La conclusion n’est forcément pas une « valeur raisonnablement fiable », une « valeur proche de un » ou une « valeur qui se rapproche davantage de un que de zéro ». Deuxièmement, le fait que le Tribunal avait adopté le principe selon lequel, lorsqu’il évalue le préjudice subi, le tribunal doit faire de son mieux à la lumière des éléments de preuve dont il dispose, donne à penser que le Tribunal avait des réserves en ce qui concerne le dossier de la preuve qui lui était soumis. Il n’était pas acceptable de la part du Tribunal de se fonder sur cette méthode pour tirer des conclusions sur ces éléments, lorsque ces derniers constituent des « faits en litige » qui doivent être établis selon la prépondérance des probabilités. Enfin, en faisant allusion à plusieurs reprises aux circonstances difficiles, inusitées ou litigieuses de l’affaire, le Tribunal semblait chercher à justifier un certain assouplissement des principes établis depuis longtemps en ce qui concerne la charge de la preuve et la norme de preuve en matière civile. Cette impression était confirmée par le fait que le Tribunal a retenu des « fourchettes » et des « sous-fourchettes » d’acceptabilité ou de fiabilité raisonnable. Le Tribunal n’a donc pas conclu, comme il était tenu de le faire, que le troisième élément avait été établi selon la prépondérance des probabilités.

Le juge Evans, J.C.A. (dissent) : Quatre questions litigieuses se posaient en l’espèce : 1) Le choix du groupe de comparaison était-il déraisonnable parce que ce groupe comprenait un nombre élevé de femmes bien rémunérées? 2) Le Tribunal avait-t-il appliqué la bonne norme de preuve en concluant que les membres du groupe plaignant et du groupe de comparaison exerçaient des fonctions équivalentes? 3) Le Tribunal avait-t-il commis une erreur susceptible de révision en concluant que les salariés du groupe CR étaient moins rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes? 4) Le Tribunal avait-t-il commis une erreur de droit en accordant à l’AFPC une indemnité correspondant à la moitié du salaire perdu par les employés du groupe CR en fonction de l’écart de rémunération retenu?

1) La Cour fédérale a commis une erreur de droit en concluant que le Tribunal avait commis une erreur justifiant l’intervention de la Cour dans la façon dont il avait exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de sélection d’un groupe de comparaison. La présence d’un nombre important de femmes relativement bien rémunérées au sein du groupe de comparaison n’a pas eu pour effet de miner la plainte de discrimination systémique fondée sur le sexe du groupe CR. La sélection du groupe PO n’allait donc pas à l’encontre de l’objet visé par l’article 11 de la Loi. L’*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* (l’Ordonnance) prévoit explicitement la présence de femmes au sein d’un groupe de comparaison à prédominance

principle was referred to suggesting that some members of an occupational group from the comparator group may be removed. The Guidelines themselves do not suggest that only part of an occupational group may be used.

(2) The Tribunal did not dilute the standard of proof when it asked whether it is “more likely than not” that the job information, the evaluation system and the process employed are “sufficiently adequate” to enable a “fair and equitable conclusion” to be reached on whether there were wage differences for work of equal value. It was merely directing itself on its task of weighing the sufficiency of the evidence in order to reach a “fair and equitable conclusion”. Nor can it be inferred that the Tribunal’s reduction of the monetary award to 50 percent of the wages lost was an indication that the evidence fell short of the balance of probabilities.

(3) In order to determine the existence and extent of a wage gap, the Tribunal was presented with several methodologies, and chose the one proposed by the CHRC, which emphasized the content of the work performed. The choice of an appropriate methodology is within the discretion of the Tribunal and is entitled to a high degree of deference. It cannot be said that only CPC’s proposed methodology was reasonably consistent with the objectives of section 11 of the Act, or that only the CHRC methodology was unreasonable.

(4) Specialized tribunals are owed a particularly high degree of deference in their exercise of a broad statutory discretion to fashion an appropriate remedy. The Tribunal directed itself correctly in law when it stated that an award of compensation should aim to make the victims whole. However, it was also open to the Tribunal to extend by analogy principles used to take into account future uncertainties to uncertainties about the past, and on this basis to reduce the amount of compensation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 11, 27(2) (as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20), 49(1) (as am. *idem*), 50(3) (as am. *idem*), 53(2)(c) (as am. *idem*, s. 27).
Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082, ss. 12-15.

masculine. De même, le fait que certaines femmes étaient relativement bien payées à la SCP n’excluait pas nécessairement l’existence d’une discrimination systémique fondée sur le sexe ailleurs au sein de cette société. Enfin, personne n’a fait référence à un principe qui exigeait que l’on supprime certains membres d’un groupe professionnel du groupe de comparaison. L’Ordonnance ne propose pas d’utiliser qu’une partie d’un groupe professionnel.

2) Le Tribunal n’a pas dilué la norme de preuve lorsqu’il s’est demandé si « selon toute vraisemblance », les renseignements sur les emplois, le plan d’évaluation et la méthode d’évaluation étaient « suffisamment adéquats » pour que l’on puisse arriver à une « conclusion juste et raisonnable » quant à savoir s’il existait une différence entre les salaires des employés des deux groupes pour l’exécution de fonctions équivalentes. Le Tribunal s’attaquait tout simplement à la tâche qui lui incombait de vérifier si les éléments de preuve dont il disposait étaient suffisants pour lui permettre de tirer une « conclusion juste et équitable ». On ne peut pas déduire du fait que le Tribunal a réduit la somme accordée en la faisant équivaloir à 50 p. 100 du salaire perdu que le Tribunal estimait pour autant que la preuve ne satisfaisait pas à la norme de la prépondérance des probabilités.

3) Diverses méthodologies visant à déterminer l’existence et l’ampleur de tout écart de rémunération ont été soumises au Tribunal et celui-ci a choisi celle qui lui a été proposée par la CCDP, qui soulignait le contenu du travail effectué. Le choix d’une méthodologie appropriée relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal et ce choix commande un degré élevé de déférence. On ne saurait affirmer que seule la méthodologie proposée par la SCP était raisonnablement compatible avec les objectifs de l’article 11 de la Loi ou encore que la méthodologie proposée par la CCDP était déraisonnable.

4) Les tribunaux spécialisés ont droit à un degré particulièrement élevé de déférence en ce qui concerne l’exercice qu’ils font du vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi de concevoir la réparation appropriée. Le Tribunal ne s’est pas mépris sur les règles de droit applicables lorsqu’il a déclaré qu’une condamnation à une indemnité devrait viser à accorder une réparation intégrale aux victimes. Il était toutefois aussi loisible au Tribunal d’étendre par analogie les principes utilisés pour tenir compte des incertitudes futures aux incertitudes au sujet du passé et de réduire ainsi le montant de l’indemnité.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code ontarien des droits de la personne, L.R.O. 1980, ch. 340.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11, 27(2) (mod. par L.C. 1998, ch. 9,

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), (4)(d) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27), 52(b) (as am. *idem*, s. 50).

Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340.

art. 20), 49(1) (mod., *idem*), 50(3) (mod., *idem*), 53(2)c) (mod., *idem*, art. 27).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.3(3)b) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), (4)d) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27), 52b) (mod., *idem*, art. 50).

Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082, art. 12 à 15.

CASES CITED

APPLIED:

In re B (Children) (Fc), [2008] UKHL 35; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, 297 D.L.R. (4th) 193, [2008] 11 W.W.R. 414.

CONSIDERED:

Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence), [1996] 3 F.C. 789, (1996), 27 C.H.R.R. D/3488, 199 N.R. 81 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 323 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, 265 D.L.R. (4th) 154, 21 C.E.L.R. (3d) 175; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 52 O.R. (2d) 799, 23 D.L.R. (4th) 321; *Canada (Public Service Alliance) v. Canada (Treasury Board)*, 1996 CanLII 1874 (C.H.R.T.).

REFERRED TO:

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd., 2004 FCA 113, [2004] 3 F.C.R. 663, 238 D.L.R. (4th) 255, 318 N.R. 201; *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401, (1991), 85 D.L.R. (4th) 473, 135 N.R. 27 (C.A.); *Chopra v. Department of National Health and Welfare*, 2004 CHRT 27, affd *sub nom. Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393, 283 D.L.R. (4th) 634, 60 C.C.E.L. (3d) 1; *Singh v. Statistics Canada*, [1998] C.H.R.D. No. 7 (QL); *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046, 386 N.R. 212; *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884, 227 D.L.R. (4th) 193, [2004] 1 W.W.R. 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd.*, 2006 SCC 1, [2006] 1 S.C.R. 3, 263 D.L.R. (4th) 1, 343 N.R. 308.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

In re B (Children) (Fc), [2008] UKHL 35; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale), [1996] 3 C.F. 789 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canada (Alliance de la fonction publique) c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] D.C.D.P. n^o 2 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée, 2004 CAF 113, [2004] 3 R.C.F. 663; *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.); *Chopra c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, 2004 TCDP 27, conf. par *sub nom. Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393; *Singh c. Statistique Canada*, [1998] D.C.D.P. n^o 7 (QL); *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884, 257 R.N.-B. (2^e) 207; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée*, 2006 CSC 1, [2006] 1 R.C.S. 3.

AUTHORS CITED

Canada. Pay Equity Task Force. *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right*, Ottawa: Public Works and Government Services, 2004.

Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed. *The Province of Administrative Law*, Oxford: Hart Publishing, 1997.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 2004.

APPEALS from a decision of the Federal Court (2008 FC 223, [2008] 4 F.C.R. 648) allowing two applications for judicial review of a decision by the Canadian Human Rights Tribunal (2005 CHRT 39) finding that Canada Post Corporation had engaged in a discriminatory practice in violation of section 11 of the *Canadian Human Rights Act* by paying employees in a male-dominated group more than employees in a female-dominated group for work of equal value. Appeals dismissed, Evans J.A. dissenting.

APPEARANCES

James G. Cameron, David G. Yazbeck and Kim N. Patenaude for appellant/respondent Public Service Alliance of Canada.

Philippe Dufresne and Daniel Poulin for respondent/appellant Canadian Human Rights Commission.

Peter A. Gall and Robert W. Grant for respondent Canada Post Corporation.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, for appellant/respondent Public Service Alliance of Canada.

Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for respondent/appellant Canadian Human Rights Commission.

Heenan Blaikie LLP, Montréal, for respondent Canada Post Corporation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

SEXTON AND RYER J.J.A.:

DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité sur l'équité salariale. *L'équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental*, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2004.

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir. *The Province of Administrative Law*, Oxford : Hart Publishing, 1997.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, édition à feuilles mobiles, Toronto : Canada Law Book Inc., 2004.

APPELS interjetés à l'encontre d'une décision (2008 CF 223, [2008] 4 R.C.F. 648) par laquelle la Cour fédérale a accueilli deux demandes de contrôle judiciaire d'une décision (2005 TCDP 39) du Tribunal canadien des droits de la personne portant que la Société canadienne des postes s'était livrée à un acte discriminatoire en violation de l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en rémunérant plus généreusement les employés d'un groupe à prédominance masculine que les employés d'un groupe à prédominance féminine pour des fonctions équivalentes. Appels rejetés, le juge Evans, J.C.A. étant dissident.

ONT COMPARU

James G. Cameron, David G. Yazbeck et Kim N. Patenaude pour l'appelante/l'intimée l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

Philippe Dufresne et Daniel Poulin pour l'intimée/l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne.

Peter A. Gall et Robert W. Grant pour l'intimée la Société canadienne des postes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, pour l'appelante/l'intimée l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour l'intimée/l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne.

Heenan Blaikie S.E.N.C.R.L., SRL, Montréal, pour l'intimée la Société canadienne des postes.

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

LES JUGES SEXTON ET RYER, J.C.A. :

I. INTRODUCTION

[1] For convenience, these reasons are organized under the following headings:

| | <u>Paragraph</u> |
|--|------------------|
| I. Introduction | 1 |
| II. Procedural History | 11 |
| III. Relevant Statutory Provisions | 14 |
| IV. Background | 15 |
| A. Investigation of the complaint | 15 |
| B. The Tribunal inquiry | 25 |
| V. Decisions Below | 32 |
| A. Canadian Human Rights Tribunal .. | 32 |
| (a) Element one—The comparator group | 35 |
| (b) Element two—Employment in the same establishment | 39 |
| (c) Element three—Work of equal value | 41 |
| (d) Element four—Wage gap | 60 |
| (e) Remedy | 64 |
| B. Federal Court | 68 |
| (a) Applicability of the 1986 Guidelines | 69 |
| (b) Standard of proof | 70 |
| (c) Comparator group | 78 |

I. INTRODUCTION

[1] Par souci de commodité, les présents motifs sont regroupés sous les rubriques suivantes :

| | <u>Paragraphe</u> |
|---|-------------------|
| I. Introduction | 1 |
| II. Historique procédural | 11 |
| III. Dispositions législatives applicables .. | 14 |
| IV. Contexte | 15 |
| A. L'enquête sur la plaine | 15 |
| B. L'enquête du Tribunal | 25 |
| V. Décisions des tribunaux inférieurs | 32 |
| A. Tribunal canadien des droits de la personne | 32 |
| a) Premier élément — Groupe de comparaison | 35 |
| b) Deuxième élément — Employés travaillant dans le même établissement | 39 |
| c) Troisième élément — Fonctions équivalentes | 41 |
| d) Quatrième élément — Écart de rémunération | 60 |
| e) Réparation | 64 |
| B. La Cour fédérale | 68 |
| a) Applicabilité de l'Ordonnance de 1986 | 69 |
| b) Norme de preuve | 70 |
| c) Groupe de comparaison | 78 |

| | | | |
|--|-----|--|-----|
| (d) Presumption | 79 | d) Présomption | 79 |
| (e) Damages | 80 | e) Dommages-intérêts | 80 |
| (f) Disposition | 81 | f) Dispositif | 81 |
| VI. Issues | 82 | VI. Questions en litige | 82 |
| VII. Analysis | 84 | VII. Analyse | 84 |
| A. The role of the Court in this appeal .. | 84 | A. Rôle de la Cour dans le présent appel | 84 |
| B. Whether the Tribunal erred by failing to make a necessary finding | 85 | B. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne tirant pas une conclusion néces- saire? | 85 |
| (a) Standard of review | 87 | a) Norme de contrôle | 87 |
| (b) The general approach to analy- sing elements of a case of wage discrimination | 88 | b) Méthode générale d'analyse des éléments d'un cas de discrimination salariale | 88 |
| (c) The Tribunal's approach to find- ing elements of a case of wage discrimination | 98 | c) Méthode employée par le Tribunal pour conclure à l'existence des éléments d'un cas de discrimination salariale | 98 |
| (i) Element one—The comparator group | 99 | (i) Premier élément — Groupe de comparaison | 99 |
| (ii) Element two—Employment in the same establishment | 101 | (ii) Deuxième élément — Em- ployés travaillant dans le même établissement | 101 |
| (iii) Element three—Work of equal value | 103 | (iii) Troisième élément — Fonc- tions équivalentes | 103 |
| C. Whether the Tribunal applied the incorrect standard of proof | 128 | C. Le Tribunal a-t-il appliqué une norme de preuve incorrecte? | 128 |
| (a) Standard of review | 130 | a) Norme de contrôle | 130 |
| (b) Did the Tribunal apply the correct standard of proof | 131 | b) Le Tribunal a-t-il appliqué la bonne norme de preuve? | 131 |
| VIII. Conclusion and Disposition | 142 | VIII. Conclusion et dispositif | 142 |

[2] The Public Service Alliance of Canada (PSAC) filed a complaint (the complaint) against Canada Post Corporation (CPC) in 1983, alleging discrimination by CPC against “employees in the female-dominated Clerical and Regulatory Group” by paying “employees in the male-dominated Postal Operations Group” more than the Clerical and Regulatory group employees for work of equal value, contrary to section 11 of the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6].

[3] In 2005, the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal) finally released a decision upholding the complaint [*Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.*, 2005 CHRT 39].

[4] In 2008, the Federal Court allowed an application for judicial review brought by CPC and directed that the complaint be dismissed.

[5] In order for the complaint to be upheld, the Tribunal itself determined, and it was not disputed, that among other things, it was required to make findings that the four elements of a case of wage discrimination had been established. The Tribunal described all four of these elements in its reasons. The third element is a finding that a comparison of the work of the two groups reveals that they were performing work of equal value. Again, it is not disputed that PSAC must establish this on a balance of probabilities.

[6] There are three steps that the Tribunal is required to take when determining whether each necessary element is satisfied. In the first step, the Tribunal must determine whether evidence relating to that element is admissible. In the second step, the Tribunal must determine the weight that should be given to that admissible evidence. This turns on the reliability of the admissible evidence. Finally, in the third step, the Tribunal must determine if that admissible evidence, taking into account its reliability, establishes the element on the appropriate standard of

[2] En 1983, l’Alliance de la Fonction publique du Canada (l’AFPC) a déposé contre la Société canadienne des postes (la SCP) une plainte (la plainte) dans laquelle elle alléguait que la SCP s’était rendue coupable de discrimination contre [TRADUCTION] « les employés du groupe Commis aux écritures et règlements, lequel est à prédominance féminine » en rémunérant plus généreusement [TRADUCTION] « les employés du groupe des Opérations postales, lequel est à prédominance masculine », que les employés du groupe Commis aux écritures et règlements, à prédominance féminine, pour des fonctions équivalentes, contrevenant ainsi à l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6].

[3] En 2005, le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a finalement rendu une décision dans laquelle il a fait droit à la plainte [*Alliance de la Fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2005 TCDP 39].

[4] En 2008, la Cour fédérale a accueilli une demande de contrôle judiciaire présentée par la SCP et ordonné que la plainte soit rejetée.

[5] Le Tribunal a expliqué — et personne n’a contesté ses explications — que, pour pouvoir faire droit à la plainte, il devait conclure que l’existence des quatre éléments permettant de conclure à une discrimination salariale avait été établie. Le Tribunal a défini les quatre éléments en question dans ses motifs. Le troisième élément est une conclusion suivant laquelle la comparaison du travail effectué par les membres des deux groupes révèle qu’ils exercent des fonctions équivalentes. Là encore, il n’est pas contesté que l’AFPC doit faire cette preuve selon la prépondérance des probabilités.

[6] Le Tribunal doit franchir trois étapes pour déterminer si chaque élément nécessaire est satisfait. À la première étape, le Tribunal doit déterminer si les éléments de preuve concernant cet élément sont admissibles. À la deuxième étape, le Tribunal doit déterminer la valeur à accorder aux éléments de preuve admissibles. Cette valeur dépend de la fiabilité des éléments de preuve admissibles. Enfin, à la troisième étape, le Tribunal doit déterminer si, compte tenu de leur fiabilité, ces éléments de preuve établissent l’existence de cet élément selon la

proof. The Tribunal erred in this case by failing to determine if the admissible evidence, taking into account its reliability, established the third element on a balance of probabilities. The Tribunal prematurely concluded its analysis of the third element at the second step after considering admissibility and weight.

[7] Instead of considering whether the third element was satisfied on a balance of probabilities, the Tribunal purported to apply the balance of probabilities standard in deciding that the job information pertaining to the work being compared, an essential component of the work of equal value requirement, was [at paragraph 700] “reasonably reliable, albeit at the ‘lower reasonably reliable’ sub-band level.” The Tribunal equated this to a 50 percent level of certainty. Even if the language used by the Tribunal could somehow be construed as being a finding of work of equal value, which we do not accept, the fact that the Tribunal used a 50 percent level of certainty means that whatever their conclusion was, it was something less than a balance of probabilities, which requires proof in excess of 50 percent.

[8] This is not a case about fundamental jurisprudential pay equity concepts. Rather it is a case in which a tribunal has made a reviewable error by awarding damages without establishing liability. Specifically, liability was not established because the Tribunal, after stipulating that four elements were required to find a case of wage discrimination, only proceeded to find three of those elements.

[9] We further note that the record and reasons of the Tribunal in this case are not adequate to permit an appellate court to properly resolve fundamental jurisprudential pay equity concepts. In addition to not making a finding on the third element, the Tribunal also erred by failing to define what work of equal value is and how the concept applied in this case. Such an explanation is necessary to

norme de preuve appropriée. En l’espèce, le Tribunal a commis une erreur en ne déterminant pas si, compte tenu de leur fiabilité, les éléments de preuve admissibles établissaient l’existence du troisième élément selon la prépondérance des probabilités. Le Tribunal a mis fin prématurément à son analyse du troisième élément à la deuxième étape après avoir examiné la question de l’admissibilité et celle de la valeur à accorder à la preuve.

[7] Au lieu d’examiner si l’existence du troisième élément avait été établie selon la prépondérance des probabilités, le Tribunal a prétendu appliquer la norme de la prépondérance des probabilités pour décider que les renseignements sur les emplois faisant l’objet de la comparaison, qui constituaient un élément essentiel de la condition relative aux fonctions équivalentes, étaient [au paragraphe 700] « raisonnablement fiables, bien que situés au niveau de la “sous-fourchette inférieure de la fiabilité raisonnable” ». Le Tribunal a fixé le degré de fiabilité à 50 p. 100. Même si les mots employés par le Tribunal pourraient d’une certaine façon être interprétés comme une conclusion portant sur les fonctions équivalentes — ce que nous ne croyons pas —, force est de constater qu’en fixant à 50 p. 100 le degré de fiabilité, le Tribunal n’a pas tiré sa conclusion selon la prépondérance des probabilités, qui exige une preuve supérieure à 50 p. 100.

[8] Il ne s’agit pas d’une affaire portant sur des concepts jurisprudentiels fondamentaux de parité salariale. Il s’agit plutôt d’une affaire dans laquelle un tribunal administratif a commis une erreur justifiant l’infirmité de sa décision en condamnant à des dommages-intérêts sans qu’aucune responsabilité n’ait été établie. Plus précisément, la responsabilité n’a pas été établie parce qu’après avoir bien précisé que l’existence des quatre éléments devait être établie pour qu’on puisse conclure à la discrimination salariale, le Tribunal n’a constaté l’existence que de trois des quatre éléments en question.

[9] Nous relevons par ailleurs que ni le dossier et ni les motifs du Tribunal ne sont suffisants en l’espèce pour permettre à une juridiction d’appel de se prononcer comme il se doit sur des concepts jurisprudentiels fondamentaux en matière de parité salariale. En plus de ne tirer aucune conclusion au sujet du troisième élément, le Tribunal a également commis une erreur en ne définissant

arrive at a finding of liability and damages. An appellate court should not be put in the position of determining the definition of “work of equal value” and its application to the present case when the decision makers below have not addressed the matter. Hence, the record in this case does not lend itself to the making of authoritative statements on these concepts.

[10] Since the Tribunal has failed to make a finding on the third element of a case of wage discrimination and because both the Tribunal and this Court believe such a finding to be absolutely necessary in order to uphold the complaint, the appeals should be dismissed.

II. PROCEDURAL HISTORY

[11] The three appeals (A-129-08, A-130-08 and A-139-08) before the Court relate to two applications for judicial review of a decision (the Tribunal decision, 2005 CHRT 39) of the Tribunal finding that the respondent, CPC, had engaged in a discriminatory practice, as defined by section 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the Act), by paying employees in the male-dominated Postal Operations (PO) group more than employees in the female-dominated Clerical and Regulatory (CR) group. The two applications for judicial review were heard together by Justice Kelen (the applications Judge) in the Court below (*Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2008 FC 223, [2008] 4 F.C.R. 648).

[12] In A-129-08 and A-139-08, PSAC and the Canadian Human Rights Commission (CHRC) appeal the applications Judge’s decision (the Federal Court decision) that the Tribunal decision be set aside. In A-130-08, PSAC appeals the applications Judge’s dismissal of PSAC’s application for judicial review of the portion of the Tribunal decision that reduced the damages awarded against CPC by 50 percent.

pas la notion de fonctions équivalentes et en ne précisant pas comment ce concept s’appliquait en l’espèce. Une telle explication est nécessaire pour arriver à une conclusion au sujet de la responsabilité et pour pouvoir accorder des dommages-intérêts. Une juridiction d’appel ne devrait pas être forcée de définir la notion de « fonctions équivalentes » et de préciser comment elle s’applique en l’espèce, alors que les tribunaux inférieurs n’ont pas abordé la question. En l’espèce, le dossier ne se prête pas à l’énonciation de déclarations péremptoires sur ces concepts.

[10] Comme le Tribunal n’a pas tiré de conclusion sur le troisième élément permettant de conclure à une discrimination salariale et comme le Tribunal et notre Cour estiment tous les deux qu’une telle conclusion est absolument nécessaire pour pouvoir faire droit à la plainte, les appels devraient par conséquent être rejetés.

II. HISTORIQUE PROCÉDURAL

[11] Les trois appels (A-129-08, A-130-08 et A-139-08) dont la Cour est saisie se rapportent à deux demandes de contrôle judiciaire de la décision (la décision du Tribunal, 2005 TCDP 39) par laquelle le Tribunal a conclu que l’intimée, la SCP, s’était livrée à un acte discriminatoire, au sens de l’article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), en rémunérant plus généreusement les employés du groupe des Opérations postales, lequel est à prédominance masculine (le groupe PO), que les employés du groupe Commis aux écritures et règlements, à prédominance féminine (le groupe CR). Les deux demandes de contrôle judiciaire ont été instruites ensemble par le juge Kelen (le juge de première instance), de la Cour fédérale (*Société canadienne des postes c. Alliance de la fonction publique du Canada*, 2008 CF 223, [2008] 4 R.C.F. 648).

[12] Dans les dossiers A-129-08 et A-139-08, l’AFPC et la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) interjettent appel de la décision par laquelle le juge de première instance (la décision de la Cour fédérale) a annulé la décision du Tribunal. Dans le dossier A-130-08, l’AFPC interjette appel de la décision par laquelle le juge de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par l’AFPC relativement

[13] The three appeals were heard together by this Court. These reasons will apply to each of the appeals. A copy of these reasons will be filed as reasons for judgment in the Court file for each of the appeals.

III. RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

[14] The statutory provisions that are relevant to the appeals are section 11 and subsections 27(2) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 20], 49(1) [as am. *idem*] and 50(3) [as am. *idem*] of the Act, paragraphs 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] and 52(b) [as am. *idem*, s. 50] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], sections 12 to 15 of the *Equal Wages Guidelines, 1986*, SOR/86-1082 (the 1986 Guidelines). These provisions are reproduced in the Appendix to these reasons.

IV. BACKGROUND

A. Investigation of the complaint

[15] On August 24, 1983, PSAC filed a complaint with the CHRC which reads as follows:

It is alleged that the Canada Post Corporation as Employer, has violated Section 11 of the *Canadian Human Rights Act* by paying employees in the male-dominated Postal Operations Group more than employees in the female-dominated Clerical and Regulatory Group for work of equal value. The wage rates of the male-dominated Postal Operations Group exceed those of the female-dominated Clerical and Regulatory Group by as much as 58.9 percent for work of equal value. It is alleged that sex composition of the two groups has resulted in wage discrimination against the Clerical and Regulatory Group, contrary to Section 11.

à la partie de la décision du Tribunal qui réduisait de moitié le montant des dommages-intérêts auxquels la SCP avait été condamnée.

[13] Notre Cour a instruit les trois appels conjointement. Les présents motifs s'appliqueront à chacun des appels. Une copie des présents motifs sera versée au dossier de la Cour pour chacun des appels afin de servir de motifs du jugement.

III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[14] Les dispositions législatives qui sont pertinentes dans les présents appels sont l'article 11 et les paragraphes 27(2) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 20], 49(1) [mod., *idem*] et 50(3) [mod., *idem*] de la Loi, les alinéas 18.1(3)(b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] et 52(b) [mod., *idem*, art. 50] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], et les articles 12 à 15 de l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale*, DORS/86-1082 (l'Ordonnance de 1986 ou l'OPS de 1986). Ces dispositions sont reproduites dans l'annexe jointe aux présents motifs.

IV. CONTEXTE

A. L'enquête sur la plainte

[15] Le 24 août 1983, l'AFPC a déposé auprès de la CCDP une plainte qui était ainsi libellée :

[TRADUCTION] Il est allégué que la Société canadienne des postes, à titre d'employeur, a contrevenu à l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en rémunérant plus généreusement les employés du Groupe des opérations postales, lequel est à prédominance masculine, que les employés du Groupe commis aux écritures et règlements, lequel est à prédominance féminine, et ce, pour un travail de valeur égale. Les taux de rémunération du Groupe des opérations postales, à prédominance masculine, peuvent être jusqu'à 58,9 p. 100 plus élevés que ceux du Groupe commis aux écritures et règlements, à prédominance féminine, et ce, pour un travail de valeur égale. Il est allégué que la composition des deux groupes quant au sexe a occasionné de la discrimination sur le plan salarial contre le Groupe commis aux écritures et règlements, et ce, en contravention de l'article 11.

Corrective Action:

1. That all employees within the CR Group employed by Canada Post Corporation receive wages, as defined in paragraph 11(6) [now section 11(7)] of the *Canadian Human Rights Act*, equal to the wages of employees within the PO Group performing work of equal value.
2. That this corrective action be made retroactive to October 16, 1981.

[16] The CR group is made up of clerical and regulatory workers. Typical position titles for workers in the CR group include benefits clerk, accounting clerk and accounts payable clerk. The PO group consists of workers who sort and deliver mail. Typical position titles for workers in the PO group include letter carrier, mail handler and manual sortation clerk.

[17] In essence, the complaint alleges that the employees in the male-dominated PO group were paid higher wages than the employees in the female-dominated CR group who were performing work of equal value to that which was performed by PO group employees. The determination of the equivalence of the value of the work that was performed by both groups requires an assessment of the value of that work having regard to the composite of skill, effort, responsibility and working conditions applicable to that work. Job evaluation is the field of expertise that deals with these types of assessments, which are called evaluations. The process of making these assessments is known as evaluating. Job evaluations are the product of a process in which a methodology, often called a plan, is applied to information about the content of jobs being evaluated.

[18] Prior to the filing of the complaint, PSAC and CPC had been working together with respect to the development of a job evaluation system (System One) that was intended to permit an evaluation of the jobs of all the CPC employees represented by PSAC. Throughout 1984 and part of 1985, CHRC awaited the outcome

La mesure corrective :

1. Que tous les employés du Groupe CR à l'emploi de la Société canadienne des postes reçoivent des salaires, tel que ce mot est défini au paragraphe 11(6) (maintenant le paragraphe 11(7)) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, égaux aux salaires des employés du Groupe PO qui effectuent un travail de valeur égale.
2. Que cette mesure corrective s'applique rétroactivement au 16 octobre 1981.

[16] Le groupe CR est composé d'employés de bureau et de réglementation. Parmi les titres de postes les plus courants au sein du groupe CR, mentionnons ceux de commis aux avantages sociaux, commis aux écritures et commis aux comptes créditeurs. Le groupe PO est composé quant à lui d'employés chargés de trier et de livrer le courrier. Parmi les titres de postes les plus courants au sein du groupe CR, mentionnons ceux de facteur, de préposé à la manutention du courrier et de préposé au tri manuel.

[17] Il est essentiellement allégué dans la plainte que les employés du groupe PO, à prédominance masculine, sont payés plus généreusement que ceux du groupe CR, à prédominance féminine, pour des fonctions équivalentes. Pour établir l'équivalence des fonctions exécutées par les salariés de ces deux groupes, on applique un critère consistant à doser les qualifications, efforts et responsabilités nécessaires à leur exécution, compte tenu des conditions de travail. L'évaluation des emplois est une méthode d'analyse par laquelle des spécialistes dans le domaine procèdent à un type de qualification du travail appelé « évaluation des emplois ». La méthode suivie pour procéder à ce type d'analyse est désignée sous le nom d'« évaluation ». L'évaluation des emplois est le fruit d'un processus dans le cadre duquel une méthodologie, qui est souvent qualifiée de « plan », est appliquée aux données recueillies au sujet de la nature des fonctions faisant l'objet de l'évaluation.

[18] Avant de déposer la plainte, l'AFPC et la SCP avaient travaillé conjointement à l'élaboration d'un plan d'évaluation des emplois connu sous le nom de « System One », qui était censé permettre d'évaluer les postes de tous les salariés de la SCP qui étaient représentés par l'AFPC. Pendant toute l'année 1984 et une partie de

of those efforts in the hope that System One could be of use with respect to the complaint.

[19] Because of delays with respect to the development of System One, beginning in October 1985 the CHRC pursued its investigation of the complaint more actively. To this end, the CHRC developed a questionnaire (the Job Fact Sheet) to gather data from CR group and PO group employees about the skill, effort, responsibility and working conditions applicable to their jobs.

[20] In the summer of 1986, the job fact sheets were given to somewhere between 246 and 355 CR group employees. The CHRC received 194 completed and usable job fact sheets. To clarify responses to the job fact sheets, the CHRC developed an interview guide (the Interview Guide). Follow-up interviews with the Job Fact Sheet respondents were completed by December 1986 in accordance with the Interview Guide. From April to September 1987, the CHRC evaluated the sample of the 194 CR group employees using System One based on the information in the job fact sheets and the follow-up interviews, notwithstanding that it had not been completed and PSAC advised against its use. Ultimately, these evaluations were not used in the final investigative process.

[21] Contrary to its original intention, the CHRC did not use the job fact sheets and the Interview Guide to collect data from the PO group employees similar to that obtained from the CR group employees. This was partially because CPC questioned the CHRC's proposed sample size and refused to permit PO group employees to complete the job fact sheets during normal working hours. Additionally, the PO group employees were represented by a union other than PSAC, the Canadian Union of Postal Workers (CUPW), and CUPW refused the CHRC's request that the PO group employees fill-out the job fact sheets outside normal working hours.

1985, la CCDP a attendu de connaître le résultat de ce processus dans l'espoir que System One puisse être utile à l'examen de la plainte.

[19] En raison des retards que connaissait l'élaboration du System One, la CCDP a, à compter d'octobre 1985, poursuivi plus activement son enquête au sujet de la plainte. À cette fin, la CCDP a élaboré un questionnaire (la feuille de données sur l'emploi) devant servir à la cueillette, auprès du groupe CR et du groupe PO, de données sur les qualifications, efforts, responsabilités et conditions de travail nécessaires pour l'exécution de leurs fonctions.

[20] Au cours de l'été 1986, entre 246 et 355 employés du groupe CR se sont vu remettre des feuilles de données sur l'emploi. La CCDP a reçu 194 feuilles de données sur l'emploi remplies et utilisables. La CCDP a créé un guide d'entrevue (le guide d'entrevue) pour clarifier les réponses figurant dans les feuilles de données sur l'emploi. Jusqu'en décembre 1986, des entrevues de suivi ont été réalisées conformément au guide d'entrevue auprès des personnes qui avaient rempli la feuille de données sur l'emploi. Entre avril et septembre 1987, la CCDP a évalué l'échantillon de 194 postes CR en utilisant System One pour évaluer les données recueillies grâce aux feuilles de données sur l'emploi et aux renseignements obtenus lors des entrevues, malgré le fait qu'il s'agissait d'un plan non achevé et que l'ACFP avait déconseillé son utilisation à des fins d'évaluation. Ces évaluations ont éventuellement été rejetées et n'ont pas été utilisées dans le processus d'enquête final.

[21] Contrairement à son intention initiale, la CCDP ne s'est pas servie des feuilles de données sur l'emploi et du guide d'entrevue pour recueillir auprès des employés du groupe PO des données semblables à celles qu'elle avait obtenues des employés du groupe CR. Cette décision tenait en partie au fait que la SCP avait émis des doutes quant à la taille de l'échantillon et avait refusé que les employés PO remplissent la feuille de données sur l'emploi durant leurs heures de travail. De plus, les employés du groupe PO n'étaient pas représentés par l'AFPC, mais par le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (le STTP), qui refusait d'accéder à la demande de la

[22] To compensate for the lack of actual information with respect to the work performed by the PO group employees, from July to October 1991, the CHRC created 10 generic job specifications for PO group employees, using information provided by CPC in 1990 and 1991. While the CR group sample included supervisors at the CR-5 level, the generic job specifications did not include the PO supervisors sub-group (PO-SUP) because the CHRC decided that it would be too onerous to fit the wide range of tasks performed by PO-SUP employees into the generic job specifications.

[23] In July 1991, using the 194 CR group responses, the CR group interviews and the PO group generic job specifications, the CHRC began an evaluation using an off-the-shelf plan, the XYZ Hay Plan, for evaluating jobs for the purpose of a pay equity analysis. This plan was selected, at least in part, because System One could only be used to evaluate positions held by employees represented by PSAC, and a number of employees in the PO group were represented by CUPW. As a result, the evaluation generated using this plan did not rely upon the earlier evaluation of the CHRC that utilized System One. In order to make the evaluation more manageable, the CHRC reduced the CR group sample to 93 employees in September 1991.

[24] The CHRC's evaluation (the CHRC evaluation) was completed in November 1991. This evaluation formed the basis of the CHRC's Final Investigation Report (the Report), dated January 24, 1992, which concluded that there was a wage difference when comparing the wages and job evaluations of the CR and PO groups, as alleged in the complaint. After considering the Report, the commissioners of the CHRC referred the complaint to the Tribunal for an inquiry on March 16, 1992, pursuant to subsection 49(1) of the Act.

CCDP qui voulait que les employés du groupe PO remplissent les feuilles de données sur l'emploi en dehors de leurs heures de travail.

[22] Pour compenser le manque de données concrètes sur les fonctions exécutées par les employés du groupe PO, la CCDP a, entre juillet et octobre 1991, défini 10 particularités génériques d'emplois du groupe PO en se fondant sur les données fournies par la SCP en 1990 et 1991. Malgré le fait que les échantillons des titulaires de poste CR englobaient des superviseurs au niveau CR-5, les fonctions des superviseurs du sous-groupe PO (les PO-SUP) n'étaient pas visées par les particularités génériques d'emplois, parce que la SCP estimait qu'il serait trop onéreux de faire entrer la vaste gamme de fonctions exercées par les employés PO-SUP dans les particularités génériques d'emplois.

[23] En juillet 1991, à l'aide des 194 réponses des employés du groupe CR, des entrevues des employés du groupe CR et des particularités génériques d'emplois spécifiques du groupe PO, la CCDP a entrepris une évaluation en se servant d'un plan clés en main, le plan XYZ Hay, en vue d'évaluer les emplois aux fins d'une analyse de parité salariale. Ce plan a été choisi en partie parce qu'on ne pouvait utiliser le System One que pour évaluer les postes dont les titulaires étaient représentés par l'AFPC et parce qu'un certain nombre des employés du groupe PO étaient représentés par le STTP. Par conséquent, l'évaluation effectuée à l'aide de ce plan ne se fondait pas sur l'évaluation antérieurement réalisée par la CCDP à l'aide du System One. Pour faciliter l'évaluation, la CCDP a ramené à 93 l'échantillon des employés du groupe CR en septembre 1991.

[24] La CCDP a terminé son évaluation (l'évaluation de la CCDP) en novembre 1991. La CCDP s'est servie de cette évaluation pour rédiger son rapport d'enquête final (le rapport), daté du 24 janvier 1992, dans lequel elle concluait qu'il existait, comme il était allégué dans la plainte, une différence dans les salaires lorsqu'on comparait les salaires et les valeurs des emplois du groupe CR et du groupe CO. Après avoir examiné le rapport, les commissaires de la CCDP ont, le 16 mars 1992, renvoyé la plainte au Tribunal pour enquête conformément au paragraphe 49(1) de la Loi.

B. The Tribunal inquiry

[25] The Tribunal panel was struck on May 11, 1992 and hearings commenced on November 25, 1992. Written and oral submissions were completed on August 27, 2003. The Chair of the Tribunal retired in June 2004. Additional written submissions were made in August 2004. The Tribunal decision was released on October 7, 2005, over two years after the conclusion of the hearing.

[26] After the Tribunal had begun hearing evidence, it became apparent that there were serious deficiencies in the CHRC evaluation. As a result, PSAC engaged three professional job evaluators (the professional team), Dr. Bernard Ingster, Dr. Martin G. Wolf and Ms. Judith Davidson-Palmer. Dr. Wolf was the spokesperson of the group and the Tribunal qualified him as an expert in Hay-based job evaluation and Hay-based compensation. PSAC asked the professional team to review the CHRC evaluation and to undertake independent evaluations. Ultimately, both the CHRC and PSAC relied exclusively on the professional team's evaluations to substantiate the complaint.

[27] In May and June of 1993, the professional team conducted its initial evaluation (the Phase 1 evaluation). To conduct this evaluation, the professional team supplemented the information used in the CHRC evaluation with information from its own interviews with CR group employees that it conducted in May 1993. Where a respondent could not be reached, the professional team tried to interview a stand-in. It is not clear how many of the professional team's interviews were conducted with stand-ins, but the Tribunal found that of a total of 93 possible telephone interviews, 59 were completed.

[28] In September 1994, the professional team attempted to conduct interviews for 97 of the CR group positions that were omitted from the CHRC evaluation and 55 of

B. L'enquête du Tribunal

[25] La formation du Tribunal a été constituée le 11 mai 1992 et les audiences ont commencé le 25 novembre 1992. La présentation des observations écrites et orales s'est terminée le 27 août 2003. En juin 2004, le président de ce Tribunal a pris sa retraite. Des observations écrites complémentaires ont été présentées en août 2004. La décision du Tribunal a été rendue le 7 octobre 2005, plus de deux ans après la clôture des audiences.

[26] Après avoir commencé à entendre la preuve, le Tribunal a constaté l'existence de graves lacunes dans l'évaluation de la CCDP. L'AFPC a par conséquent engagé une équipe d'évaluateurs d'emplois professionnels composée de trois personnes (l'équipe professionnelle) : M. Bernard Ingster, M. Martin G. Wolf et M^{me} Judith Davidson-Palmer. M. Wolf était le porte-parole du groupe; le Tribunal l'a qualifié d'expert tant à l'égard du processus Hay en matière d'évaluation des emplois qu'en ce qui concerne le processus Hay en matière de rémunération. L'AFPC a demandé à l'équipe professionnelle de procéder à un examen spécialisé de l'évaluation de la CCDP et de faire des évaluations indépendantes. En fin de compte, la CCDP et l'AFPC se sont fiées uniquement à l'évaluation de l'équipe professionnelle pour vérifier le bien-fondé de la plainte.

[27] En mai et juin 1993, l'équipe professionnelle a procédé à son évaluation initiale (l'évaluation de la phase 1). Pour procéder à cette évaluation, l'équipe professionnelle a complété les renseignements utilisés lors de l'évaluation de la CCDP par les renseignements qu'elle avait elle-même recueillis à la suite des entrevues des employés du groupe CR qu'elle avait réalisées en mai 1993. Lorsqu'elle n'arrivait pas à joindre une des personnes qui avaient répondu au questionnaire, l'équipe faisait des démarches pour interroger une autre personne à sa place. On ne sait pas avec certitude combien d'entrevues l'équipe professionnelle a réalisées auprès de remplaçants, mais le Tribunal a conclu que sur une totalité de 93 entrevues téléphoniques possibles, 59 avaient été réalisées.

[28] En septembre 1994, l'équipe professionnelle a tenté de faire des entrevues téléphoniques avec les 97 titulaires de poste CR qui avaient été omis de l'évaluation

these interviews were completed. The information obtained in these interviews, combined with information gathered by the CHRC, was used by the professional team in November and December 1994 to evaluate the 97 CR group positions that were omitted from the CHRC evaluation. This second evaluation was called the Phase 2 evaluation.

[29] Based on its Phase 1 and Phase 2 evaluations, members of the professional team prepared two reports. The first report (the Professional Value Report), dated January 1995, was prepared by Dr. Wolf in consultation with Dr. Ingster and Ms. Davidson-Palmer. The Professional Value Report concludes at page 6:

Based on the findings of the total evaluation process in Phases One and Two, the consultants concluded that the rigorous application of the Hay Guide Chart-Profile Method of job evaluation produced substantial evidence that 122 of the 194 incumbents (62.9%) holding CR positions included in this study were in jobs with content greater than one or more of the ten PO jobs covered by these analyses.

In light of further information provided by CPC, the professional team later revised the 62.9 percent figure to 34.2 percent.

[30] The second report (the Professional Wage Gap Report), dated February 1995, was prepared by Dr. Wolf alone. The Professional Wage Gap Report calculates the relationships between the hourly rates of pay of PO group jobs and the value of PO group jobs, as determined by the professional team's evaluations for 1983, 1989 and 1995, using several different approaches. The Professional Wage Gap Report concludes that, under any of its approaches, there is "a significant gap between the wages paid to CR's and to PO's performing work of equal value".

[31] To support its position that the methods of the CHRC and the professional team were insufficient to substantiate the complaint, CPC called three expert witnesses, Ms. Nadine Winter, Mr. Norman Willis and Mr.

de la CCDP et 55 entrevues ont été réalisées. L'équipe professionnelle s'est servie en novembre et en décembre 1994 des renseignements obtenus lors des entrevues ainsi que de ceux recueillis par la CCDP pour évaluer les 97 postes CR qui avaient été omis lors de l'évaluation de la CCDP. Cette deuxième évaluation a été appelée « évaluation de la phase 2 ».

[29] Se fondant sur leurs évaluations de la phase 1 et de la phase 2, les membres de l'équipe professionnelle ont préparé deux rapports. Le premier rapport (le rapport d'évaluation professionnelle), daté de janvier 1995, a été préparé par M. Wolf en collaboration avec M. Ingster et M^{me} Davidson-Palmer. Voici la conclusion que l'on trouve à la page 6 du rapport d'évaluation professionnelle :

[TRADUCTION] Suivant les pointages totaux des évaluations effectuées à la phase 1 et à la phase 2, les consultants concluent qu'en appliquant rigoureusement la méthode des barèmes d'évaluation Hay, on obtient de solides éléments de preuve permettant de penser que 122 des 194 titulaires de postes CR visés par la présente étude (soit 62,9 % d'entre eux) accomplissent des fonctions qui débordent le cadre d'un ou de plusieurs des dix postes PO faisant l'objet de ces analyses.

À la lumière des renseignements complémentaires fournis par la SCP, l'équipe professionnelle a par la suite ramené le chiffre de 62,9 à 34,2 p. 100.

[30] Le second rapport (le rapport professionnel sur l'écart de rémunération), publié en février 1995, a été rédigé par M. Wolf seul. Le rapport professionnel sur l'écart de rémunération calcule le rapport entre les taux horaires de rémunération appliqués pour les postes du groupe PO et la valeur des postes du groupe PO, tels que l'équipe professionnelle les avait déterminés lors des évaluations de 1983, 1989 et de 1995, à l'aide de diverses méthodes. Le rapport professionnel sur l'écart de rémunération conclut ce qui suit : [TRADUCTION] « toutes ces méthodes révèlent l'existence d'un écart important entre les salaires versés aux CR et ceux versés aux PO qui exécutent des fonctions équivalentes ».

[31] Pour étayer sa thèse suivant laquelle les méthodes appliquées par la CCDP et l'équipe professionnelle étaient insuffisantes pour établir le bien-fondé de la plainte, la SCP a fait entendre trois témoins experts, M^{me} Nadine

P. G. Wallace. The three experts' critiques of the professional team's method highlighted the failure of the professional team to follow the industry standard application of the Hay method and the inapplicability of the Hay method to clerical and blue collar positions.

Winter, M. Norman Willis et M. P. G. Wallace. Les critiques que les trois experts ont formulées au sujet de la méthode suivie par l'équipe professionnelle ont permis de constater que l'équipe professionnelle n'avait pas suivi la norme de l'industrie en ce qui concerne l'application du plan Hay et que ce plan ne pouvait s'appliquer aux postes d'employé de bureau et de cols bleus.

V. DECISIONS BELOW

A. Canadian Human Rights Tribunal

[32] In its reasons, the Tribunal addressed the following four fundamental issues:

(a) Does the ability of the CHRC to issue Equal Wage Guidelines that are binding on the Tribunal create a reasonable apprehension of bias?

(b) Can the 1986 Guidelines be applied to the complaint, even though it was filed in 1983?

(c) Can factors other than those identified in the 1986 Guidelines be used to rebut the presumption that when men and women are paid different wages for work of equal value, that difference is based on sex?

(d) Has the complainant established a *prima facie* case of discrimination under section 11 of the Act on a balance of probabilities?

[33] In view of our disposition of this appeal, it will only be necessary to consider the Tribunal's analysis with respect to the last issue.

[34] In paragraph 254 of its reasons, the Tribunal determined that each element of section 11 of the Act had to be substantiated on a balance of probabilities in order to substantiate the complaint. In assessing the value of the work that is being compared, the Tribunal found, at paragraph 255 of its reasons, that the criterion in subsection 11(2) of the Act—the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed—was required to be used. The Tribunal went

V. DÉCISIONS DES TRIBUNAUX INFÉRIEURS

A. Tribunal canadien des droits de la personne

[32] Dans ses motifs, le Tribunal a examiné les quatre questions fondamentales suivantes :

a) Le fait que la CCDP a le pouvoir de prendre des ordonnances sur la parité salariale qui lient le Tribunal suscite-t-il une crainte raisonnable de partialité?

b) L'Ordonnance de 1986 peut-elle s'appliquer à la plainte, même si celle-ci a été déposée en 1983?

c) La présomption selon laquelle, l'écart salarial des femmes et des hommes qui exécutent des fonctions équivalentes est fondé sur le sexe est-elle réfutable par des éléments autres que ceux qui sont mentionnés dans l'Ordonnance de 1986?

d) La plaignante a-t-elle établi *prima facie* l'existence, selon la prépondérance des probabilités, d'un acte discriminatoire prévu à l'article 11 de la Loi?

[33] Compte tenu de la façon dont nous tranchons le présent appel, il suffit d'examiner l'analyse que le Tribunal a faite de la dernière question.

[34] Au paragraphe 254 de ses motifs, le Tribunal a déclaré que chacun des éléments prévus à l'article 11 devait être justifié, selon la prépondérance des probabilités, pour pouvoir établir le bien-fondé de la plainte. Le Tribunal a expliqué au paragraphe 255 de ses motifs que, pour établir la valeur attribuée aux fonctions faisant l'objet de la comparaison, il fallait recourir au critère prévu au paragraphe 11(2) de la Loi, en l'occurrence un dosage des qualifications, des efforts et des responsabilités nécessaire pour l'exécution des fonctions en question,

on to state, at paragraph 256 of its reasons, that discrimination based on sex will be presumed when a difference in wages has been found to exist between male and female employees, employed in the same establishment, performing work of equal value. At paragraph 257 of its reasons, the Tribunal set forth its determination of the four elements that were required to be proven, on a balance of probabilities, to establish a *prima facie* case of discrimination as alleged in the complaint:

(1) The complainant occupational group is predominantly of one sex and the comparator occupational group is predominantly of the other sex. In this Complaint, that means the complainant CR's must be predominantly female and the comparator PO's must be predominantly male.

(2) The female-dominated occupational group and the male-dominated occupational group being compared are composed of employees who are employed in the same establishment.

(3) The value of the work being compared between the two occupational groups has been assessed reliably on the basis of the composite of the skill, effort, and responsibility required in the performance of the work, and the conditions under which the work is performed. The resulting assessment establishes that the work being compared is of equal value.

(4) A comparison made of the wages being paid to the employees of the two occupational groups for work of equal value demonstrates that there is a difference in wages between the two, the predominantly female occupational group being paid a lesser wage than the predominantly male occupational group. This wage difference is commonly called a "wage gap".

In these reasons, these four elements are referred to as "element one", "element two", "element three" and "element four" respectively.

(a) Element one—The comparator group

[35] Relying on sections 12 and 13 of the 1986 Guidelines, the Tribunal held that the PO group was a

compte tenu des conditions de travail. Le Tribunal a poursuivi en affirmant, au paragraphe 256 de ses motifs, que l'on présume l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe lorsque l'on a conclu qu'il existe une disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes. Au paragraphe 257 de ses motifs, le Tribunal énonce les quatre éléments qui doivent être prouvés, selon la prépondérance des probabilités, pour établir *prima facie* que l'acte discriminatoire allégué dans la plainte a été commis :

(1) Le groupe professionnel plaignant est composé majoritairement de membres appartenant au même sexe et le groupe professionnel de comparaison est composé majoritairement de membres de l'autre sexe. Dans la présente plainte, cela signifie que le groupe des CR plaignants doit être à prédominance féminine et le groupe de comparaison PO doit être à prédominance masculine.

(2) Le groupe professionnel à prédominance féminine et le groupe professionnel à prédominance masculine qui sont comparés sont composés d'employés qui travaillent dans le même établissement.

(3) La valeur du travail comparé entre les deux groupes professionnels a été évaluée de façon fiable sur le fondement du dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaires pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail. L'évaluation qui s'ensuit établit que le travail comparé est de valeur égale.

(4) Une comparaison faite entre les salaires versés aux employés des deux groupes professionnels pour des fonctions équivalentes démontre qu'il existe une différence entre les salaires versés entre les deux groupes, le groupe professionnel à prédominance féminine [étant] moins bien rémunéré que le groupe professionnel à prédominance masculine. Cette disparité salariale est communément appelée « écart de rémunération ».

Dans les présents motifs, ces quatre éléments sont désignés respectivement comme étant le « premier élément », le « deuxième élément », le « troisième élément » et le « quatrième élément ».

a) Premier élément — Groupe de comparaison

[35] Se fondant sur les articles 12 et 13 de l'Ordonnance de 1986, le Tribunal a jugé que le groupe PO était un

male-dominated occupational group and the CR group was a female-dominated occupational group. The Tribunal found that in 1983, just over 80 percent of the 2 316 employees in the CR group were female. At the same time, just over 75 percent of the 50 912 employees in the PO group were male. In 1992, the time of the referral of the complaint to the Tribunal, the CR group was over 83 percent female and the PO group was over 71 percent male.

[36] CPC challenged the selection of the PO group as a comparator on the grounds that the PO group employees should not be viewed as a single group. They opposed the use of a comparator group hand-picked by PSAC and featuring the highest paid group of women working for CPC. Instead, CPC suggested that the PO-4 level of the PO group should be used as the comparator since it was the most representative of the PO group. Since the PO-4 level was 53 percent male and 47 percent female in 1983, it was not male dominated under the 1986 Guidelines and hence CPC argued that the first element of the *prima facie* case of discrimination was not established. Furthermore, CPC argued that PSAC selected the PO group as a comparator because it was highly paid and that this was inappropriate “cherry picking”.

[37] The Tribunal rejected the argument that the PO group should not be viewed as a single group, because the federal government job classification inherited by CPC from the Post Office Department of the Government of Canada is important in the designation of an “occupational group” under the 1986 Guidelines. The Tribunal also rejected CPC’s suggestion that the complainant was “cherry picking” the comparator group. It noted that the PO group represented approximately 80 percent of the CPC workforce and that by virtue of its size, its selection therefore could not have constituted “cherry picking”. Additionally, the only other possibilities, the General

groupe professionnel à prédominance masculine et que le groupe CR était un groupe professionnel à prédominance féminine. Le Tribunal a conclu qu’en 1983, un peu plus de 80 p. 100 des 2 316 employés du groupe CR étaient des femmes et qu’au même moment, un peu plus de 75 p. 100 du groupe PO (qui comptait 50 912 employés) était composé d’employés de sexe masculin. Au moment du renvoi de la plainte au Tribunal en 1992, le groupe CR était toujours à prédominance féminine dans une proportion de plus de 83 p. 100 et le groupe PO était à prédominance masculine dans une proportion de plus de 71 p. 100.

[36] La SCP a contesté le choix du groupe PO comme groupe de comparaison au motif que les employés du groupe PO ne devaient pas être considérés comme formant un seul groupe. Elle s’est opposée à l’utilisation d’un groupe de comparaison trié sur le volet par l’AFPC et qui se caractérisait par le groupe d’employés de sexe féminin les mieux rémunérés de la SCP. La SCP a plutôt laissé entendre qu’il fallait utiliser les employés du niveau PO-4 du groupe PO comme groupe de comparaison étant donné que c’était eux qui étaient les plus représentatifs du groupe PO. Comme 53 p. 100 des employés classés au niveau PO-4 étaient des hommes et 47 p. 100 étaient des femmes, il ne s’agissait pas d’un groupe à « prédominance masculine » au sens de l’Ordonnance de 1986. La SCP estimait donc que le premier élément requis pour établir l’existence d’une preuve *prima facie* de discrimination n’était pas établi. La SCP soutenait en outre que l’AFPC avait retenu le groupe PO comme groupe de comparaison parce que ce groupe était généreusement rémunéré et que ce choix constituait une « sélection aléatoire » inacceptable.

[37] Le Tribunal a rejeté l’argument que le groupe PO ne devait pas être considéré comme formant un seul et même groupe parce que le système de classification des postes du gouvernement fédéral dont la SCP avait hérité du ministère des Postes du gouvernement du Canada joue un rôle important lorsqu’il s’agit de qualifier un groupe de « groupe professionnel » au sens de l’Ordonnance de 1986. Le Tribunal a également écarté l’idée de la SCP suivant laquelle le groupe de comparaison de la plaignante serait une « sélection aléatoire ». Il a fait observer que le groupe PO représentait environ 80 p. 100 de l’effectif total de la SCP, de sorte que le choix de ce

Labour and Trades and General Services groups, represented only a small percentage of CPC employees, and the Tribunal found there was no evidence that their work was at all similar to that performed by employees in the CR group.

[38] At paragraph 283 of the Tribunal decision, the Tribunal stated its conclusion with respect to this element of subsection 11(1) of the Act, as follows:

Accordingly, the Tribunal finds that the complainant, a predominantly female occupational group, and the comparator, a predominantly male occupational group, are appropriately designated under section 11 of the *Act* and the *1986 Guidelines* as representative groups for comparison of work generally performed by women and work generally performed by men. Therefore, the first element necessary to the establishment of a *prima facie* case under section 11 of the *Act* has been met. [Emphasis added.]

(b) Element two—Employment in the same establishment

[39] The Tribunal next considered whether the CR and PO groups were both employed in the same establishment and in particular, whether a geographical or functional definition of establishment was applicable. In the Tribunal's view, employees are in the same geographical establishment where they work in the same building, municipality or district. In contrast, employees are in the same functional establishment where they are subject to a common set of personnel and wage policies. Relying on this Court's decision in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd.*, 2004 FCA 113, [2004] 3 F.C.R. 663, the Tribunal eschewed a geographical definition of establishment and adopted a functional one.

[40] The Tribunal then determined that the evidence before it demonstrated that the CPC was a well integrated

groupe ne pouvait, de par sa taille, constituer une « sélection aléatoire ». Par ailleurs, les autres groupes qui auraient pu être retenus, à savoir les groupes professionnels Manœuvres et hommes de métier et Services divers, ne représentaient qu'un faible pourcentage des employés de la SCP, et rien ne permettait de penser que le travail effectué par les membres de ces groupes était semblable à celui des membres du groupe CR.

[38] Au paragraphe 283 de sa décision, le Tribunal a énoncé sa conclusion en ce qui concerne le premier élément du critère prévu au paragraphe 11(1) de la Loi :

Par conséquent, le Tribunal conclut que le groupe plaignant, un groupe professionnel à prédominance féminine et que le groupe de comparaison, un groupe professionnel à prédominance masculine, sont désignés de façon appropriée en vertu de l'article 11 de la Loi et de l'OPS de 1986 comme groupes représentatifs pour la comparaison des fonctions généralement exécutées par des femmes et des fonctions généralement exécutées par des hommes. Par conséquent, le premier critère nécessaire à l'établissement d'une preuve *prima facie* en vertu de l'article 11 de la Loi a été rencontré. [Non souligné dans l'original.]

b) Deuxième élément — Employés travaillant dans le même établissement

[39] Le Tribunal s'est ensuite penché sur la question de savoir si les employés du groupe CR et du groupe PO travaillaient dans le même établissement et, en particulier, si l'on devait retenir une définition géographique ou une définition fonctionnelle. Suivant le Tribunal, des employés travaillent dans le même établissement au sens géographique lorsqu'ils travaillent dans le même immeuble, la même municipalité ou la même région. En revanche, on considère que des employés font partie du même établissement au sens fonctionnel lorsqu'ils sont visés par un ensemble commun de politiques en matière de personnel et de rémunération. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée.*, 2004 CAF 113, [2004] 3 R.C.F. 663, le Tribunal a écarté une définition géographique de l'établissement pour retenir plutôt une définition fonctionnelle.

[40] Le Tribunal a ensuite expliqué que les éléments de preuve portés à sa connaissance démontraient que la

business with considerable corporate level policy direction, leading it to reach its conclusion with respect to this element. Specifically, at paragraphs 353 and 354 respectively of its reasons, the Tribunal stated:

Therefore, the Tribunal finds that all employees of Canada Post have been, as applicable, subject to the various common corporate policy directives issued by the Corporation, including those respecting personnel and wage policies. As a result, the Tribunal finds that, for the purposes of section 11 of the *Act*, the employee groups representing the complainant and the comparator are employed in the same establishment.

Accordingly, the second element necessary to the establishment of a *prima facie* case under section 11 of the *Act* has been met. [Emphasis added.]

(c) Element three—Work of equal value

[41] The Tribunal framed the question with respect to this element as whether the comparison of the work of the complainant group and the comparator group establish that the work being compared is equal in value. Further, the Tribunal stated, at paragraph 355 of its reasons:

To be able to come to a reasonable conclusion concerning the value of the work performed by the complainant and the comparator occupational groups, the evaluation process as a whole must be reliable, on a balance of probabilities.

[42] The Tribunal accepted the importance of undertaking job evaluations with reliable job information and with a reliable job evaluation plan. At paragraph 358 of its reasons, the Tribunal reproduced a portion of a booklet, entitled “Implementing Pay Equity in the Federal Jurisdiction”, that was put into evidence by the CHRC. The Tribunal accepted the booklet as a general guide with respect to the collection and processing of information that should, given an acceptable job evaluation plan and competent evaluators, result in the determination of reliable values of work being assessed and compared.

SCP était une entreprise bien intégrée dotée de nombreuses directives organisationnelles, ce qui l’a conduit à formuler sa conclusion au sujet de cet élément. Plus précisément, aux paragraphes 353 et 354 respectivement, le Tribunal a écrit :

Par conséquent, le Tribunal conclut que l’ensemble des employés de Postes Canada ont été, selon le cas, soumis aux mêmes diverses directives générales sur les politiques communes émises par la Société, notamment les directives qui avaient trait aux politiques du personnel et de la rémunération. Donc, le Tribunal conclut que, aux fins de l’article 11 de la Loi, les groupes d’employés représentant le groupe plaignant et le groupe de comparaison travaillent dans le même établissement.

Ce faisant, le deuxième élément nécessaire à l’établissement d’une preuve *prima facie* en vertu de l’article 11 de la Loi a été établi. [Non souligné dans l’original.]

c) Troisième élément — Fonctions équivalentes

[41] Suivant le Tribunal, la question qui se posait au sujet de cet élément était celle de savoir si la comparaison des fonctions exécutées par les employés du groupe plaignant par rapport à celles du groupe de comparaison démontrait que le travail faisant l’objet de la comparaison était de valeur égale. Le Tribunal a en outre déclaré, au paragraphe 355 de ses motifs :

Si l’on veut arriver à une conclusion raisonnable quant à la valeur du travail effectué par le groupe professionnel plaignant et quant à celui effectué par le groupe professionnel de comparaison, le processus d’évaluation doit être fiable dans son ensemble, et ce, selon la prépondérance des probabilités.

[42] Le Tribunal a reconnu l’importance de procéder à des évaluations des emplois avec des renseignements sur les emplois et un plan d’évaluation fiables. Au paragraphe 358 de ses motifs, le Tribunal reproduit un extrait d’un livret intitulé « Mise en œuvre de la parité salariale dans la sphère de compétence fédérale » qui avait été soumis en preuve par la CCDP. Le Tribunal a estimé que ce livret constituait un guide général d’orientation quant à la collecte de renseignements fiables et quant au traitement de ces renseignements d’une manière qui, compte tenu d’un plan d’évaluation des emplois acceptable et

The first sentence of the booklet that was reproduced by the Tribunal, in paragraph 358 of its reasons, reads as follows:

Job evaluation plans are the key to determining what constitutes “work of equal value”.

Later, the following sentence appears:

Because pay equity is premised on the assumption that the worth of different positions across an organization should be compared, use of a single plan to evaluate all jobs is essential.

[43] The Tribunal also noted that the booklet was not developed for use in a litigious context.

[44] The Tribunal then specified, at paragraph 362 of its reasons, the issues that it intended to address with respect to this element of the requirements of subsection 11(1) of the Act:

Consequently, the issues which will be addressed are as follows:

1. What job evaluation system, or plan, was used to undertake the evaluation of the CR and PO jobs/positions, and how reliable was it?
2. What process was used and how reliable was it in analyzing the collected job data/information for purposes of assigning values to the CR and PO jobs/positions considered?
3. What job data/information was collected, and from what sources, and how reliable was it?
4. What were the resulting values attributed to the various CR and PO jobs/positions, and how reliable were they?

[45] The Tribunal turned its mind to the basis upon which it was required to approach the resolution of these issues, stating, at paragraph 410 of its reasons, that there is support for “a flexible case-by-case approach to the determination of how the concept of equal pay for work of equal value is to be effected”.

d’évaluateurs compétents, devait conduire à l’établissement de valeurs fiables quant au travail évalué et comparé. Voici la première phrase du livret que le Tribunal reproduit au paragraphe 358 de ses motifs :

Le plan d’évaluation des emplois est l’élément clé pour déterminer ce qui constitue « des fonctions équivalentes ».

On trouve plus loin la phrase suivante :

Parce que la parité salariale repose sur l’hypothèse qu’il faut comparer différentes fonctions au sein d’un même organisme pour en établir l’équivalence, il est essentiel d’utiliser un seul et même plan pour évaluer tous les postes.

[43] Le Tribunal a également fait observer que livret n’avait pas été conçu pour servir dans un contexte litigieux.

[44] Le Tribunal a ensuite précisé, au paragraphe 362 de ses motifs, les questions qu’il entendait traiter relativement à cet élément des conditions du paragraphe 11(1) de la Loi :

Par conséquent, les questions qui seront traitées sont les suivantes :

1. Quel système ou plan d’évaluation des emplois a été utilisé pour faire l’évaluation des emplois/postes CR et PO et dans quelle mesure était-il fiable?
2. Quel processus a été utilisé et dans quelle mesure était-il fiable quant à l’analyse des données recueillies sur les emplois aux fins de l’attribution de critères d’équivalence des fonctions aux emplois/postes CR et PO examinés?
3. Quelles données sur les emplois/postes ont été recueillies [*sic*], de quelles sources provenaient-elles, dans quelle mesure sont-elles fiables?
4. Quels critères d’équivalence ont été attribués aux divers emplois/postes CR et PO et dans quelle mesure étaient-ils fiables?

[45] Le Tribunal s’est ensuite demandé de quelle manière il devait s’y prendre pour résoudre ces questions, déclarant, au paragraphe 410 de ses motifs, qu’une certaine jurisprudence qui favorisait « une approche flexible, au cas par cas, pour décider comment appliquer le concept de rémunération égale pour un travail de valeur égale ».

[46] At paragraph 411 of its reasons, the Tribunal quoted from the decision of Justice Hugessen in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.), which places the burden of proof in pay equity disputes at the ordinary civil burden of a balance of probabilities. At paragraph 412, the Tribunal framed the issue before it:

These rulings support a call for a standard of reasonableness, there being no such thing as absolute reliability. The application of such a standard will depend very much on the context of the situation under examination. The issue is, then, given all the circumstances of the case before this Tribunal, is it more likely than not that the job information, from its various sources, the evaluation system and the process employed, and the resulting evaluations are, despite any weaknesses, sufficiently adequate to enable a fair and reasonable conclusion to be reached, as to whether or not, under section 11 of the *Act*, there were differences in wages for work of equal value, between the complainant and comparator employees concerned?

[47] In this paragraph, which is in the portion of the Tribunal's reasons dealing with the question of whether the work being compared is equal in value, the Tribunal frames the issue as whether four things, namely, the job information, the evaluation system, the process employed and the resulting evaluations are sufficiently adequate to permit a conclusion to be reached with respect to whether or not there are differences in wages for work of equal value. In particular, the Tribunal focuses on whether these four things are reasonably reliable.

[48] At paragraph 555 of its reasons, the Tribunal reaffirms its focus on "reasonable reliability", stating:

Each of the elements necessary in testing reasonable reliability should be examined. In other words, the job evaluation system chosen should be reasonably reliable, the process and methodology used in evaluating the relevant jobs/positions should be

[46] Au paragraphe 411 de ses motifs, le Tribunal a cité un extrait de l'arrêt *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.), dans lequel le juge Hugessen explique que le fardeau qui incombe au plaignant dans un différend portant sur la parité salariale est la norme qui s'applique habituellement en matière civile, soit celle de la prépondérance des probabilités. Au paragraphe 412, le Tribunal a formulé ainsi la question qui lui était soumise :

Ces décisions appuient le choix de la norme de la décision raisonnable car il n'existe pas de norme de fiabilité absolue. L'application d'une telle norme dépendra en grande partie du contexte de la situation à l'étude. La question, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire dont le Tribunal est saisi, consiste à savoir si, selon toute vraisemblance, les renseignements sur l'emploi, compte tenu de leurs diverses sources, le système d'évaluation, le processus utilisé et les évaluations qui en ont résulté, malgré leurs lacunes, [sont] suffisamment adéquats pour que l'on puisse en arriver à une conclusion juste et raisonnable, quant à savoir, en vertu de l'article 11 de la Loi, s'il existait une différence entre les salaires des employés du groupe plaignant et les salaires des employés du groupe de comparaison pour l'exécution de fonctions équivalentes?

[47] Dans ce paragraphe, qui se trouve dans la partie de ses motifs où il aborde la question de savoir si les fonctions qui sont comparées sont équivalentes, le Tribunal explique que la question est celle de savoir si les quatre éléments, à savoir les renseignements sur les emplois, le système d'évaluation, le processus utilisé et les évaluations qui en ont résulté, sont suffisamment adéquats pour que l'on puisse parvenir à une conclusion quant à savoir s'il existe une différence entre les salaires des employés du groupe plaignant et les salaires des employés du groupe de comparaison pour l'exécution de fonctions équivalentes. Le Tribunal s'attache en particulier à la question de savoir si ces quatre éléments sont raisonnablement fiables.

[48] Au paragraphe 555 de ses motifs, le Tribunal réaffirme l'importance qu'il accorde à la « fiabilité raisonnable », déclarant ce qui suit :

Chacun des éléments nécessaires à la vérification de la fiabilité raisonnable doit être examiné. En d'autres mots, le système d'évaluation des emplois choisi devrait être raisonnablement fiable, le processus et la méthode utilisés lors de

reasonably reliable, and the job information and its sources should be reasonably reliable. The findings of the Tribunal should be based on the civil standard of a balance of probabilities.

It is of note that the Tribunal did not refer to the fourth item that it referred to in paragraph 412 of its reasons, namely the “resulting evaluations”.

[49] The Tribunal went on to determine that reasonable reliability was present on a balance of probabilities.

[50] With respect to the job evaluation system and the process, the Tribunal, at paragraphs 571 and 593 respectively, stated:

Therefore, the Tribunal finds that, on a balance of probabilities, the Hay Plan, whether using the factor comparison method or other approaches, is, in the hands of competent evaluators as were the members of the Professional Team, a suitable overall job evaluation scheme which will address the issues of this “pay equity” Complaint in a reasonably reliable manner.

...

Therefore, the Tribunal finds that it is more likely than not that the evaluation process which the Professional Team used in its work was reasonably reliable.

[51] The Tribunal acknowledged that the determination of reasonable reliability with respect to the matter of job information was a daunting task and in paragraph 673, framed the question as follows:

But, given the somewhat painful and prolonged circumstances of the case before this Tribunal, was the job information “good enough”, on a balance of probabilities, to generate reasonably reliable job/position values that, in turn, could be used to demonstrate whether there was a wage gap?

l'évaluation des emplois et (ou) postes pertinents devraient être raisonnablement fiables et les renseignements sur l'emploi ainsi que leurs sources devraient être raisonnablement fiables. Les conclusions du Tribunal devraient être fondées sur la norme de la prépondérance des probabilités, laquelle est appliquée en matière civile.

Il convient de signaler que le Tribunal n'a pas mentionné le quatrième élément qu'il avait cité au paragraphe 412 de ses motifs, soit celui des « évaluations qui en ont résulté ».

[49] Le Tribunal a poursuivi en se demandant si l'on pouvait conclure à une fiabilité raisonnable, selon la prépondérance des probabilités.

[50] S'agissant du système et du processus d'évaluation des emplois, le Tribunal a déclaré, respectivement aux paragraphes 571 et 593 :

Par conséquent, le Tribunal estime que, selon la prépondérance des probabilités, le plan Hay, qu'il soit utilisé selon sa configuration de la méthode de comparaison des facteurs ou selon d'autres configurations, est, entre les mains d'évaluateurs compétents, comme c'était le cas des membres de l'Équipe professionnelle, une méthode d'évaluation des emplois acceptable dans son ensemble qui permettra de traiter les questions soulevées dans la présente plainte en matière de « parité salariale » d'une manière raisonnablement fiable.

[...]

En ce faisant, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus d'évaluation que l'Équipe professionnelle a utilisé dans le cadre de son travail était raisonnablement fiable.

[51] Le Tribunal a reconnu que l'appréciation de la question de la fiabilité raisonnable des renseignements sur les emplois s'était révélée un défi de taille. Au paragraphe 673, il a formulé la question comme suit :

Mais, compte tenu des circonstances quelque peu pénibles et prolongées de la présente instance dont le Tribunal est saisi, les renseignements sur les emplois étaient-ils « suffisants », selon la prépondérance des probabilités, pour produire des pointages raisonnablement fiables quant aux emplois/postes qui, à leur tour, pouvaient être utilisés pour établir s'il y avait oui ou non un écart de rémunération?

[52] To assist in its determination of whether the job information used by the professional team was reasonably reliable, at paragraph 679 of its reasons, the Tribunal referred to a passage from S. M. Waddams, *The Law of Damages*, loose-leaf ed. (Toronto: Canada Law Book Inc., 2004) at page 13-1:

In Anglo-Canadian law ... the courts have consistently held that if the plaintiff establishes that a loss has probably been suffered, the difficulty of determining the amount of it can never excuse the wrongdoer from paying damages. If the amount is difficult to estimate, the tribunal must simply do its best on the material available, though of course if the plaintiff has not adduced evidence that might have been expected to be adduced if the claim were sound, the omission will tell against the plaintiff. In *Ratcliffe v. Evans*, Bower L.J. said:

As much certainty and particularity must be insisted on, both in pleading and proof of damage, as is reasonable, having regard to the circumstances and to the nature of the acts themselves by which the damage is done. To insist upon less would be to relax old and intelligible principles. To insist upon more would be the vainest pedantry.

[53] Inspired by this idea of making the most of the evidence before the decision maker, the Tribunal arrived at a “spectrum” of reasonable reliability, with one end of the spectrum being very reliable and the other end being minimally reliable. Using this spectrum, at paragraph 683 of its reasons, the Tribunal asked “[w]hile the job information may not meet the degree of reliability that should normally be sought for a ‘pay equity’ situation, is it ‘adequate’ ... for this specific situation?” The Tribunal then analysed the information before it and concluded at paragraph 689:

The Tribunal must confess that navigating the job information through the straits of “reasonable reliability” has not been a relaxing passage. Yet, balancing the evidence presented by all parties and expert witnesses, and under the unique circumstances of this case in the realm of proscribed discrimination human

[52] Pour l’aider à résoudre la question de savoir si les renseignements sur les emplois utilisés par l’équipe professionnelle étaient raisonnablement fiables, le Tribunal a cité, au paragraphe 679 de ses motifs, le passage suivant de l’ouvrage de S. M. Waddams, *The Law of Damages*, édition à feuilles mobiles, Toronto : Canada Law Book Inc., 2004, à la page 13-1 :

[TRADUCTION] [...] en droit anglo-canadien, [...] les tribunaux ont statué de façon constante que dans les cas où la partie demanderesse établit qu’une perte a probablement été subie, la difficulté d’en déterminer le montant ne peut jamais permettre à l’auteur du préjudice de se soustraire au paiement de dommages-intérêts. Si ce montant est difficile à estimer, le tribunal doit simplement faire de son mieux à partir des éléments dont il dispose; évidemment, si la partie demanderesse n’a pas produit une preuve dont on aurait pu s’attendre qu’elle soit produite si la demande était bien fondée, son omission sera interprétée en sa défaveur.

Dans *Ratcliffe c. Evans*, le juge Bower a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] On doit insister sur le plus de certitude et le plus de particularité possible lorsque l’on plaide l’existence d’un préjudice, comme il est raisonnable, compte tenu des circonstances et de la nature des gestes eux-mêmes par lesquels le préjudice est causé. Insister sur moins équivaldrait à assouplir de vieux principes clairs. Insister sur plus équivaldrait à de la pédanterie inutile.

[53] Inspiré par l’idée de tirer le meilleur parti possible des éléments de preuve soumis au décideur, le Tribunal a parlé, en ce qui concerne la fiabilité raisonnable, d’un « spectre » suivant lequel les éléments de preuve étaient considérés comme étant très fiables à une extrémité, et peu fiables, à l’autre extrémité. Recourant à l’analogie du spectre, le Tribunal a déclaré ce qui suit, au paragraphe 683 de ses motifs : « Bien que, il se peut que les renseignements sur les emplois ne rencontrent pas le degré de fiabilité qui est normalement exigé dans une situation de “parité salariale”, “sont-ils adéquats” [...] pour la présente situation? » Le Tribunal a ensuite analysé les renseignements qui lui étaient soumis et a conclu, au paragraphe 689 :

Le Tribunal doit avouer que naviguer au travers des renseignements sur les emplois par les détroits de la « fiabilité raisonnable » n’a pas été un exercice de tout repos. Cependant, en évaluant la preuve présentée par l’ensemble des parties et les témoins experts, et en vertu des circonstances uniques de l’espèce

rights legislation ... the job information, in the hands of the Professional Team, was more likely than not, “reasonably reliable”, or “adequate” as that Team described it, despite certain imperfections.

[54] Though it already appeared to have ruled that the claimants had met the burden of establishing reliability, the Tribunal then further elaborated on the meaning of “reasonable reliability”. At paragraph 693 of its reasons, it defined “reasonable reliability” as “information that is consistently, moderately dependable or in which moderate confidence can be put.” The Tribunal then stated that reliability generally should be viewed as a band, with no one fixed point always considered “reasonable”. Rather, it posited three sub-bands of reasonable reliability: “upper reasonable reliability,” “mid reasonable reliability” and “lower reasonable reliability” (Tribunal decision, at paragraph 696). According to the Tribunal, all three of these sub-bands meet the standard of “reasonable reliability,” but the upper sub-band is preferred.

[55] Working with these sub-bands, the Tribunal characterized the evidence before it as falling in the lower reasonable reliability sub-band. Thus, the Tribunal was able to reiterate the conclusion that it came to in paragraph 689 of its reasons, stating at paragraph 700 of its reasons:

Hence, ... it was more likely than not that the job information utilized by the Professional Team in conducting its job evaluations of the CR and PO positions/jobs pertinent to this case, was reasonably reliable, albeit at the “lower reasonably reliable” sub-band level”.

[56] The Tribunal’s reasons then progressed under a new heading, “**VII. WAGE GAP AND WAGE ADJUSTMENT METHODOLOGY**”. At paragraph 701 of its reasons, the Tribunal stated the next questions that it intended to address:

dans le domaine des motifs de distinction illicite des lois sur les droits de la personne, le Tribunal conclut que les renseignements sur les emplois qui étaient entre les mains de l’Équipe professionnelle, étaient, selon toute vraisemblance, « raisonnablement fiables » ou « adéquats » comme l’Équipe les a décrits, et ce, malgré certaines imperfections.

[54] Bien qu’il semble qu’il avait déjà conclu que la plaignante s’était acquittée du fardeau qui lui incombait d’établir la fiabilité, le Tribunal a poursuivi en proposant d’autres réflexions sur le sens de l’expression « fiabilité raisonnable ». Au paragraphe 693 de ses motifs, il a défini comme suit la notion de « fiabilité raisonnable » : « des renseignements sur les emplois qui sont constamment relativement fiables ou dans lesquelles on peut avoir une confiance modérée ». Le Tribunal a ensuite expliqué il n’y avait pas un seul point précis qui représentait la « fiabilité raisonnable », mais qu’il fallait plutôt envisager la fiabilité de façon générale comme une fourchette d’acceptabilité. Le Tribunal a retenu trois sous-fourchettes possibles : la « fiabilité raisonnable supérieure », la « fiabilité raisonnable médiane » et la « fiabilité raisonnable inférieure » (décision du Tribunal, au paragraphe 696). Suivant le Tribunal, les trois sous-fourchettes en question répondaient toutes à la norme de la « fiabilité raisonnable », mais la fourchette supérieure était celle qui devait être privilégiée.

[55] À l’aide de ces sous-fourchettes, le Tribunal a estimé que les éléments de preuve dont il disposait entraient dans la catégorie de la fiabilité raisonnable inférieure. Le Tribunal était donc en mesure de réitérer la conclusion à laquelle il était arrivé au paragraphe 689 de ses motifs, et a déclaré ce qui suit, au paragraphe 700 de ses motifs :

En conséquence [...] selon toute vraisemblance, les renseignements sur les emplois utilisés par l’Équipe professionnelle lorsqu’elle a effectué ses évaluations des postes/emplois CR et PO pertinents en l’espèce, étaient raisonnablement fiables, bien que situés au niveau de la « sous-fourchette inférieure de la fiabilité raisonnable ».

[56] La section suivante des motifs est coiffée du titre suivant « **VII. L’ÉCART DE RÉMUNÉRATION ET MÉTHODE DE RAJUSTEMENT DES SALAIRES** ». Au paragraphe 701 de ses motifs, le Tribunal a énoncé les questions qu’il entendait examiner :

Having found that it is more likely than not, that the “off-the-shelf” Hay Plan being used in the traditional factor comparison methodology, the process followed and the job information utilized by the Professional Team in conducting its CR and PO positions/jobs evaluations were reasonably reliable, the next questions to be addressed are:

How reliable were the resulting job evaluation values attributed by the Professional Team to the CR positions and PO jobs concerned?

Was a “wage gap” demonstrated between the female and male predominant groups performing work of equal value?

[57] Given the first question posed by the Tribunal, it is apparent that, to this point in its reasons, the Tribunal had not reached a conclusion with respect to the third element referred to in paragraph 257 of its reasons, as it did in paragraphs 283 and 354 of its reasons, in relation to the first two elements referred to in paragraph 257 of its reasons.

[58] Stating only that the credibility of the professional team had been established and that Dr. Wolf was an expert in relation to the Hay Plan, the Tribunal, at paragraph 703 of its reasons, reached the following conclusion:

Accordingly, the Tribunal concludes that it is more likely than not that the aforementioned reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of competent evaluators, as were the Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees.

[59] This conclusion was reiterated by the Tribunal at paragraph 798 of its reasons, in virtually identical language.

(d) Element four—Wage gap

[60] The Tribunal determined, in paragraph 801 of its reasons, that the evidence presented to it was sufficient, on a balance of probabilities, to demonstrate a wage gap,

Ayant conclu, selon toute vraisemblance, que la méthode Hay « ordinaire », laquelle est utilisée dans le cadre de la méthode traditionnelle de comparaison des facteurs, que le processus suivi ainsi que les renseignements sur l’emploi utilisés par l’Équipe professionnelle lorsqu’elle a effectué ses évaluations des postes/emplois CR et PO étaient raisonnablement fiables, les prochaines questions que l’on doit maintenant aborder sont les suivantes :

Dans quelle mesure les valeurs des évaluations des emplois attribuées par l’Équipe professionnelle aux postes CR et aux emplois PO concernés étaient-elles fiables?

A-t-on fait la preuve de l’existence d’un « écart de rémunération » entre les groupes à prédominance féminine et les groupes à prédominance masculine exécutant des fonctions équivalentes?

[57] Compte tenu de la première question posée par le Tribunal, il est évident que, dans ses motifs, le Tribunal n’avait pas encore tiré de conclusion au sujet du troisième élément mentionné au paragraphe 257 de ses motifs, contrairement à ce qu’il avait fait aux paragraphes 283 et 354 de ses motifs relativement aux deux premiers éléments cités au paragraphe 257 de ses motifs.

[58] Se contentant d’affirmer que la crédibilité de l’équipe professionnelle avait été démontrée et que M. Wolf était un expert en ce qui concerne le plan Hay, le Tribunal a tiré la conclusion suivante, au paragraphe 703 de ses motifs :

Par conséquent, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus Hay ainsi que les renseignements sur les emplois raisonnablement fiables susmentionnés, entre les mains d’évaluateurs compétents, comme l’étaient les membres de l’Équipe professionnelle, permettraient l’attribution de valeurs d’évaluation des emplois raisonnablement fiables aux travaux exécutés par les employés CR et par les employés PO.

[59] Le Tribunal a repris en des termes pratiquement identiques la même conclusion au paragraphe 798 de ses motifs.

d) Quatrième élément — Écart de rémunération

[60] Le Tribunal a estimé, au paragraphe 801 de ses motifs, que les éléments de preuve qui lui avaient été présentés étaient suffisants, selon la prépondérance des

thus concluding that the final element required by subsection 11(1) of the Act had been fulfilled.

[61] With respect to the size of the wage gap, the Tribunal accepted the proposal that had been submitted to the CHRC. Then the Tribunal dealt with CPC's contention that this element could not have been satisfied because of insufficient evidence with respect to the non-wage forms of compensation that were received by the CR and PO groups.

[62] The Tribunal accepted the evidence of Dr. Lee on behalf of the complainants to the effect that the levels of non-wage forms of compensation received by both groups of employees were more or less equivalent. In doing so, the Tribunal noted, at paragraph 926 of its reasons, that Dr. Lee was constrained by his late retention by PSAC, and that "[h]e did the best he could given the situation he faced."

[63] At paragraph 927 of its reasons, the Tribunal found that Dr. Lee's report fell in the "lower reasonably reliable" band on its reliability spectrum. As a result, in the Tribunal's view, PSAC had succeeded in establishing that there was no non-wage compensation that needed to be included in determining whether there was a difference in wages between the CR and PO group employees for the purposes of the analysis under section 11 of the Act.

(e) Remedy

[64] The Tribunal then examined how the remedy ordered should reflect the magnitude of the wage gap. It began by comparing the role of damages in human rights law to the role of damages in tort law, noting that the objective in both is to make the victim whole. In this case, that means "restoring the victim to the position or status he or she would have been in had the substantiated discrimination not occurred" (Tribunal decision at paragraph 934).

probabilités, pour démontrer l'existence d'un écart de rémunération, concluant ainsi que le dernier élément exigé par le paragraphe 11(1) de la Loi était respecté.

[61] Pour ce qui est de l'ampleur de l'écart de rémunération, le Tribunal a accepté la proposition qui avait été soumise à la CCDP. Le Tribunal s'est ensuite penché sur l'argument de la SCP suivant lequel cet élément ne pouvait être rempli du fait de l'insuffisance de la preuve sur les formes de rémunération indirecte reçue par les employés du groupe CR et du groupe PO.

[62] Le Tribunal a accepté le témoignage de M. Lee qui affirmait, pour le compte des plaignants, que les formes de rémunération indirecte reçue par les deux groupes d'employés étaient à peu près équivalentes. Pour ce faire, le Tribunal a fait observer, au paragraphe 926 de ses motifs, qu'en conséquence de son embauche tardive, M. Lee n'avait pas eu les coudées franches, et qu'« il avait fait du mieux qu'il a pu, compte tenu de la situation à laquelle il était confronté ».

[63] Au paragraphe 927 de ses motifs, le Tribunal a conclu que le rapport de M. Lee était « d'une fiabilité raisonnable inférieure ». En conséquence, suivant le Tribunal, l'AFPC avait réussi à établir qu'il n'était pas nécessaire de tenir compte de la rémunération indirecte pour décider s'il existait une disparité salariale entre les employés du groupe CR et ceux du groupe PO aux fins de l'analyse à effectuer selon l'article 11 de la Loi.

e) Réparation

[64] Le Tribunal s'est ensuite demandé jusqu'à quel point la réparation accordée devait correspondre à l'ampleur de l'écart de rémunération. Il a commencé par évoquer le rôle que jouent les dommages-intérêts en droit de la personne en comparaison à celui qu'ils jouent en droit de la responsabilité délictuelle, signalant que, dans les deux cas, on cherche à permettre à la victime d'obtenir une réparation intégrale. En l'espèce, « obtenir une réparation intégrale » signifiait que « la partie lésée doit être remise dans la position où elle aurait été si le tort ne s'était pas produit » (décision du Tribunal, au paragraphe 934).

[65] Relying on *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.); *Chopra v. Department of National Health and Welfare*, 2004 CHRT 27, affd sub. Nom. *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393 and *Singh v. Statistics Canada*, [1998] C.H.R.D. No. 7 (QL), the Tribunal held that it could reduce the damages when the magnitude of the damages is uncertain. The Tribunal found that the magnitude of the damages was uncertain in this case because job information and evidence relating to non-wage forms of compensation was only “lower reasonably reliable”.

[66] With this in mind, the Tribunal held that where job information and evidence relating to non-wage forms of compensation is categorized in the “upper reasonable reliability” sub-band, the damages award should reflect 100 percent of the wage gap, where they fall in the “mid reasonable reliability” sub-band, the award should reflect 75 percent of the wage gap, and where they fall in the “lower reasonable reliability” sub-band, the award should be 50 percent or less of the calculated gap. Accordingly, the Tribunal discounted the award to the claimants by 50 percent.

[67] Regarding the time period over which lost wages are to be awarded the Tribunal decided that the compensation period should begin on August 24, 1982, one year before the filing of the complaint and not October 16, 1981, as requested in the complaint. The time period ended on June 2, 2002, when the wage gap was eliminated.

B. Federal Court

[68] The applications Judge heard two applications. In the first, CPC requested judicial review of the decision upholding the complaint. In the second, PSAC requested judicial review of the decision to discount the award of damages by 50 percent. In his reasons, the applications Judge considered five issues:

[65] Se fondant sur les décisions *Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.); *Chopra c. Ministère de la Santé nationale et du Bien-être social*, 2004 TCDP 27, conf. par sub nom. *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393, et *Singh c. Statistique Canada*, [1998] D.C.D.P. n° 7 (QL), le Tribunal a estimé qu’il pouvait réduire le montant des dommages-intérêts lorsque l’ampleur du préjudice était incertaine. Le Tribunal a conclu que l’ampleur du préjudice était incertaine en l’espèce, parce que les renseignements sur les emplois et les éléments de preuve se rapportant aux formes de rémunération indirecte étaient seulement « d’une fiabilité raisonnable inférieure ».

[66] Tenant compte de ce qui précède, le Tribunal a jugé que, lorsque les renseignements sur les emplois et les éléments de preuve se rapportant aux formes de rémunération indirecte sont qualifiés de renseignements relevant de la sous-fourchette de la « fiabilité raisonnable supérieure », les dommages-intérêts devaient correspondre à 100 p. 100 de l’écart de rémunération, et que lorsqu’ils relevaient de la sous-fourchette de la « fiabilité raisonnable inférieure », ils devraient correspondre à 50 p. 100 ou moins de l’écart constaté. Le Tribunal a par conséquent réduit de 50 p. 100 le montant adjugé aux plaignants.

[67] En ce qui concerne la période de temps retenue pour le calcul du salaire perdu, le Tribunal a décidé que la période de rémunération devait commencer le 24 août 1982, soit un an avant la date du dépôt de la plainte, et non le 16 octobre 1981, comme le demandait la plaignante. La période en question s’est terminée le 2 juin 2002, lorsque l’écart de rémunération a été supprimé.

B. La Cour fédérale

[68] Le juge de première instance était saisi de deux demandes. Dans la première, la SCP demandait le contrôle judiciaire de la décision faisant droit à la plainte. Dans la deuxième, l’AFPC demandait le contrôle judiciaire de la décision réduisant de 50 p. 100 le montant accordé à titre de dommages-intérêts. Dans ses motifs, le juge de première instance a examiné les cinq questions suivantes :

- | | |
|--|---|
| (1) whether the Tribunal erred in applying the 1986 Guidelines; | 1) Le Tribunal a-t-il erré en appliquant l'OPS de 1986? |
| (2) whether the Tribunal erred in applying an incorrect standard of proof; | 2) Le Tribunal a-t-il erré en appliquant une norme de preuve incorrecte? |
| (3) whether the Tribunal erred in determining the comparator group; | 3) Le Tribunal a-t-il erré en déterminant le groupe de comparaison? |
| (4) whether the Tribunal erred in holding that once a wage gap has been established, the presumption of discrimination is only rebuttable by factors in the 1986 Guidelines; and | 4) Le Tribunal a-t-il erré en statuant que, dès lors qu'une disparité salariale est établie, la présomption de discrimination peut seulement être réfutée par des motifs énumérés dans l'OPS de 1986? |
| (5) whether the Tribunal erred in discounting the damages by 50 percent. | 5) Le Tribunal a-t-il erré en réduisant les dommages-intérêts de 50 p. 100? |

(a) Applicability of the 1986 Guidelines

a) Applicabilité de l'Ordonnance de 1986

[69] The applications Judge held that the standard of review with respect to the issue of whether the Tribunal erred in retroactively applying the 1986 Guidelines was reasonableness *simpliciter*. (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, had not yet been decided.) In the circumstances, the applications Judge determined that their application by the Tribunal was reasonable and that they were not being applied retroactively.

[69] Le juge de première instance a estimé que, s'agissant de la question de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en appliquant rétroactivement l'Ordonnance de 1986, la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable *simpliciter* (l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, n'avait pas encore été rendu). Le juge de première instance a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, l'Ordonnance de 1986 avait été appliquée de façon raisonnable par le Tribunal et qu'elle n'avait pas été appliquée rétroactivement.

(b) Standard of proof

b) Norme de preuve

[70] The applications Judge also identified reasonableness *simpliciter* as the standard of review with respect to this issue.

[70] Le juge de première instance a également conclu que la norme de contrôle qui s'appliquait à cette question était celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

[71] The applications Judge held that the standard of proof that must be met in order to establish a discriminatory practice under subsection 11(1) of the Act is the ordinary civil burden of the balance of probabilities. He found that the Tribunal recognized this as the correct standard of proof but then misapplied that standard.

[71] Le juge de première instance a expliqué que la charge de preuve dont on devait s'acquitter pour démontrer qu'un acte discriminatoire avait été commis au sens du paragraphe 11(1) de la Loi était la norme civile habituelle de la prépondérance des probabilités. Il a conclu que le Tribunal avait reconnu que c'était la norme de preuve qui s'appliquait, mais il a ajouté que le Tribunal avait mal appliqué cette norme.

[72] The applications Judge referred to the four elements that were identified as essential to the establishment of a *prima facie* case of discrimination under subsection 11(1) of the Act. He stated that the parties before him agreed that the issue of whether the Tribunal applied the proper standard of review focused on the third element. At paragraph 122 of his reasons, the applications Judge further defined his focus, stating:

At the hearing, the parties identified three material facts for the evaluation of the work being compared:

- (1) the reliability of the job information from the occupational groups being compared, including the sources from which the job information was collected;
- (2) the reliability of the evaluation methodology utilized to undertake the evaluations; and
- (3) the reliability of the actual evaluation process undertaken.

After carefully considering the submissions of the parties with respect to these three material facts, the Court will concentrate its standard of proof analysis on the first material fact.

[73] The applications Judge referred to the evidence with respect to the issue of the job information and the Tribunal's findings with respect to that issue. At paragraphs 131 and 132 he stated:

At paragraph 673, the Tribunal held that there is little doubt the job information used in conducting the evaluations "did not meet the standard that one would normally expect from a joint employer-employee 'pay equity' study." Having said that, the Tribunal continued, asking:

... was the job information "good enough", on a balance of probabilities, to generate reasonably reliable job/position values that, in turn, could be used to demonstrate whether or not there was a wage gap?

At this point, the Court notes that the Tribunal appears to be about to apply the balance of probabilities as the standard of proof required to establish the essential element of work of equal value. [Emphasis added.]

[72] Le juge de première instance a mentionné les quatre éléments qui étaient considérés comme essentiels pour établir l'existence d'une preuve *prima facie* de discrimination au sens du paragraphe 11(1) de la Loi. Il a déclaré que les parties qui comparaissaient devant lui avaient convenu que la question de savoir si le Tribunal avait appliqué la bonne norme de contrôle se rattachait au troisième élément. Au paragraphe 122 de ses motifs, le juge de première instance a cerné avec encore plus de précision l'objet de son analyse. Il a déclaré :

À l'audience, les parties ont cerné trois faits pertinents au regard de l'évaluation des fonctions comparées :

- 1) la fiabilité des renseignements sur les emplois appartenant aux groupes professionnels comparés, y compris les sources d'où provenaient ces renseignements sur les emplois;
- 2) la fiabilité de la méthodologie d'évaluation employée pour réaliser les évaluations;
- 3) la fiabilité du processus d'évaluation réalisé lui-même.

Après avoir soigneusement examiné les observations des parties relativement à ces trois faits pertinents, la Cour concentrera son analyse relative à la norme de preuve sur le premier fait pertinent.

[73] En ce qui concerne la question des renseignements sur les emplois, le juge de première instance s'est référé à la preuve et aux conclusions du Tribunal. Voici ce qu'il a écrit, aux paragraphes 131 et 132 :

Au paragraphe 673, le Tribunal a statué qu'il faisait peu de doute que les renseignements sur les emplois utilisés pour réaliser les évaluations « n'ont pas satisfait à la norme à laquelle on est normalement en droit de s'attendre dans le cadre d'une étude conjointe employeur-employé en matière de "parité salariale" ». Après avoir dit cela, le Tribunal a poursuivi en demandant :

[...] les renseignements sur les emplois étaient-ils « suffisants », selon la prépondérance des probabilités, pour produire des pointages raisonnablement fiables quant aux emplois/postes qui, à leur tour, pouvaient être utilisés pour établir s'il y avait oui ou non un écart de rémunération?

À ce stade-ci, la Cour note que le Tribunal semble être sur le point d'appliquer la prépondérance des probabilités comme norme de preuve applicable pour établir l'élément essentiel des fonctions équivalentes. [Non souligné dans l'original.]

[74] The applications Judge found that the Tribunal then veered off track by adopting the passage from Professor Waddams' book, reproduced in paragraph 133 of his reasons, with respect to the principle that when assessing damages, a tribunal must do the best it can with the evidence before it. The applications Judge also found that the Tribunal introduced ambiguity into its application of the standard of proof by its reference to the spectrum analysis.

[75] At paragraph 155 of his reasons, the applications Judge reiterates the obligation of the complainant to prove, on a balance of probabilities, that there were differences in wages for work of equal value between the complainant and the comparator groups. He then stated, at paragraphs 156 to 158 respectively of his reasons:

The Tribunal erred in law in applying a confusing, invented, and novel standard of proof with respect to the reliability of the job information in order to find liability. The Tribunal's finding that the job information evidence was "reasonably reliable" at the "lower-reasonably reliable sub-band" level is less than a finding that the job information was reliable on the balance of probabilities.

The Court's conclusion that the Tribunal did not find that the job information was reliable on the balance of probabilities is indirectly confirmed by the Tribunal's decision to discount the damages by 50 percent. The Tribunal decided to reduce the damages by 50 percent because the "job information" used to determine the wage gap and the non-wage compensation only met the "lower reasonable reliability" standard on the spectrum of reliability. The Tribunal held, at paragraphs 948-949:

Following the spectrum analysis already completed for the two elements of uncertainty, the Tribunal concludes that a wage gap determination based upon "upper reasonable reliability" evidence should, logically, give rise to a 100% award of lost wages, a determination based upon "mid reasonable reliability" to a 75% award, and a determination based upon "lower reasonable reliability" to an award of 50% or less.

Accordingly, the Tribunal concludes that the finally determined award of lost wages for each eligible CR employee, by

[74] Le juge de première instance a conclu que le Tribunal s'était égaré en faisant sien le passage de l'ouvrage du professeur Waddams reproduit au paragraphe 133 de ses motifs concernant le principe selon lequel, lorsqu'il évalue le préjudice subi, un tribunal doit faire de son mieux à la lumière des éléments de preuve dont il dispose. Le juge de première instance a également conclu que le Tribunal avait ajouté une part d'ambiguïté dans l'application de la norme de preuve en introduisant la notion d'analyse spectrale.

[75] Au paragraphe 155 de ses motifs, le juge de première instance a répété qu'il incombe au plaignant d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'il existe des différences de salaire pour des fonctions équivalentes entre le groupe de plaignants et le groupe de comparaison. Il a ensuite déclaré, aux paragraphes 156 à 158 de ses motifs :

Le Tribunal a erré en droit en appliquant une norme de preuve confuse, inventée et inédite relativement à la fiabilité des renseignements sur les emplois afin de conclure à la responsabilité de Postes Canada. Une preuve relative aux renseignements sur les emplois qui, selon le Tribunal, était « raisonnablement fiable » au niveau de la « sous-fourchette inférieure de la fiabilité raisonnable » est moins probante qu'une preuve fiable selon la prépondérance des probabilités.

La conclusion de la Cour selon laquelle le Tribunal n'a pas conclu que les renseignements sur les emplois étaient fiables selon la prépondérance des probabilités est confirmée indirectement par la décision du Tribunal de réduire les dommages-intérêts de 50 p. 100. Le Tribunal a décidé de réduire les dommages-intérêts de 50 p. 100 parce que les « renseignements sur l'emploi » utilisés pour déterminer l'écart salarial et la rémunération non salariale satisfaisaient seulement à la norme de la « fiabilité raisonnable inférieure » de la fourchette de responsabilité. Le Tribunal a statué, aux paragraphes 948 et 949 :

Suite à l'analyse spectrale qui a été effectuée quant à ces deux éléments de l'incertitude, le Tribunal conclut qu'un écart de rémunération fondé sur une preuve de « fiabilité raisonnable supérieure » devrait, logiquement, donner lieu à une adjudication à 100 p. 100 de la perte de salaire, une conclusion fondée sur une « fiabilité raisonnable moyenne » à une adjudication de 75 p. 100, et une conclusion fondée sur une « fiabilité raisonnable inférieure » à une adjudication de 50 p. 100 ou moins.

Par conséquent, le Tribunal conclut que la proposition définitive d'adjudication au titre de la perte de salaire pour chaque

whatever methodology, should be discounted by 50% in line with the lower reasonable reliability status of the relevant job information and non-wage forms of compensation.

This finding demonstrates that the Tribunal was so unsure about the reliability of the job information evidence that it only awarded the complainant 50 percent of its damages. In law, the Tribunal cannot decide to award the complainant only 50 percent of its damages where it is unconvinced that the evidence regarding liability was probably reliable. A party cannot be half liable — half liable means that the evidence is less than probable. By reducing the damage award by 50 percent, the Tribunal indirectly confirms that it does not think that the evidence was reliable on the balance of probabilities. At the end of the hearing, if the evidence on liability is evenly balanced, the balance of probabilities has not been tilted in favour of the complainant, and the complaint must be dismissed.

[76] The applications Judge rejected the arguments of PSAC and the CHRC that the Tribunal reached a conclusion that the balance of probabilities threshold had been met with respect to the work of equal value element. In that regard, the applications Judge rejected the assertion that the conclusion stated in paragraph 801 of the Tribunal's reasons was sufficient to cover this point. At paragraph 160 of his reasons, he refers to the conclusion of the Tribunal at paragraph 703 of its reasons, stating:

For instance, at paragraph 703, the Tribunal identifies the issue before it — i.e., that the material facts are “reasonably reliable”:

Accordingly, the Tribunal concludes that it is more likely than not that the aforementioned reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of competent evaluators, as were the Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees.

In concluding that the material facts must create “reasonably reliable” job values, the Tribunal applies a standard of proof less than reliable on the balance of probabilities. [Emphasis added.]

[77] Finally, the applications Judge noted that the standard of proof that was actually applied by the

employé CR admissible, peu importe la méthode utilisée, devrait être réduite de 50 p. 100 en conformité avec l'état de « fiabilité raisonnable inférieure » des renseignements sur l'emploi pertinents et des formes de rémunération indirecte.

Cette conclusion démontre que le Tribunal était tellement incertain de la fiabilité des éléments de preuve relatifs aux renseignements sur les emplois qu'il a seulement accordé à la plaignante 50 p. 100 de ses dommages-intérêts. En droit, le Tribunal ne peut pas décider d'accorder à la plaignante seulement 50 p. 100 de ses dommages-intérêts s'il n'est pas convaincu que la preuve relative à la responsabilité était probablement fiable. Une partie ne peut pas être à moitié responsable — à moitié responsable signifie que la preuve était moins que probable. En réduisant l'adjudication de dommages-intérêts de 50 p. 100, le Tribunal confirme indirectement qu'il ne pensait pas que les éléments de preuve étaient fiables selon la prépondérance des probabilités. Au terme de l'audience, si la preuve relative à la responsabilité est également partagée, il n'y a pas prépondérance de la preuve en faveur de la partie plaignante, et la plainte doit être rejetée.

[76] Le juge de première instance a écarté les arguments de l'AFPC et de la CCDP suivant lesquels le Tribunal avait conclu que le seuil de la prépondérance des probabilités avait été atteint en ce qui concerne l'élément des fonctions équivalentes. À cet égard, le juge de première instance a rejeté la prétention que la conclusion énoncée au paragraphe 801 des motifs du Tribunal était suffisante pour répondre à cette question. Au paragraphe 160 de ses motifs, le juge a cité la conclusion tirée par le Tribunal au paragraphe 703 de ses motifs :

Par exemple, au paragraphe 703, le Tribunal énonce la question dont il est saisi — à savoir si les faits pertinents sont « raisonnablement fiables » :

Par conséquent, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus Hay ainsi que les renseignements sur les emplois raisonnablement fiables susmentionnés, entre les mains d'évaluateurs compétents, comme l'étaient les membres de l'Équipe professionnelle, permettraient l'attribution de valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables aux travaux exécutés par les employés CR et par les employés PO.

En concluant que les faits pertinents doivent produire des évaluations d'emplois « raisonnablement fiables », le Tribunal applique une norme de preuve moins exigeante que la prépondérance des probabilités. [Non souligné dans l'original.]

[77] Enfin, le juge de première instance a fait observer que la norme de preuve que le Tribunal a effectivement

Tribunal was more akin to a “reasonable basis in the evidence” standard, which is lower than the required balance of probabilities standard.

(c) Comparator Group

[78] The applications Judge then considered whether the Tribunal erred in finding that the PO group was an appropriate comparator group. His conclusion on this issue is set forth in paragraph 207 of his reasons:

While the Tribunal analyzed the evidence about the appropriateness of the PO group as a comparator group, the Court finds the Tribunal unreasonably ignored the factual reality that the largest group of women at Canada Post were the 10 000 women working as “mail sorters” within the PO group, and that these 10 000 women were the best paid unionized employees at Canada Post. The Court finds it unreasonable to choose a comparator group that masked the 10 000 women and, in fact, considered them men for the purposes of section 11. This is contrary to the intent of section 11 and is illogical. Moreover, it is evident that there was no systemic wage discrimination against female employees at Canada Post since the largest group of women within Canada Post were the highest paid of all unionized employees. [Emphasis in original.]

(d) Presumption

[79] The applications Judge subsequently turned to the question of whether the Tribunal erred in holding that only factors in the 1986 Guidelines can be used to rebut the presumption of discrimination based on sex. He concluded that having regard to his conclusions with respect to the issues of the standard of proof and the appropriateness of the comparator group, the issue of the legal presumption did not arise.

(e) Damages

[80] The applications Judge determined that no damages should have been awarded since the complaint had not been established on a balance of probabilities. Finally,

appliquée ressemblait davantage à celle de la « justification raisonnable » qui constitue un seuil moins élevé que la norme de la prépondérance des probabilités.

c) Groupe de comparaison

[78] Le juge de première instance s’est ensuite demandé si le Tribunal avait commis une erreur en concluant que le groupe PO était un groupe de comparaison approprié. Sa conclusion sur cette question se trouve au paragraphe 207 de ses motifs :

Bien que le Tribunal ait analysé les éléments de preuve concernant le caractère approprié du groupe PO comme groupe de comparaison, la Cour estime qu’il était déraisonnable pour le Tribunal de méconnaître le fait que le plus grand groupe de femmes chez Postes Canada était les 10 000 femmes qui travaillaient comme « trieuses de courrier » au sein du groupe PO, et que ces 10 000 femmes étaient les employées syndiquées les mieux payées chez Postes Canada. La Cour trouve déraisonnable de choisir un groupe de comparaison qui masque les 10 000 femmes, et qui a pour effet de les considérer comme des hommes pour l’application de l’article 11. Cela est à la fois contraire à l’objet de l’article 11 et illogique. De plus, il est évident qu’il n’y avait pas de discrimination salariale systémique à l’encontre des femmes employées chez Postes Canada puisque le plus grand groupe de femmes chez Postes Canada était le mieux payé de tous les employés syndiqués. [Souligné dans l’original.]

d) Présomption

[79] Le juge de première instance s’est ensuite penché sur la question de savoir si le Tribunal avait commis une erreur en statuant que seuls les facteurs énumérés dans l’Ordonnance de 1986 pouvaient être utilisés pour réfuter la présomption de discrimination fondée sur le sexe. Il a conclu que, vu ses conclusions sur la question de la norme de preuve et de celle du caractère approprié du groupe de comparaison, la question de la présomption légale ne se posait pas.

e) Dommages-intérêts

[80] Le juge de première instance a estimé qu’aucuns dommages-intérêts n’auraient dû être accordés étant donné que le bien-fondé de la plainte n’avait pas été

the applications Judge lamented the long duration of the proceedings.

établi selon la prépondérance des probabilités. Enfin, le juge de première instance a déploré la longueur des procédures.

(f) Disposition

f) Dispositif

[81] The applications Judge ordered the complaint to be sent back to the Tribunal with the direction that the complaint be dismissed as not substantiated according to the legal standard of proof.

[81] Le juge de première instance a ordonné que la plainte soit renvoyée au Tribunal avec comme instruction de rejeter la plainte au motif qu'elle n'était pas bien fondée selon la norme légale de preuve.

VI. ISSUES

VI. QUESTIONS EN LITIGE

[82] In A-129-08 and A-139-08, PSAC and the CHRC appeal the applications Judge's decision to set aside the Tribunal's decision. In A-130-08, PSAC appeals the applications Judge's dismissal of PSAC's application for judicial review of the portion of the decision that reduced the damages awarded against CPC by 50 percent.

[82] Dans les dossiers A-129-08 et A-139-08, l'AFPC et la CCDP interjettent appel de la décision par laquelle le juge de première instance a annulé la décision du Tribunal. Dans le dossier A-130-08, l'AFPC interjette appel de la décision par laquelle le juge de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'AFPC concernant la partie de la décision du Tribunal réduisant de 50 p. 100 le montant des dommages-intérêts auxquels la SCP avait été condamnée.

[83] The following issues arise in these appeals:

[83] Les présents appels soulèvent les questions suivantes :

(a) whether the Tribunal failed to make a finding that the third element of a *prima facie* case of wage discrimination had been established and if so, whether such a failure would vitiate the Tribunal's decision that such a case of wage discrimination had been made out against CPC;

a) Le Tribunal a-t-il omis de formuler une conclusion sur la question de savoir si le troisième élément de la preuve *prima facie* de discrimination salariale avait été établi et, dans l'affirmative, cette omission aurait-elle pour effet de vicier la décision du Tribunal suivant laquelle il a été établi que la SCP s'est rendue coupable de discrimination salariale?

(b) whether the applications Judge erred in concluding that the Tribunal failed to apply the correct standard of proof with respect to its findings in relation to the elements required to establish a *prima facie* case of discrimination;

b) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en concluant que le Tribunal n'avait pas appliqué la bonne norme de preuve en ce qui concerne ses conclusions sur les éléments requis pour établir une preuve *prima facie* de discrimination?

(c) whether the applications Judge erred by showing insufficient deference to the Tribunal when determining whether the PO group was an appropriate comparator group;

c) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en ne faisant pas preuve de suffisamment de déférence envers le Tribunal pour déterminer si le groupe PO était un groupe de comparaison approprié?

(d) whether the applications Judge erred by referring the complaint back to the Tribunal with the direction that it be dismissed; and

(e) whether the Tribunal erred by discounting damages.

We are of the view that this appeal can be disposed of by reference to the first two of these issues. For the reasons that follow, we are in agreement with the disposition of the applications Judge.

VII. ANALYSIS

A. The role of the Court in this appeal

[84] It is now settled that when this Court hears an appeal from a decision of the Federal Court in an application for judicial review of a decision of an administrative tribunal, this Court's task is to determine whether the reviewing judge correctly identified the standard of review and applied it correctly in reviewing the tribunal's decision. (See *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123.) As stated by Rothstein J.A. (as he then was), in *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, at paragraph 14, "[i]n practical terms, this means that the appellate court itself reviews the tribunal decision on the correct standard of review." Consequently, we will now review the Tribunal's decision on the two issues identified above.

B. Whether the Tribunal erred by failing to make a necessary finding

[85] In the hearings of these appeals, the Court requested the parties to make submissions with respect to whether the Tribunal made a finding that the third element of a *prima facie* case of wage discrimination had been established. It was common ground among the parties, and we agree, that such a failure would be sufficient to vitiate

d) Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en renvoyant la plainte au Tribunal avec pour instruction de rejeter la plainte?

e) Le Tribunal a-t-il commis une erreur en réduisant le montant des dommages-intérêts?

Nous sommes d'avis que le présent appel peut être tranché en répondant aux deux premières questions. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'accord avec le dispositif du juge de première instance.

VII. ANALYSE

A. Rôle de la Cour dans le présent appel

[84] Il est maintenant bien établi que lorsque notre Cour statue sur l'appel d'une décision rendue par la Cour fédérale à la suite d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision d'un tribunal administratif, sa tâche consiste à déterminer si le juge qui était saisi de la demande de contrôle judiciaire a défini la bonne norme de contrôle et l'a appliquée correctement lors du contrôle de la décision du tribunal administratif (*Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23). Ainsi que l'explique le juge Rothstein (alors juge à la Cour d'appel fédérale) dans l'arrêt *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610, au paragraphe 14, « [c]oncrètement, cela signifie que la cour d'appel elle-même révisé la décision administrative en appliquant la norme de contrôle appropriée. » Nous réviserons donc la décision du Tribunal en ce qui concerne les deux questions susmentionnées.

B. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en ne tirant pas une conclusion nécessaire?

[85] Au cours des audiences tenues au sujet des présents appels, la Cour a invité les parties à formuler des observations au sujet de la question de savoir si le Tribunal avait effectivement conclu que le troisième élément de la preuve *prima facie* de discrimination salariale avait été établi. Il était acquis aux débats, et nous sommes du

the Tribunal's decision. Since the applications Judge did not analyse this issue, we will undertake this analysis.

[86] For the reasons that follow, we conclude that the Tribunal failed to make the requisite finding. Specifically, we are of the view that the Tribunal terminated its analysis of the third element after considering the reliability of the evidence related to that element and failed to conclude that such element was established on a balance of probabilities.

(a) Standard of review

[87] The question of whether the failure to make a finding on each of the four elements of a *prima facie* case of wage discrimination would vitiate a conclusion that such a case has been made out against CPC would, in all likelihood, be a pure legal question that would be reviewed on the standard of correctness. However, that question is not in issue. Instead, the question is whether, upon a fair reading of the Tribunal's reasons, it can be said that the Tribunal actually failed to make the requisite finding with respect to the third element. Consideration of this question requires the interpretation of certain general legal principles and the applicable provisions of the Act and the 1986 Guidelines, as well as their application to the facts as found by the Tribunal. Thus, the question may be regarded as one of mixed fact and law. As such, it is to be reviewed on the standard of reasonableness, unless the legal component is readily extricable from the factual component. It may well be possible to extricate the legal component with the result that the standard of review of the extricated question would be correctness. However, in the circumstances, we decline to undertake the task of trying to extricate a discrete legal component from the question, with the result that the standard of reasonableness will be applied.

(b) The general approach to analysing elements of a case of wage discrimination

même avis, que pareille omission serait suffisante pour vicier la décision du Tribunal. Étant donné que le juge de première instance n'a pas analysé cette question, nous allons entreprendre cette analyse.

[86] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que le Tribunal n'a pas tiré la conclusion requise. Plus précisément, nous sommes d'avis que le Tribunal a mis fin à son analyse du troisième élément après avoir examiné la fiabilité des éléments de preuve relatifs à cet élément et qu'il n'a pas conclu que cet élément avait été établi selon la prépondérance des probabilités.

a) Norme de contrôle

[87] La question de savoir si le défaut de tirer une conclusion sur chacun des quatre éléments de la preuve *prima facie* de discrimination salariale vicierait la conclusion que cette preuve avait été faite contre la SCP serait, selon toute vraisemblance, une pure question de droit dont le contrôle s'effectuerait selon la norme de la décision correcte. Cette question n'est toutefois pas en litige. La question qui se pose est plutôt celle de savoir si, en interprétant de façon objective les motifs du Tribunal, on peut affirmer que le Tribunal a effectivement omis de tirer la conclusion requise en ce qui concerne le troisième élément. Pour examiner cette question, il faut interpréter certains principes généraux de droit ainsi que les dispositions applicables de la Loi et de l'Ordonnance de 1986 et les appliquer aux faits constatés par le Tribunal. La question peut donc être considérée comme une question mixte de fait et de droit. Le contrôle de cette question doit donc s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable, à moins que l'on puisse aisément scinder la composante juridique de la composante factuelle. Il se peut fort bien que l'on puisse dissocier la composante juridique, de sorte que la norme de contrôle applicable à la question ainsi dissociée serait celle de la décision correcte. Toutefois, eu égard aux circonstances de l'espèce, nous refusons d'entreprendre la tâche d'essayer d'extraire une composante juridique distincte de la question. C'est donc la norme de la décision raisonnable qui s'appliquera.

b) Méthode générale d'analyse des éléments d'un cas de discrimination salariale

[88] The complainant alleges that CPC violated section 11 of the Act by paying employees in the male-dominated PO group more than employees in the female-dominated CR group for work of equal value.

[89] The basis for the establishment that such a violation has occurred has been well summarized in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*, [1985] 2 S.C.R. 536, a case in which the Supreme Court of Canada found that a rule requiring all employees to work on Saturdays could be discriminatory under the *Ontario Human Rights Code*, R.S.O. 1980, c. 340, even if there was no discriminatory intention on the part of the employer. At page 558, McIntyre J. stated:

To begin with, experience has shown that in the resolution of disputes by the employment of the judicial process, the assignment of a burden of proof to one party or the other is an essential element. The burden need not in all cases be heavy—it will vary with particular cases—and it may not apply to one party on all issues in the case; it may shift from one to the other. But as a practical expedient it has been found necessary, in order to insure a clear result in any judicial proceeding, to have available as a ‘tie-breaker’ the concept of the onus of proof. I agree then with the Board of Inquiry that each case will come down to a question of proof, and therefore there must be a clearly-recognized and clearly-assigned burden of proof in these cases as in all civil proceedings. To whom, should it be assigned? Following the well-settled rule in civil cases, the plaintiff bears the burden. He who alleges must prove. Therefore, under the *Etobicoke* rule as to burden of proof, the showing of a *prima facie* case of discrimination, I see no reason why it should not apply in cases of adverse effect discrimination. The complainant in proceedings before human rights tribunals must show a *prima facie* case of discrimination. A *prima facie* case in this context is one which covers the allegations made and which, if they are believed, is complete and sufficient to justify a verdict in the complainant's favour in the absence of an answer from the respondent-employer. [Emphasis added.]

[90] As previously indicated, in these appeals, it is common ground that in the circumstances of the complaint,

[88] La plaignante accuse la SCP d'avoir contrevenu à l'article 11 de la Loi en rémunérant, pour des fonctions équivalentes, plus généreusement les employés du groupe PO, à prédominance masculine, que ceux du groupe CR, à prédominance féminine.

[89] Les règles à suivre pour démontrer qu'une telle violation s'est produite sont bien résumées dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpson Sears Ltd. et autres*, [1985] 2 R.C.S. 536, dans lequel la Cour suprême du Canada a jugé que l'obligation imposée à tous les employés de travailler le samedi pouvait être discriminatoire au sens du *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, ch. 340, et ce, même si l'employeur n'avait aucune intention discriminatoire. À la page 558, le juge McIntyre écrit :

Pour commencer, l'expérience a montré qu'en matière de règlement judiciaire des différends, l'attribution du fardeau de la preuve à l'une ou l'autre partie est un élément essentiel. Ce fardeau n'est pas toujours nécessairement lourd — il varie en fonction de chaque cas — et il se peut qu'il n'incombe pas à une partie pour tous les points de l'affaire; il peut passer d'une partie à l'autre. Mais, faute de mieux en pratique, on a jugé nécessaire, pour assurer une solution claire dans toute instance judiciaire, d'attribuer le fardeau de la preuve à l'une ou l'autre partie, pour les départager. Par conséquent, je suis d'accord avec la commission d'enquête pour dire que chaque cas se ramène à une question de preuve et donc que, dans ces affaires comme dans toute instance civile, il doit y avoir reconnaissance et attribution claires et nettes du fardeau de la preuve. À qui doit-il incomber? Suivant la règle bien établie en matière civile, ce fardeau incombe au demandeur. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Donc, selon la règle énoncée dans l'arrêt *Etobicoke* quant au fardeau de la preuve, savoir faire une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire de l'existence d'un cas de discrimination, je ne vois aucune raison pour laquelle cela ne devrait pas s'appliquer dans les cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Dans les instances devant un tribunal des droits de la personne, le plaignant doit faire une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a discrimination. Dans ce contexte, la preuve suffisante jusqu'à preuve contraire est celle qui porte sur les allégations qui ont été faites et qui, si on leur ajoute foi, est complète et suffisante pour justifier un verdict en faveur de la plaignante, en l'absence de réplique de l'employeur intimé. [Non souligné dans l'original.]

[90] Comme nous l'avons déjà expliqué, dans les présents appels, il est acquis aux débats qu'eu égard aux

the establishment of a *prima facie* case of wage discrimination requires the complainant to establish four elements on a balance of probabilities. The description of those elements that is contained in paragraph 257 of the Tribunal's reasons has not been challenged by any party.

[91] With respect to the establishment of those elements, a portion of the reasons of Lord Hoffmann in *In re B (Children) (Fc)*, [2008] UKHL 35, at paragraph 2 (one of the U.K. decisions referred to by Justice Rothstein in *F.H. [infra]*) is apposite.

If a legal rule requires a fact to be proved (a “fact in issue”), a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values are 0 and 1. The fact either happened or it did not. If the tribunal is left in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of 0 is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it, a value of 1 is returned and the fact is treated as having happened.

[92] In this context, each of the requisite elements can be regarded as a “fact in issue” that must be proved on a balance of probabilities. Where the Tribunal finds that an element has been proved, such a finding would return a value of one in Lord Hoffmann's binary system. However, where the requisite degree of proof is not present, the “fact in issue” or element has not been proved and, to return to Lord Hoffmann's binary system, a value of zero would be returned.

[93] In its fact-finding analysis with respect to the four elements or “facts in issue”, the Tribunal was required to take the following three steps (the “steps required to find a ‘fact in issue’”).

[94] In the first step, the Tribunal must determine whether evidence relating to the particular “fact in issue” is admissible. This depends on whether such evidence meets certain rules at common law, or rules developed by the Tribunal.

circonstances de la plainte, l'établissement d'une preuve *prima facie* de discrimination salariale oblige la plaignante à établir l'existence de quatre éléments selon la prépondérance des probabilités. On trouve au paragraphe 257 des motifs du Tribunal un exposé de ses éléments qui n'est pas contesté par les parties.

[91] En ce qui concerne la façon de faire la preuve de ces éléments, il convient de citer l'extrait suivant des motifs de lord Hoffmann dans l'arrêt *In re B (Children) (Fc)*, [2008] UKHL 35, au paragraphe 2 (l'un des arrêts du Royaume-Uni cité par le juge Rothstein dans l'arrêt *F.H. [infra]*) :

[TRADUCTION] Lorsqu'une règle de droit exige la preuve d'un fait (le « fait en litige »), le juge ou le jury doit déterminer si le fait s'est ou non produit. Il ne saurait conclure qu'il a pu se produire. Le droit est un système binaire, les seules valeurs possibles étant zéro et un. Ou bien le fait s'est produit, ou bien il ne s'est pas produit. Lorsqu'un doute subsiste, la règle selon laquelle le fardeau de la preuve incombe à l'une ou l'autre des parties permet de trancher. Lorsque la partie à laquelle incombe la preuve ne s'acquitte pas de son obligation, la valeur est de zéro et le fait est réputé ne pas avoir eu lieu. Lorsqu'elle s'en acquitte, la valeur est de un, et le fait est réputé s'être produit.

[92] Dans ces conditions, chacun des éléments exigés peut être considéré comme un « fait en litige » qui doit être établi selon la prépondérance des probabilités. Lorsque le Tribunal conclut qu'un élément a été prouvé, la valeur ainsi obtenue est de un selon le système binaire de lord Hoffmann. Toutefois, lorsque le degré de preuve exigé n'est pas respecté, la preuve du « fait en litige » ou de l'élément n'a pas été faite et, toujours selon le système binaire de lord Hoffmann, la valeur obtenue est de zéro.

[93] Dans son analyse factuelle des quatre éléments ou « faits en litige », le Tribunal devait franchir les trois étapes suivantes (les « étapes requises pour constater un “fait en litige” »).

[94] À la première étape, le Tribunal doit se prononcer sur l'admissibilité des éléments de preuve se rapportant au « fait en litige » concerné, laquelle dépend de la réponse à la question de savoir si les éléments de preuve en question satisfont à certaines règles de common law ou principes élaborés par le Tribunal.

[95] In the second step, the Tribunal must determine the weight to be given to the admissible evidence with respect to the particular “fact in issue”. At this point, the reliability of that evidence is central to the determination of the weight it should receive.

[96] Finally, in the third step, the Tribunal must determine whether the overall standard of proof has been met with respect to the “fact in issue”. In civil matters, the standard of proof is the balance of probabilities. In our view, this standard has been definitively settled by the Supreme Court of Canada in *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, wherein, at paragraphs 40 and 49 respectively, Justice Rothstein stated:

Like the House of Lords, I think it is time to say, once and for all in Canada, that there is only one civil standard of proof at common law and that is proof on a balance of probabilities. Of course, context is all important and a judge should not be unmindful, where appropriate, of inherent probabilities or improbabilities or the seriousness of the allegations or consequences. However, these considerations do not change the standard of proof. I am of the respectful opinion that the alternatives I have listed above should be rejected for the reasons that follow.

...

In the result, I would reaffirm that in civil cases there is only one standard of proof and that is proof on a balance of probabilities. In all civil cases, the trial judge must scrutinize the relevant evidence with care to determine whether it is more likely than not that an alleged event occurred.

Justice Rothstein continued at paragraph 54:

Where the trial judge expressly states the correct standard of proof, it will be presumed that it was applied. Where the trial judge does not express a particular standard of proof, it will also be presumed that the correct standard was applied.

[97] Because all four elements are essential to the establishment of a *prima facie* case of wage discrimination, a value of one must be returned with respect to each of those elements. In other words, if the requisite

[95] À la deuxième étape, le Tribunal doit déterminer la valeur à accorder aux éléments de preuve admissibles relativement au « fait en litige » concerné. Ici, la fiabilité de ces éléments de preuve joue un rôle central pour ce qui est de la valeur à leur attribuer.

[96] Enfin, à la troisième étape, le Tribunal doit déterminer si la norme de preuve générale a été respectée pour ce qui est du « fait en litige ». En matière civile, la norme de preuve applicable est celle de la prépondérance des probabilités. À notre avis, cette norme a été arrêtée de façon péremptoire par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, dans lequel, aux paragraphes 40 et 49 respectivement, le juge Rothstein a déclaré :

Comme l’a fait la Chambre des lords, notre Cour devrait selon moi affirmer une fois pour toutes qu’il n’existe au Canada, en common law, qu’une seule norme de preuve en matière civile, celle de la prépondérance des probabilités. Le contexte constitue évidemment un élément important et le juge ne doit pas faire abstraction, lorsque les circonstances s’y prêtent, de la probabilité ou de l’improbabilité intrinsèque des faits allégués non plus que de la gravité des allégations ou de leurs conséquences. Toutefois, ces considérations ne modifient en rien la norme de preuve. À mon humble avis, pour les motifs qui suivent, il faut écarter les approches énumérées précédemment.

[...]

En conséquence, je suis d’avis de confirmer que dans une instance civile, une seule norme de preuve s’applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu.

Le juge Rothstein a poursuivi, au paragraphe 54 :

[Lorsque le juge du procès] énonce expressément la bonne norme de preuve, il est présumé l’avoir appliquée. Dans le cas où le juge ne renvoie à aucune norme de preuve particulière, on présume également qu’il a appliqué la bonne.

[97] Comme les quatre éléments sont essentiels à l’établissement d’une preuve *prima facie* de discrimination salariale, une valeur de un doit être attribuée à chacun de ces éléments. En d’autres termes, si la norme

level or standard of proof is not met with respect to any element, the complaint must be dismissed as not proved.

de preuve exigée n'est pas respectée en ce qui concerne l'un ou l'autre de ces éléments, la plainte doit être rejetée faute de preuves.

(c) The Tribunal's approach to finding elements of a case of wage discrimination

c) Méthode employée par le Tribunal pour conclure à l'existence des éléments d'un cas de discrimination salariale

[98] Before addressing the question of whether the Tribunal failed to make the requisite finding with respect to the third element, we wish to consider the Tribunal's treatment of the first two elements. Given our disposition of these appeals, it is unnecessary for us to give any consideration to the Tribunal's treatment of the fourth element.

[98] Avant d'aborder la question de savoir si le Tribunal n'a pas tiré la conclusion requise en ce qui concerne le troisième élément, nous souhaitons nous arrêter à la façon dont le Tribunal a analysé les deux premiers éléments. Compte tenu de la façon dont nous tranchons les présents appels, il n'est pas nécessaire d'examiner comment le Tribunal a traité le quatrième élément.

(i) Element one—The comparator group

i) Premier élément — Groupe de comparaison

[99] The Tribunal considered the evidence that was before it in the context of sections 12 and 13 of the 1986 Guidelines and found that the complainant occupational group, the CR group, was a female-dominated group and the comparator occupational group, the PO group, was a male-dominated occupational group for the purposes of those provisions. Having reached this conclusion, the Tribunal went on to conclude, at paragraph 283 of its reasons, that these two groups

[99] Le Tribunal a examiné les éléments de preuve qui lui avaient été soumis en fonction des articles 12 et 13 de l'Ordonnance de 1986 et il a conclu que le groupe professionnel plaignant, le groupe CR, était un groupe à prédominance féminine et que le groupe professionnel de comparaison, le groupe PO, était un groupe professionnel à prédominance masculine pour l'application des dispositions en question. Ayant tiré cette conclusion, le Tribunal a poursuivi en concluant, au paragraphe 283 de ses motifs, que ces deux groupes

... are appropriately designated under section 11 of the *Act* and the 1986 *Guidelines* as representative groups for comparison of work generally performed by women and work generally performed by men. Therefore, the first element necessary to the establishment of a *prima facie* case under section 11 of the *Act* has been met. [Emphasis added.]

... sont désignés de façon appropriée en vertu de l'article 11 de la Loi et de l'OPS de 1986 comme groupes représentatifs pour la comparaison des fonctions généralement exécutées par des femmes et des fonctions généralement exécutées par des hommes. Par conséquent, le premier critère nécessaire à l'établissement d'une preuve *prima facie* en vertu de l'article 11 de la Loi a été rencontré. [Non souligné dans l'original.]

[100] We emphasize this conclusion, without commenting upon its reasonableness, to illustrate that the Tribunal addressed the requirements of this element and found that they had been met. We also note that using Lord Hoffmann's binary system, this finding would return a value of one in relation to the establishment of this element.

[100] Nous soulignons cette conclusion, sans nous prononcer sur sa sagesse, pour illustrer le fait que le Tribunal a examiné les exigences de cet élément et conclu qu'elles étaient satisfaites. Nous signalons également que, si l'on utilise le système binaire proposé par lord Hoffmann, on obtient, avec une telle conclusion, une valeur de un pour ce qui est de l'établissement de cet élément.

(ii) Element two—Employment in the same establishment

[101] In a manner similar to that in which the Tribunal dealt with element one, the Tribunal ascertained the requirements of this element, considered the evidence that was tendered in relation to it and made a finding that the employee groups representing the complainant and the comparator were employed in the same establishment. Then, at paragraph 354 of its reasons, the Tribunal stated, “Accordingly, the second element necessary to the establishment of a *prima facie* case under section 11 of the *Act* has been met” (emphasis added).

[102] Again, we emphasize the clearly stated conclusion of the Tribunal with respect to this element. Also, we reiterate that under Lord Hoffmann’s binary system, this finding would return a value of one in relation to the establishment of this element.

(iii) Element three—Work of equal value

[103] The Tribunal’s description of elements 3 and 4, as stipulated in paragraph 257 of its reasons, is reproduced for convenience:

(3) The value of the work being compared between the two occupational groups has been assessed reliably on the basis of the composite of the skill, effort, and responsibility required in the performance of the work, and the conditions under which the work is performed. The resulting assessment establishes that the work being compared is of equal value.

(4) A comparison made of the wages being paid to the employees of the two occupational groups for work of equal value demonstrates that there is a difference in wages between the two, the predominantly female occupational group being paid a lesser wage than the predominantly male occupational group. This wage difference is commonly called a “wage gap”. [Emphasis added.]

[104] After reaching its conclusion with respect to element two, the Tribunal addressed the third element, posing the following two questions to itself [at paragraph 354]:

ii) Deuxième élément — Employés travaillant dans le même établissement

[101] Comme il l’avait fait lors de son examen du premier élément, le Tribunal a une fois de plus commencé par définir les exigences de cet élément, pour ensuite examiner les éléments de preuve dont il disposait pour conclure, enfin, que les groupes d’employés qui représentaient la plaignante et le groupe de comparaison travaillaient dans le même établissement. Au paragraphe 354 de ses motifs, le Tribunal a ensuite déclaré ce qui suit : « Ce faisant, le deuxième élément nécessaire à l’établissement d’une preuve *prima facie* en vertu de l’article 11 de la Loi a été établi » (non souligné dans l’original).

[102] Là encore, nous soulignons le caractère non équivoque de la conclusion tirée par le Tribunal relativement à cet élément. Nous répétons par ailleurs que, selon le système binaire de lord Hoffmann, on obtient avec cette conclusion une valeur de un en ce qui concerne la question de savoir si cet élément a été établi.

iii) Troisième élément — Fonctions équivalentes

[103] Par souci de commodité, nous reproduisons les explications que le Tribunal a données, au paragraphe 257 de ses motifs, au sujet des éléments 3 et 4 :

(3) La valeur du travail comparé entre les deux groupes professionnels a été évaluée de façon fiable sur le fondement du dosage de qualifications, d’efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail. L’évaluation qui s’ensuit établit que le travail comparé est de valeur égale.

(4) Une comparaison faite entre les salaires versés aux employés des deux groupes professionnels pour des fonctions équivalentes démontre qu’il existe une différence entre les salaires versés entre les deux groupes, le groupe professionnel à prédominance féminine [étant] moins bien rémunéré que le groupe professionnel à prédominance masculine. Cette disparité salariale est communément appelée « écart de rémunération ». [Non souligné dans l’original.]

[104] Après avoir tiré sa conclusion au sujet du deuxième élément, le Tribunal est passé à l’examen du troisième en se posant les deux questions suivantes [au paragraphe 354] :

D. Does the comparison of the work of the Complainant group and the Comparator group establish that the work being compared is equal in value?

Are the jobs/positions data and the process comparing the work of the Complainant and the Comparator groups reliable?

[105] The first of these questions makes it clear that the Tribunal considered the establishment of this element requires a conclusion that a comparison of the work of the two groups reveals that they were performing work of equal value in the same establishment. However, the Tribunal failed to provide any explanation with respect to the substance of this element or any interpretation of the phrase “work of equal value” for the purposes of the question that it posed to itself.

[106] In addition to this failure, the Tribunal also failed to explain how the phrase “work of equal value” applies in the circumstances of the complaint. Such an explanation would be necessary before the Tribunal could make a determination that the third element had been established.

[107] Without these explanations, the Court is put in the position of having to speculate on what the Tribunal may have thought about the meaning of “work of equal value” or attempting to undertake the analysis itself. In our view, the former alternative is impermissible and the latter is unfeasible having regard to the record before us. That said, we would venture to suggest that a fulsome analysis of the proper interpretation of “work of equal value”, conducted on the basis of an adequate record and the application of the criterion in subsection 11(2) of the Act, would permit the conclusion that in cases involving comparisons of the work of occupational groups, the equality of the compared work could be determined on a relative basis. In other words, it would be possible that the work of the occupational groups could be compared, for the purposes of subsection 11(1) of the Act, even if the value of that work was different in absolute terms. For example, the third element might be said to have been established by a finding that two units of the work

D. La comparaison entre le travail effectué par le groupe plaignant et le travail effectué par le groupe de comparaison démontre-t-elle que le travail comparé est de valeur égale?

Les données sur les postes/emplois et le processus de comparaison entre le travail du groupe plaignant et le travail du groupe de comparaison sont-ils fiables?

[105] La première de ces questions montre bien que le Tribunal estimait que, pour établir cet élément, il fallait d’abord conclure que la comparaison des fonctions exécutées par chacun de ces deux groupes démontrait que les salariés qui faisaient partie de ces deux groupes exécutaient des fonctions équivalentes dans le même établissement. Le Tribunal n’a toutefois pas donné d’explications au sujet de la substance de cet élément ni proposé d’interprétation en ce qui concerne l’expression « fonctions équivalentes » pour répondre à la question qu’il se posait.

[106] Outre cette omission, le Tribunal n’a pas non plus expliqué comment l’expression « fonctions équivalentes » s’appliquait, eu égard aux circonstances de la plainte. Pareille explication serait nécessaire avant que le Tribunal puisse se prononcer sur la question de savoir si le troisième élément avait été établi.

[107] À défaut de pareilles explications, la Cour se voit réduite à se livrer à des spéculations sur ce que le Tribunal pensait du sens de l’expression « fonctions équivalentes » ou à tenter elle-même d’entreprendre cette analyse. À notre avis, la première hypothèse est inacceptable et la seconde n’est pas réaliste, vu le dossier qui nous est soumis. Cela étant dit, nous oserions dire qu’une analyse approfondie de l’interprétation qu’il convient de donner à l’expression « fonctions équivalentes » qui reposerait sur un dossier adéquat et sur l’application du critère prévu au paragraphe 11(2) de la Loi permettrait de conclure que, dans les cas portant sur une comparaison des fonctions exercées par des groupes professionnels, l’équivalence des fonctions comparées pourrait être déterminée de façon relative. En d’autres termes, il serait possible de comparer, pour l’application du paragraphe 11(1), les fonctions exercées par les membres des groupes professionnels visés, et ce, même si la valeur de leur travail était carrément différente. Par exemple, on pourrait dire

done by the complainant occupational group equates in value to one unit of work done by the comparator occupational group.

[108] Notwithstanding its failure to provide any explanation of the requirements of the third element, the Tribunal found that to reach a conclusion with respect to the value of the work performed by the complainant and comparator occupational groups, the Tribunal must have evidence with respect to:

- (a) the jobs that are being done in the two groups (the job information);
- (b) the plan or methodology that is to be used to examine and evaluate the job information (the evaluation plan); and
- (c) the process under which the evaluations are actually undertaken (the evaluation process).

[109] The Tribunal then determined that the evidence with respect to the job information, the evaluation plan and the evaluation process must be reliable.

[110] We take no issue with this determination by the Tribunal. However, we are of the view that the presence of reliable evidence with respect to these three matters does not automatically lead to a finding that the third element has been established. Assessing reliability is only the second of the steps required to find a “fact in issue”. In our view, the presence of such evidence is a necessary precondition to a finding that this element had been established. Indeed, a portion of the booklet upon which the Tribunal placed reliance (see Tribunal reasons, paragraph 358) states, “job evaluation plans are the key to determining what constitutes ‘work of equal value’.”

[111] Thus, once this necessary precondition has been fulfilled, the Tribunal would then be in a position to reach

que le troisième élément a été établi si l’on conclut que deux unités de travail effectué par le groupe professionnel plaignant ont la même valeur qu’une unité de travail réalisé par le groupe professionnel de comparaison.

[108] Malgré le fait qu’il n’a donné aucune explication au sujet des exigences que comporte le troisième élément, le Tribunal a estimé que, pour tirer une conclusion sur la valeur du travail exécuté par le groupe professionnel plaignant et le groupe professionnel de comparaison, le Tribunal devait disposer d’éléments de preuve sur :

- a) les fonctions qui sont exécutées par les salariés des deux groupes (les renseignements sur les emplois);
- b) le plan ou la méthodologie à utiliser pour examiner et évaluer les renseignements sur les emplois (le plan d’évaluation);
- c) le processus effectivement utilisé pour procéder à l’évaluation (la méthode d’évaluation).

[109] Le Tribunal a ensuite précisé que les éléments de preuve portant sur les renseignements sur les emplois, le plan d’évaluation et la méthode d’évaluation devaient être fiables.

[110] Nous n’avons rien à redire sur cette conclusion du Tribunal. Nous sommes toutefois d’avis que ce n’est pas parce qu’il existe des éléments de preuve fiables au sujet de ces trois questions qu’on doit nécessairement conclure que le troisième élément a été établi. L’appréciation de la fiabilité n’est que la deuxième des étapes qu’il faut franchir pour pouvoir tirer une conclusion sur un « fait en litige ». À notre avis, l’existence de tels éléments de preuve est une condition préalable qui doit nécessairement être remplie pour qu’on puisse conclure que cet élément a été établi. D’ailleurs, on trouve l’affirmation suivante dans le livret sur lequel le Tribunal s’est fondé (voir les motifs du Tribunal, au paragraphe 358) : « Le plan d’évaluation des emplois est l’élément clé pour déterminer ce qui constitue “des fonctions équivalentes”. »

[111] Ainsi, dès lors que cette condition préalable obligatoire est remplie, le Tribunal serait en mesure de

a conclusion that element three had been established. Unfortunately, we have been unable to discern any portion of the Tribunal's reasons in which a conclusion with respect to this element has been reached.

[112] In our respectful view, the Tribunal became confused, and therefore fell into error, when it conflated the requisite conclusion with respect to the third element—that the work of the two groups that was being compared was of equal value on a relative basis—with the three evidentiary matters that must be present to permit that conclusion to be reached. This confusion is evident in paragraph 362 of the Tribunal's reasons, wherein it framed four issues that it wished to consider. For ease of reference, paragraph 362 is reproduced:

Consequently, the issues which will be addressed are as follows:

1. What job evaluation system, or plan, was used to undertake the evaluation of the CR and PO jobs/positions, and how reliable was it?
2. What process was used and how reliable was it in analyzing the collected job data/information for purposes of assigning values to the CR and PO jobs/positions considered?
3. What job data/information was collected, and from what sources, and how reliable was it?
4. What were the resulting values attributed to the various CR and PO jobs/positions, and how reliable were they?

[113] In our view, the determinations in relation to the first three issues specified by the Tribunal—the existence of evidence with respect to the evaluation plan, the evaluation process and the job information and the reliability of such evidence—are essential inputs that must be present before a conclusion can be reached with respect to whether, on a relative basis, the work being compared is of equal value. However, we believe that the “resulting values”, referred to as the fourth issue, are the actual conclusion that the Tribunal is required to make with respect to the third element. It is these values that permit the determination that, on a relative basis, the work of the two groups that is being performed is of equal

conclure que le troisième élément a été établi. Malheureusement, il nous a été impossible de repérer dans les motifs du Tribunal un passage où il aurait tiré une conclusion sur cet élément.

[112] À notre humble avis, le Tribunal s'est embrouillé et a par conséquent commis une erreur en confondant la conclusion qu'il devait tirer au sujet du troisième élément — en l'occurrence que le travail des deux groupes faisant l'objet de la comparaison était, relativement parlant, de valeur égale — avec les trois éléments qui doivent être établis pour pouvoir tirer cette conclusion. Cette confusion est évidente au paragraphe 362 des motifs où le Tribunal formule les quatre questions qu'il souhaitait examiner. Par souci de commodité, nous reproduisons le paragraphe 362 :

Par conséquent, les questions qui seront traitées sont les suivantes :

1. Quel système ou plan d'évaluation des emplois a été utilisé pour faire l'évaluation des emplois/postes CR et PO et dans quelle mesure était-il fiable?
2. Quel processus a été utilisé et dans quelle mesure était-il fiable quant à l'analyse des données recueillies sur les emplois aux fins de l'attribution de critères d'équivalence des fonctions aux emplois/postes CR et PO examinés?
3. Quelles données sur les emplois/postes ont été recueillies, de quelles sources provenaient-elles, dans quelle mesure sont-elles fiables?
4. Quels critères d'équivalence ont été attribués aux divers emplois/postes CR et PO et dans quelle mesure étaient-ils fiables?

[113] À notre avis, les conclusions qui doivent être tirées au sujet des trois premières questions précisées par le Tribunal — l'existence d'éléments de preuve portant sur le plan d'évaluation, la méthode d'évaluation et les renseignements sur les emplois, et la fiabilité de ces éléments de preuve — sont des éléments essentiels qui doivent être réunis avant de pouvoir tirer une conclusion sur la question de savoir si, relativement parlant, le travail faisant l'objet de la comparaison est de valeur égale. Nous estimons toutefois que les « critères d'équivalence », mentionnés à la quatrième question, correspondent en fait à la conclusion que le Tribunal doit tirer relativement au troisième élément. Ce sont ces critères

value. And, as has been stated earlier, the conclusion with respect to this element or “fact in issue” must be established on a balance of probabilities.

[114] A further indication of this conflation on the part of the Tribunal can be found in paragraph 412 of its reasons, in particular, the following sentence:

The issue is, then, given all the circumstances of the case before this Tribunal, is it more likely than not that the job information, from its various sources, the evaluation system and the process employed, and the resulting evaluations are, despite any weaknesses, sufficiently adequate to enable a fair and reasonable conclusion to be reached, as to whether or not, under section 11 of the *Act*, there were differences in wages for work of equal value, between the complainant and comparator employees concerned? [Emphasis added.]

In our view, the “resulting evaluations” are the conclusion that the Tribunal is required to make with respect to this element and should not be intertwined with findings of reliability. In other words, a finding by the Tribunal that the evidence tendered with respect to the determination of the relative value of work that is being compared is reliable is not the equivalent of a finding by the Tribunal, after considering all of the evidence before it, that, on a relative basis, the work being compared is of equal value, as required by subsection 11(1) of the *Act*.

[115] At paragraph 555, the Tribunal concludes that it must test, assess or weigh the reasonable reliability of the job information, the evaluation plan and the evaluation process using the “civil standard of a balance of probabilities”. It then goes on to make these determinations with respect to the evaluation plan and the evaluation process stating at paragraphs 571 and 593 respectively:

d’équivalence qui permettent de conclure, que le travail exécuté par les salariés des deux groupes est de valeur égale, relativement parlant. Et, comme nous l’avons déjà dit, la conclusion à tirer quant à cet élément ou « fait en litige » doit être établie selon la prépondérance des probabilités.

[114] On trouve un autre indice de cette confusion du Tribunal au paragraphe 412 de ses motifs, et en particulier dans l’extrait suivant :

La question, compte tenu de l’ensemble des circonstances de l’affaire dont le Tribunal est saisi, consiste à savoir si, selon toute vraisemblance, les renseignements sur l’emploi, compte tenu de leurs diverses sources, le système d’évaluation, le processus utilisé et les évaluations qui en ont résulté, malgré leurs lacunes, sont-ils suffisamment adéquats pour que l’on puisse en arriver à une conclusion juste et raisonnable, quant à savoir, en vertu de l’article 11 de la Loi, s’il existait une différence entre les salaires des employés du groupe plaignant et les salaires des employés du groupe de comparaison pour l’exécution de fonctions équivalentes? [Non souligné dans l’original.]

À notre avis, les « évaluations qui en ont résulté » sont la conclusion que le Tribunal est tenu de tirer en ce qui concerne cet élément et elles ne doivent pas être entremêlées avec les conclusions portant sur la fiabilité. En d’autres termes, une conclusion du Tribunal suivant laquelle les éléments de preuve soumis au sujet de la détermination de la valeur relative du travail faisant l’objet de la comparaison sont fiables ne saurait être assimilée à une conclusion du Tribunal suivant laquelle, vu l’ensemble des éléments de preuve dont il dispose, les fonctions faisant l’objet de la comparaison sont, relativement parlant, équivalentes, au sens du paragraphe 11(1) de la Loi.

[115] Au paragraphe 555, le Tribunal a expliqué qu’il doit évaluer, apprécier ou soupeser les éléments nécessaires à la vérification de la fiabilité raisonnable des renseignements sur les emplois, du plan d’évaluation et de la méthode d’évaluation, à l’aide de la « norme de la prépondérance des probabilités, laquelle est appliquée en matière civile ». Le Tribunal a poursuivi en tirant les conclusions qui suivent au sujet du plan d’évaluation et de la méthode d’évaluation. Il a déclaré, aux paragraphes 571 et 593 respectivement :

Therefore, the Tribunal finds that, on a balance of probabilities, the Hay Plan, whether using the factor comparison method or other approaches, is, in the hands of competent evaluators as were the members of the Professional Team, a suitable overall job evaluation scheme which will address the issues of this “pay equity” Complaint in a reasonably reliable manner.

...

Therefore, the Tribunal finds that it is more likely than not that the evaluation process which the Professional Team used in its work was reasonably reliable. [Emphasis added.]

[116] The Tribunal then considered the “daunting task” of testing the reasonable reliability of the job information evidence. Acknowledging the difficulty in assessing this evidence, the Tribunal found it helpful to consider the approach espoused by Professor Waddams (reproduced at paragraph 679 of the Tribunal’s reasons) with respect to proof of damages, namely that the court must make the most of, or do the best it can with, the available evidence.

[117] In addition, the Tribunal determined that, for the purposes of assessing the reasonable reliability of the job information, it was appropriate to consider “three sub-bands of reasonable reliability”. Using this construct, the Tribunal determined that the job information evidence was nonetheless reasonably reliable, stating at paragraph 700:

Hence, the Tribunal found, as stated in paragraph [689], that it was more likely than not that the job information utilized by the Professional Team in conducting its job evaluations of the CR and PO positions/jobs pertinent to this case, was reasonably reliable, albeit at the “lower reasonably reliable” sub-band level.

[118] With respect, we find that the use of the balance of probabilities standard in relation to the assessment of the reliability of evidence with respect to intermediate facts to be unusual and the use of “sub-bands of reasonable reliability” for that purpose to be even more unusual.

Par conséquent, le Tribunal estime que, selon la prépondérance des probabilités, le plan Hay, qu’il soit utilisé selon sa configuration de la méthode de comparaison des facteurs ou selon d’autres configurations, est, entre les mains d’évaluateurs compétents, comme c’était le cas des membres de l’Équipe professionnelle, une méthode d’évaluation des emplois acceptable dans son ensemble qui permettra de traiter les questions soulevées dans la présente plainte en matière de « parité salariale » d’une manière raisonnablement fiable.

[...]

En ce faisant, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus d’évaluation que l’Équipe professionnelle a utilisé dans le cadre de son travail était raisonnablement fiable. [Non souligné dans l’original.]

[116] Le Tribunal s’est ensuite attaqué au « défi de taille » d’évaluer la fiabilité raisonnable des renseignements sur les emplois. Reconnaisant la difficulté que comporte l’appréciation de ces éléments de preuve, le Tribunal a trouvé utile d’examiner l’approche retenue par le professeur Waddams (reproduite au paragraphe 679 des motifs du Tribunal) pour établir le préjudice subi, à savoir que le tribunal doit faire de son mieux à partir des éléments dont il dispose.

[117] Le Tribunal a en outre estimé que, pour pouvoir déterminer si les renseignements sur les emplois étaient raisonnablement fiables, il convenait d’envisager « trois sous-fourchettes de fiabilité raisonnable ». Appliquant ce concept, le Tribunal a estimé que les renseignements sur les emplois étaient néanmoins raisonnablement fiables. Voici ce qu’il a écrit, au paragraphe 700 :

En conséquence, le Tribunal a conclu que, comme il a été précisé au paragraphe [689], selon toute vraisemblance, les renseignements sur les emplois utilisés par l’Équipe professionnelle lorsqu’elle a effectué ses évaluations des postes/emplois CR et PO pertinents en l’espèce, étaient raisonnablement fiables, bien que situés au niveau de la « sous-fourchette inférieure de la fiabilité raisonnable ».

[118] En toute déférence, nous trouvons inusitée cette façon d’appliquer la norme de la prépondérance des probabilités pour évaluer la fiabilité d’éléments de preuve portant sur des faits intermédiaires et nous considérons encore plus inusité le recours à des « sous-fourchettes de

In our view, the Tribunal's findings with respect to the reliability of the evidence pertaining to the job information, the evaluation plan and the evaluation process are nothing more than findings that such evidence has some probative value and is worthy of consideration by the Tribunal. However, findings that evidence is reliable or worthy of consideration do not necessarily lead to the conclusion that such evidence has sufficient probative value to establish the third element, the "fact in issue" in respect of which such evidence was tendered. Again, in our view, the Tribunal has failed to reach the third of the steps required to find a "fact in issue" and has terminated its analysis at the second step.

[119] Having made its finding that the evidence with respect to the job information was reasonably reliable, the Tribunal, at paragraph 701 of its reasons, asked itself the following question, "How reliable were the resulting job evaluation values attributed by the Professional Team to the CR positions and PO jobs concerned?"

[120] The Tribunal then answered this question in paragraph 703 of its reasons, stating:

Accordingly, the Tribunal concludes that it is more likely than not that the aforementioned reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of competent evaluators, as were the Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees.

[121] The applications Judge concluded that the Tribunal's finding of reasonably reliable job values in this paragraph fell short of a finding that the third element had been established on a balance of probabilities. We are in agreement with his conclusion in that regard.

[122] To reiterate, the establishment of the third element requires a finding that the assessment of the value of the work performed by the two groups proves, on a balance

fiabilité raisonnable » à cette fin. À notre avis, les conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la fiabilité des éléments de preuve se rapportant aux renseignements sur les emplois, au plan d'évaluation et à la méthode d'évaluation ne sont rien de plus que des conclusions suivant lesquelles ces éléments de preuve avaient une certaine valeur probante et méritaient d'être examinés par le Tribunal. Ce n'est cependant pas parce qu'on conclut que ces éléments de preuve sont fiables ou qu'ils méritent d'être examinés qu'on conclut nécessairement que ces éléments de preuve ont une valeur probante suffisante pour établir le troisième élément, en l'occurrence le « fait en litige » à l'égard duquel ces éléments de preuve ont été présentés. Là encore, nous estimons que le Tribunal n'a pas franchi la troisième des étapes qu'il devait suivre pour tirer une conclusion au sujet d'un « fait en litige » et nous estimons qu'il a mis fin à son analyse dès la deuxième étape.

[119] Ayant conclu que les éléments de preuve portant sur les renseignements sur les emplois étaient raisonnablement fiables, le Tribunal s'est posé la question suivante, au paragraphe 701 de ses motifs : « Dans quelle mesure les valeurs des évaluations des emplois attribuées par l'Équipe professionnelle aux postes CR et aux emplois PO concernés étaient-elles fiables? »

[120] Le Tribunal a répondu de la façon suivante à cette question au paragraphe 703 de ses motifs :

Par conséquent, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus Hay ainsi que les renseignements sur les emplois raisonnablement fiables susmentionnés, entre les mains d'évaluateurs compétents, comme l'étaient les membres de l'Équipe professionnelle, permettraient l'attribution de valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables aux travaux exécutés par les employés CR et par les employés PO.

[121] Le juge de première instance a conclu que la conclusion tirée dans ce paragraphe par le Tribunal au sujet des valeurs d'évaluation raisonnablement fiables n'équivalait pas à la conclusion que le troisième élément avait été établi selon la prépondérance des probabilités. Nous souscrivons à la conclusion du juge à cet égard.

[122] Encore une fois, l'établissement du troisième élément exige que l'on conclue que l'appréciation de la valeur du travail exécuté par les deux groupes démontre,

of probabilities, that on a relative basis, the work being compared is of equal value. With respect, a finding that the value attributed to the work being compared is reasonably reliable cannot reasonably be said to be a finding that the work that is being compared is of equal value.

[123] We accept that because the Tribunal has correctly stated the standard of proof, it is entitled to the presumption that it has applied the correct standard of proof. However, the presumption cannot reasonably be considered to turn a finding that the value attributed to the work being compared is reasonably reliable into a finding that the work that is being compared is of equal value. At most, the presumption suggests that the Tribunal has found that the value attributed to the work being compared is reasonably reliable on a balance of probabilities, which is sufficient only to complete the second step required to establish a “fact in issue”. Accordingly, we are unable to conclude that paragraph 703 of the Tribunal’s reasons can reasonably be considered to contain a finding that the third element has been established. Certainly, it is not written in the same clear manner as paragraphs 283 and 354 of the Tribunal’s reasons, which stipulate that each of elements one and two has been established.

[124] Similarly, we do not accept that the first sentence of paragraph 801 of the Tribunal’s reasons can reasonably be considered to establish that the third element has been met. That sentence reads as follows:

The Tribunal accepts that the evidence of the Professional Team, both through the *viva voce* evidence of Dr. Wolf and also through the presentation of the Team’s Reports to the Tribunal, is sufficient, on a balance of probabilities, to demonstrate a wage gap when the work of the predominantly female CR’s was compared with the work of equal value being performed by the predominantly male PO’s at Canada Post.

Fairly interpreted, that sentence addresses no more than the acceptance by the Tribunal that the fourth element,

selon la prépondérance des probabilités, que, relativement parlant, les fonctions faisant l’objet de la comparaison sont équivalentes. En toute déférence, on ne saurait raisonnablement considérer que la conclusion que la valeur attribuée au travail faisant l’objet de la comparaison est raisonnablement fiable est une conclusion suivant laquelle les fonctions qui faisaient l’objet de la comparaison étaient effectivement des fonctions équivalentes.

[123] Nous acceptons le fait que, parce que le Tribunal a correctement énoncé la norme de preuve, il a le droit d’être présumé avoir appliqué la bonne norme de preuve. Cependant, cette présomption ne saurait raisonnablement permettre de transformer sa conclusion que la valeur attribuée au travail faisant l’objet de la comparaison est raisonnablement fiable en une conclusion que les fonctions faisant l’objet de la comparaison sont équivalentes. La présomption permet tout au plus de penser que le Tribunal a conclu que la valeur attribuée au travail faisant l’objet de la comparaison est raisonnablement fiable selon la prépondérance des probabilités, ce qui n’est suffisant que pour franchir la deuxième étape exigée pour établir un « fait en litige ». En conséquence, il nous est impossible de conclure que l’on peut raisonnablement considérer qu’on trouve au paragraphe 703 des motifs du Tribunal la conclusion que le troisième élément a été établi. Ce paragraphe n’est certainement pas rédigé de façon aussi claire que les paragraphes 283 et 354 des motifs du Tribunal, où ce dernier précise bien que le premier et le deuxième éléments sont établis.

[124] Dans le même ordre d’idées, nous ne croyons pas que l’on puisse raisonnablement considérer que la première phrase du paragraphe 801 des motifs du Tribunal démontre que le troisième élément a été établi. Voici le texte de cette phrase :

Le Tribunal accepte que la preuve de l’Équipe professionnelle, qu’il s’agisse du témoignage de vive voix de M. Wolf ou qu’il s’agisse des rapports présentés par l’Équipe au Tribunal, suffit, selon la prépondérance des probabilités, à démontrer l’existence d’un écart de rémunération lorsque, à Postes Canada, le travail exécuté par le groupe des CR à prédominance féminine est comparé au travail de valeur égale exécuté par le groupe des PO à prédominance masculine.

Interprétée comme il se doit, cette phrase ne concerne que l’acceptation, par le Tribunal, du fait que le quatrième

which relates to the wages paid to employees in the two groups, has been established. Furthermore, paragraph 801 is found in section VII of the Tribunal's reasons entitled "**VII. WAGE GAP AND WAGE ADJUSTMENT METHODOLOGY**", which follows the section of the reasons in which a conclusion with respect to the third element would have been expected to have been reached.

[125] It is apparent that the Tribunal was aware of the requirement to make findings with respect to each of the four elements of a *prima facie* case of wage discrimination. Indeed, in paragraphs 283 and 354 of its reasons, the Tribunal made such findings in relation to the first and second elements in clear and unequivocal terms. The failure to make a clear and unequivocal finding that the third element had been established is as clear to us as are the Tribunal's findings that the first two elements had been established.

[126] No reasons were given by the Tribunal for its failure to make a finding that the third element had been established. And, in our view, no justifiable, transparent or intelligible reasons could be offered to support that failure. Moreover, given the Tribunal's awareness of the requirement to make such findings with respect to all four of the elements and the fact that it made two such findings in clear and unequivocal terms, we are hard pressed to conclude that the failure to make a finding that this important element was established was due to inadvertence or that such a finding should be considered to be implicit in its reasons.

[127] In the result, we are of the view that the Tribunal cannot reasonably be considered to have made a finding that the third element of a *prima facie* case of wage discrimination has been established. It follows, in our view, that in the absence of such a finding, it is a sufficient basis upon which to dismiss the complaint. To return to Lord Hoffmann's binary system, the failure of the Tribunal to find that this element had been established leads to a value of zero being returned.

élément, qui se rapporte au salaire versé aux employés des deux groupes, a été établi. Qui plus est, le paragraphe 801 se trouve dans la section VII des motifs du Tribunal intitulée « **VII. L'ÉCART DE RÉMUNÉRATION ET MÉTHODE DE RAJUSTEMENT DES SALAIRES** », qui suit la section des motifs où l'on se serait attendu à ce que le Tribunal tire une conclusion au sujet du troisième élément.

[125] De toute évidence, le Tribunal était conscient du fait qu'il était tenu de tirer des conclusions relativement à chacun des quatre éléments permettant de conclure à une preuve *prima facie* de discrimination salariale. D'ailleurs, aux paragraphes 283 et 354 de ses motifs, le Tribunal a formulé dans des termes clairs et sans équivoque ce genre de conclusion au sujet du premier et du deuxième éléments. Le défaut du Tribunal de conclure de façon tout aussi claire et non équivoque que le troisième élément avait été établi nous apparaît tout aussi évident que la conclusion du Tribunal suivant laquelle les deux premiers éléments avaient été établis.

[126] Le Tribunal n'a pas motivé son défaut de conclure que le troisième élément avait été établi. Nous estimons d'ailleurs qu'il ne pouvait avancer de motifs justifiables, transparents ou intelligibles pour justifier cette omission. Qui plus est, compte tenu du fait que le Tribunal était conscient du fait qu'il devait tirer de telles conclusions au sujet de chacun de quatre éléments et du fait qu'il a effectivement tiré une telle conclusion sur deux de ces éléments, et ce, en des termes clairs et sans équivoque, nous avons du mal à conclure que l'omission de conclure que cet élément important était établi a été commise par inadvertance ou que cette conclusion devrait être considérée comme étant implicitement exprimée dans les motifs du Tribunal.

[127] Nous sommes par conséquent d'avis que le Tribunal ne peut raisonnablement être considéré comme ayant conclu que le troisième élément d'une preuve *prima facie* de discrimination salariale a été établi. Il s'ensuit, selon nous, que le fait que le Tribunal a fait défaut de tirer cette conclusion constitue un motif suffisant pour rejeter la plainte. Pour reprendre le système binaire de lord Hoffmann, on obtient une valeur de zéro en raison du défaut du Tribunal de conclure que cet élément avait été établi.

C. Whether the Tribunal applied the incorrect standard of proof

[128] The applications Judge found that the Tribunal correctly stated that the standard of proof with respect to the four elements is the balance of probabilities. No party takes issue with this finding. In addition, having regard to the presumption referred to by Rothstein J. in *F.H.*, the Tribunal is presumed to have applied the correct standard of proof. The issue then becomes whether it can be said that this presumption has been rebutted having regard to the reasons of the Tribunal read as a whole.

[129] The applications Judge addressed this issue in the context of the third element and that will be our focus as well.

(a) Standard of review

[130] The question of whether the Tribunal applied the correct standard of proof is a question of mixed fact and law that contains no readily extricable legal issue. Accordingly, the standard of review of this question is reasonableness.

(b) Did the Tribunal apply the correct standard of proof?

[131] Earlier in these reasons, we concluded that the Tribunal erred to the extent that it held that the establishment of the third element would automatically result from findings that reasonably reliable evidence had been adduced with respect to the job evaluations, the evaluation plan and the evaluation process.

[132] To the extent that the Tribunal's view has any validity, each of the three evidentiary matters would have to be characterized as an essential element or "fact in issue", which would have to be established on a balance of probabilities, rather than an intermediate fact. On that basis, the complaint would still be doomed to fail. In our view, the findings that the Tribunal made with respect to each of these matters, in paragraphs 571, 593 and 700 of

C. Le Tribunal a-t-il appliqué une norme de preuve incorrecte?

[128] Le juge de première instance a conclu que c'était à bon droit que le Tribunal avait déclaré que la norme de preuve applicable en ce qui concerne les quatre éléments en question était celle de la prépondérance des probabilités. Nul ne conteste cette conclusion. De plus, compte tenu de la présomption citée par le juge Rothstein dans l'arrêt *F.H.*, le Tribunal est présumé avoir appliqué la bonne norme de preuve. Il s'agit donc de savoir si l'on peut dire que cette présomption a été réfutée, vu l'ensemble des motifs du Tribunal.

[129] Le juge de première instance a examiné cette question lors de son analyse du troisième élément et c'est également sous cet angle que nous allons l'aborder.

a) Norme de contrôle

[130] La question de savoir si le Tribunal a appliqué la bonne norme de preuve est une question mixte de fait et de droit dont on pourrait aisément isoler une question de droit. Cette question est par conséquent soumise à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

b) Le Tribunal a-t-il appliqué la bonne norme de preuve?

[131] Plus tôt dans les présents motifs, nous avons conclu que le Tribunal avait commis une erreur dans la mesure où il avait estimé que l'établissement du troisième élément découlerait automatiquement de la conclusion que des éléments de preuve raisonnablement fiables avaient été présentés relativement à l'évaluation des emplois, au plan d'évaluation et à la méthode d'évaluation.

[132] Dans la mesure où l'opinion du Tribunal est valide, il faudrait considérer chacune des trois questions de preuve, non pas comme un fait intermédiaire, mais plutôt comme un élément essentiel ou un « fait en litige », dont il faudrait faire la preuve selon la prépondérance des probabilités. Dans cette hypothèse, la plainte serait quand même vouée à l'échec. À notre avis, les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de chacune de ces

its reasons, to the effect that these matters were “reasonably reliable”, constitute findings that fall short of the requisite standard of proof on a balance of probabilities.

[133] Having made a finding, at paragraph 700 of its reasons, that the evidence with respect to the job information was reasonably reliable, the Tribunal, at paragraph 701 of its reasons, asked itself the following question, “How reliable were the resulting job evaluation values attributed by the Professional Team to the CR positions and PO jobs concerned?”

[134] The Tribunal then answered this question, at paragraph 703 of its reasons, stating:

Accordingly, the Tribunal concludes that it is more likely than not that the aforementioned reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of competent evaluators, as were the Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees.

[135] The applications Judge concluded that the Tribunal’s finding of reasonably reliable job values in this paragraph fell short of a finding that the third element had been established on a balance of probabilities. We are in agreement with his conclusion in that regard.

[136] In addition, we note that the Tribunal found, at paragraphs 699 and 941 of its reasons, that the job information used in evaluating the CR positions and the PO positions was “lower reasonably reliable”. This led the Tribunal to conclude that there was a “significant degree of uncertainty” in the job information. The Tribunal then made the following comments in paragraphs 943, 944, 948 and 949:

Taking into account these elements of uncertainty which affect the very crucial aspect of determining the extent of the wage gap, it is, in the Tribunal’s view, more likely than not that if the job information and the non-wage benefits had been “upper reasonably reliable,” the resulting wage gap would have

questions, aux paragraphes 571, 593 et 700 de ses motifs, étaient « raisonnablement fiables » constituent des conclusions qui ne satisfont pas à la norme de la preuve prépondérante exigée.

[133] Ayant conclu, au paragraphe 700 de ses motifs, que les éléments de preuve présentés relativement aux renseignements sur les emplois étaient raisonnablement fiables, le Tribunal s’est posé la question suivante, au paragraphe 701 : « Dans quelle mesure les valeurs des évaluations des emplois attribuées par l’Équipe professionnelle aux postes CR et aux emplois PO concernés étaient-elles fiables? »

[134] Le Tribunal a répondu comme suit à cette question, au paragraphe 703 de ses motifs :

Par conséquent, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus Hay ainsi que les renseignements sur les emplois raisonnablement fiables susmentionnés, entre les mains d’évaluateurs compétents, comme l’étaient les membres de l’Équipe professionnelle, permettraient l’attribution de valeurs d’évaluation des emplois raisonnablement fiables aux travaux exécutés par les employés CR et par les employés PO.

[135] Le juge de première instance a conclu que, malgré sa conclusion au sujet de l’existence de valeurs d’évaluation des emplois raisonnablement fiables dans ce paragraphe, le Tribunal n’était pas allé jusqu’à conclure que le troisième élément avait été établi selon la prépondérance des probabilités. Nous souscrivons à sa conclusion à cet égard.

[136] Nous constatons par ailleurs qu’aux paragraphes 699 et 941 de ses motifs, le Tribunal a conclu que les renseignements sur les emplois utilisés pour évaluer les postes CR et les postes PO appartenaient à la « sous-fourchette inférieure de la fiabilité raisonnable », ce qui a amené le Tribunal à conclure qu’il existait « un degré important d’incertitude » en ce qui concernait les renseignements sur les emplois. Le Tribunal a ensuite formulé les observations suivantes aux paragraphes 943, 944, 948 et 949 :

Si on tient compte de ces éléments d’incertitude qui ont une incidence sur l’aspect très important de l’appréciation de l’ampleur de l’écart de rémunération, le Tribunal cro[i]t que, selon toute vraisemblance, si les renseignements sur l’emploi et les formes de rémunération indirecte avaient été d’une

more accurately reflected reality. In other words, the greater the reliability of the job information and the non-wage benefits, the greater the accuracy of the wage gap determination. This determination is seminal to the extent of the award of damages.

Recognizing these elements of uncertainty in the state of the job information and non-wage benefits documentation, the Tribunal finds that it cannot accept the full extent of the wage gap as claimed by the Alliance and endorsed by the Commission.

...

Following the spectrum analysis already completed for the two elements of uncertainty, [job information, paragraph 941, and non-wage compensation, paragraph 942] the Tribunal concludes that a wage gap determination based upon “upper reasonable reliability” evidence should, logically, give rise to a 100% award of lost wages, a determination based upon “mid reasonable reliability” to a 75% award, and a determination based upon “lower reasonable reliability” to an award of 50% or less.

Accordingly, the Tribunal concludes that the finally determined award of lost wages for each eligible CR employee, by whatever methodology, should be discounted by 50% in line with the lower reasonable reliability status of the relevant job information and non-wage forms of compensation.

[137] Thus, at paragraph 949 of its reasons, the Tribunal reduced the award of lost wages by 50 percent so as to be “in line with the lower reasonable reliability status of the relevant job information and non-wage forms of compensation.” In doing so, it is our view that the Tribunal has thus equated the “lower reasonable reliability status” of the job information to 50 percent certainty. In our view, this conclusion of the Tribunal clearly demonstrates that a standard of proof lower than the balance of probabilities was applied by the Tribunal with respect to the third element.

[138] In our view, the presumption that the Tribunal applied the correct standard of proof has been amply rebutted. This is apparent for a number of reasons. First, the balance of probability standard requires the establishment of a “fact in issue”. In the binary formulation, the

« fiabilité raisonnable supérieure », l'écart de rémunération aurait été plus conforme à la réalité. En d'autres mots, plus les renseignements sur l'emploi et les formes de rémunération indirecte sont fiables, plus la détermination de l'écart de rémunération est précise. Cette détermination est cruciale quant à l'importance des dommages-intérêts qui seront adjugés.

Reconnaissant ces éléments d'incertitude dans l'état des renseignements sur l'emploi et dans les documents sur les formes de rémunération indirecte, le Tribunal conclut qu'il ne peut pas accepter, en totalité, l'écart de rémunération établie par l'Alliance et endossée par la Commission.

[...]

Suite à l'analyse spectrale qui a été effectuée quant à ces deux éléments de l'incertitude [renseignements sur les emplois, paragraphe 941, et formes de rémunération indirecte, paragraphe 942], le Tribunal conclut qu'un écart de rémunération fondé sur une preuve de « fiabilité raisonnable supérieure » devrait, logiquement, donner lieu à une adjudication à 100 p. 100 de la perte de salaire, une conclusion fondée sur une « fiabilité raisonnable moyenne » à une adjudication de 75 p. 100, et une conclusion fondée sur une « fiabilité raisonnable inférieure » à une adjudication de 50 p. 100 ou moins.

Par conséquent, le Tribunal conclut que la proposition définitive d'adjudication au titre de la perte de salaire pour chaque employé CR admissible, peu importe la méthode utilisée, devrait être réduite de 50 p. 100 en conformité avec l'état de « fiabilité raisonnable inférieure » des renseignements sur l'emploi pertinents et des formes de rémunération indirecte.

[137] Ainsi, au paragraphe 949 de ses motifs, le Tribunal a réduit de 50 p. 100 le montant accordé au titre de la perte de salaire « en conformité avec l'état de “fiabilité raisonnable inférieure” des renseignements sur l'emploi pertinents et des formes de rémunération indirecte ». Nous sommes d'avis que, ce faisant, le Tribunal a considéré que les renseignements sur l'emploi qui appartenaient à la catégorie de la « fiabilité raisonnable inférieure » étaient sûrs à 50 p. 100. À notre avis, il ressort clairement de cette conclusion que le Tribunal a appliqué au troisième élément une norme de preuve moins exigeante que celle de la prépondérance des probabilités.

[138] À notre avis, la présomption que le Tribunal a appliqué la bonne norme de preuve a été amplement réfutée et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, la norme de la prépondérance des probabilités exige l'établissement d'un « fait en litige ». Suivant la formule

finding is either zero or one. The necessary finding is not “reasonably reliably one”, or “almost one” or “closer to one than zero”.

[139] Second, the Tribunal’s reliance on Professor Waddams’ urging that in the assessment of damages, the assessing body must do the best it can with the evidence that it has, indicates to us that the Tribunal had concerns with the evidentiary record before it. It is not necessary for us to consider whether it may have been appropriate for the Tribunal to rely upon Professor Waddams’ approach when attempting to determine the reliability of evidence with respect to job information, the evaluation plan and the evaluation process where those matters constitute intermediate facts upon which findings of “facts in issue” are based. However, in our view, it is not acceptable for the Tribunal to rely upon that approach when making findings with respect to those matters, where they constitute “facts in issue”, which must be established on a balance of probabilities.

[140] Third, the Tribunal referred a number of times (see paragraphs 573, 574, 581, 673 and 683 of the Tribunal’s reasons) to the particular circumstances of the case being difficult or unusual or litigious, as if to justify some sort of relaxation of the long-standing rules with respect to the burden of proof and the standard of proof in civil matters. This theme is amplified by the adoption of the “bands” and “sub-bands” of acceptability or reasonable reliability to which the Tribunal resorted.

[141] All of these justifications by the Tribunal demonstrate to us that it failed to make the requisite finding that the third element had been established on a balance of probabilities. In our view, they clearly rebut the presumption that such a finding was made. As such, we agree with the disposition of the applications Judge on this issue and conclude that it is a sufficient basis upon which to dismiss the appeal.

binaire, la valeur obtenue est soit zéro, soit un. La conclusion n’est forcément pas une « valeur raisonnablement fiable », une « valeur proche de un » ou une « valeur qui se rapproche davantage de un que de zéro ».

[139] Deuxièmement, le fait que le Tribunal se fonde sur l’affirmation du professeur Waddams selon laquelle, lorsqu’il évalue le préjudice subi, le tribunal doit faire de son mieux à la lumière des éléments de preuve dont il dispose, nous porte à penser que le Tribunal avait des réserves en ce qui concerne le dossier de la preuve qui lui était soumis. Il n’est pas nécessaire que nous nous demandions si c’est à juste titre que le Tribunal s’est inspiré de la méthode proposée par le professeur Waddams pour tenter de déterminer la fiabilité des éléments de preuve portant sur les renseignements sur les emplois, le plan d’évaluation et la méthode d’évaluation lorsque ces éléments constituent des faits intermédiaires sur lesquelles reposent les conclusions relatives aux « faits en litige ». Nous estimons toutefois qu’il n’était pas acceptable de la part du Tribunal de se fonder sur cette méthode pour tirer des conclusions sur ces éléments, lorsque ces derniers constituent des « faits en litige » qui doivent être établis selon la prépondérance des probabilités.

[140] Troisièmement, le Tribunal a fait allusion à plusieurs reprises (voir les paragraphes 573, 574, 581, 673 et 683 des motifs du Tribunal) au fait que les circonstances de l’espèce sont difficiles, inusitées ou litigieuses, comme s’il cherchait à justifier un certain assouplissement des principes établis depuis longtemps en ce qui concerne la charge de la preuve et la norme de preuve en matière civile. Cette impression est confirmée par le fait que le Tribunal a retenu des « fourchettes » et des « sous-fourchettes » d’acceptabilité ou de fiabilité raisonnable.

[141] Toutes ces justifications du Tribunal nous démontrent qu’il n’a pas conclu, comme il était tenu de le faire, que le troisième élément avait été établi selon la prépondérance des probabilités. À notre avis, ces justifications réfutent clairement la présomption que le Tribunal a effectivement tiré cette conclusion. Nous souscrivons donc à la solution proposée par le juge de première instance sur cette question et nous concluons qu’il s’agit là d’un motif suffisant pour pouvoir rejeter l’appel.

VIII. CONCLUSION AND DISPOSITION

[142] We have concluded that the Tribunal has made two errors, each of which is sufficient to vitiate the decision of the Tribunal. With respect to the first issue, which was not directly considered by the applications Judge, we have concluded that the Tribunal cannot reasonably be considered to have made a finding that the third element of a *prima facie* case of discrimination has been established. As a result, the absence of this essential finding makes it impossible for the complaint to be upheld.

[143] With respect to the second issue, we are in agreement with the applications Judge that the findings made by the Tribunal in relation to the third element of a *prima facie* case of wage discrimination fall short of proof of the level required by the balance of probabilities standard. As such, it was unreasonable for the Tribunal to uphold the complaint when the requisite level of proof of this essential element was not present.

[144] For the reasons previously given, we agree with the applications Judge that the level of proof with respect to at least one of the four elements failed to exceed 50 percent and therefore failed to attain the required level of proof of greater than 50 percent. As a result, we are of the view that the applications Judge was correct when he determined that the matter should be remitted to the Tribunal with a direction that the complaint should be dismissed as not having been substantiated. We are also of the view that it would be of no use to remit the matter to the Tribunal for reconsideration, given our conclusion that the Tribunal's findings with respect to each of the four elements failed to meet the necessary level of proof on a balance of probabilities.

[145] Like the applications Judge, we also note the exceptional amount of time and resources consumed by this case. The length of the Tribunal hearing alone was 11 years, and it has now been 26 years since the complaint was filed. As the applications Judge noted at paragraph 274, "A legal hearing without discipline and timelines both delays and denies justice." However, this exceptional

VIII. CONCLUSION ET DISPOSITIF

[142] Nous concluons que le Tribunal a commis deux erreurs et que chacune d'entre elles suffit pour vicier sa décision. En ce qui concerne la première question, qui n'a pas été directement examinée par le juge de première instance, nous concluons qu'on ne peut pas raisonnablement considérer que le Tribunal a conclu que le troisième élément de la preuve *prima facie* de discrimination avait été établi. À défaut de cette conclusion essentielle, il est impossible de faire droit à la plainte.

[143] S'agissant de la deuxième question, nous sommes d'accord avec le juge de première instance pour dire que les conclusions tirées par le Tribunal en ce qui concerne le troisième élément d'une preuve *prima facie* de discrimination salariale ne correspondent pas au degré de preuve exigé selon la norme de la prépondérance des probabilités. Il était donc déraisonnable de la part du Tribunal de faire droit à la plainte alors que le degré de preuve requis n'était pas respecté, s'agissant de cet élément essentiel.

[144] Pour les motifs qui ont déjà été exposés, nous sommes d'accord avec le juge de première instance pour dire que le degré de preuve atteint en ce qui concerne au moins un des quatre éléments ne dépassait pas 50 p. 100, de sorte qu'il n'atteignait pas le degré de preuve exigé, en l'occurrence plus de 50 p. 100. Nous sommes par conséquent d'avis que c'est à bon droit que le juge de première instance a estimé que l'affaire devait être renvoyée au Tribunal avec pour instruction de rejeter la plainte au motif que son bien-fondé n'avait pas été démontré. Nous sommes également d'avis qu'il serait inutile de renvoyer l'affaire au Tribunal pour réexamen, étant donné que nous estimons que les conclusions tirées par le Tribunal relativement à chacun des quatre éléments ne respectaient pas le degré de preuve prépondérante exigé.

[145] À l'instar du juge de première instance, nous constatons également qu'une somme exceptionnelle de temps et de ressources a été consacrée à la présente affaire. Les audiences du Tribunal se sont à elles seules échelonnées sur 11 années, et 26 ans se sont écoulés depuis le dépôt de la plainte. Ainsi que le juge de première instance le fait observer au paragraphe 274 : « Une

consumption of time and resources does not influence our choice of remedy.

audience sans discipline ni échéanciers retarde la justice et constitue un déni de justice ». La somme considérable de temps et d'argent qui a été consacrée à la présente affaire n'influence cependant pas notre choix en ce qui concerne les mesures de réparation à accorder.

[146] For the foregoing reasons, we would dismiss the appeals without costs.

[146] Pour les motifs qui précèdent, nous rejeterions les appels, le tout sans frais.

APPENDIX

ANNEXE

RELEVANT STATUTORY PROVISIONS

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6

Equal wages

11. (1) It is a discriminatory practice for an employer to establish or maintain differences in wages between male and female employees employed in the same establishment who are performing work of equal value.

11. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour l'employeur d'instaurer ou de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent, dans le même établissement, des fonctions équivalentes.

Disparité salariale discriminatoire

Assessment of value of work

(2) In assessing the value of work performed by employees employed in the same establishment, the criterion to be applied is the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work and the conditions under which the work is performed.

(2) Le critère permettant d'établir l'équivalence des fonctions exécutées par des salariés dans le même établissement est le dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail.

Critère

Separate establishments

(3) Separate establishments established or maintained by an employer solely or principally for the purpose of establishing or maintaining differences in wages between male and female employees shall be deemed for the purposes of this section to be the same establishment.

(3) Les établissements distincts qu'un employeur aménage ou maintient dans le but principal de justifier une disparité salariale entre hommes et femmes sont réputés, pour l'application du présent article, ne constituer qu'un seul et même établissement.

Établissements distincts

Different wages based on prescribed reasonable factors

(4) Notwithstanding subsection (1), it is not a discriminatory practice to pay to male and female employees different wages if the difference is based on a factor prescribed by guidelines, issued by the Canadian Human Rights Commission pursuant to subsection 27(2), to be a reasonable factor that justifies the difference.

(4) Ne constitue pas un acte discriminatoire au sens du paragraphe (1) la disparité salariale entre hommes et femmes fondée sur un facteur reconnu comme raisonnable par une ordonnance de la Commission canadienne des droits de la personne en vertu du paragraphe 27(2).

Disparité salariale non discriminatoire

Idem

(5) For greater certainty, sex does not constitute a reasonable factor justifying a difference in wages.

(5) Des considérations fondées sur le sexe ne sauraient motiver la disparité salariale.

Idem

| | | | |
|-----------------------|---|---|-----------------------------------|
| No reduction of wages | (6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section. | (6) Il est interdit à l'employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article. | Diminutions de salaire interdites |
| Definition of "wages" | (7) For the purposes of this section, "wages" means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes (a) salaries, commissions, vacation pay, dismissal wages and bonuses; (b) reasonable value for board, rent, housing and lodging; (c) payments in kind; (d) employer contributions to pension funds or plans, long-term disability plans and all forms of health insurance plans; and (e) any other advantage received directly or indirectly from the individual's employer. | (7) Pour l'application du présent article, « salaire » s'entend de toute forme de rémunération payable à un individu en contrepartie de son travail et, notamment : (a) des traitements, commissions, indemnités de vacances ou de licenciement et des primes; (b) de la juste valeur des prestations en repas, loyers, logement et hébergement; (c) des rétributions en nature; (d) des cotisations de l'employeur aux caisses ou régimes de pension, aux régimes d'assurance contre l'invalidité prolongée et aux régimes d'assurance-maladie de toute nature; (e) des autres avantages reçus directement ou indirectement de l'employeur. | Définition de « salaire » |
| | ... | [...] | |
| | 27. ... | 27. [...] | |
| Guidelines | (2) The Commission may, on application or on its own initiative, by order, issue a guideline setting out the extent to which and the manner in which, in the opinion of the Commission, any provision of this Act applies in a class of cases described in the guideline. | (2) Dans une catégorie de cas donnés, la Commission peut, sur demande ou de sa propre initiative, décider de préciser, par ordonnance, les limites et les modalités de l'application de la présente loi. | Directives |
| | ... | [...] | |
| Request for inquiry | 49. (1) At any stage after the filing of a complaint, the Commission may request the Chairperson of the Tribunal to institute an inquiry into the complaint if the Commission is satisfied that, having regard to all the circumstances of the complaint, an inquiry is warranted. | 49. (1) La Commission peut, à toute étape postérieure au dépôt de la plainte, demander au président du Tribunal de désigner un membre pour instruire la plainte, si elle est convaincue, compte tenu des circonstances relatives à celle-ci, que l'instruction est justifiée. | Instruction |
| | ... | [...] | |
| | 50. ... | 50. [...] | |
| Additional powers | (3) In relation to a hearing of the inquiry, the member or panel may | (3) Pour la tenue de ses audiences, le membre instructeur a le pouvoir : | Pouvoirs |

(a) in the same manner and to the same extent as a superior court of record, summon and enforce the attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce any documents and things that the member or panel considers necessary for the full hearing and consideration of the complaint;

(b) administer oaths;

(c) subject to subsections (4) and (5), receive and accept any evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, that the member or panel sees fit, whether or not that evidence or information is or would be admissible in a court of law;

(d) lengthen or shorten any time limit established by the rules of procedure; and

(e) decide any procedural or evidentiary question arising during the hearing.

a) d'assigner et de contraindre les témoins à comparaître, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables à l'examen complet de la plainte, au même titre qu'une cour supérieure d'archives;

b) de faire prêter serment;

c) de recevoir, sous réserve des paragraphes (4) et (5), des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant un tribunal judiciaire;

d) de modifier les délais prévus par les règles de pratique;

e) de trancher toute question de procédure ou de preuve.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7

18.1 ...

Powers of Federal Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

...

Powers of Federal Court of Appeal

52. The Federal Court of Appeal may

...

(b) in the case of an appeal from the Federal Court,

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7

18.1 [...]

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

[...]

52. La Cour d'appel fédérale peut :

[...]

b) dans le cas d'un appel d'une décision de la Cour fédérale :

Pouvoirs de la Cour fédérale

Pouvoirs de la Cour d'appel fédérale

(i) dismiss the appeal or give the judgment and award the process or other proceedings that the Federal Court should have given or awarded,

(ii) in its discretion, order a new trial if the ends of justice seem to require it, or

(iii) make a declaration as to the conclusions that the Federal Court should have reached on the issues decided by it and refer the matter back for a continuance of the trial on the issues that remain to be determined in light of that declaration ...

(i) soit rejeter l'appel ou rendre le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre et prendre toutes mesures d'exécution ou autres que celle-ci aurait dû prendre,

(ii) soit, à son appréciation, ordonner un nouveau procès, si l'intérêt de la justice paraît l'exiger,

(iii) soit énoncer, dans une déclaration, les conclusions auxquelles la Cour fédérale aurait dû arriver sur les points qu'elle a tranchés et lui renvoyer l'affaire pour poursuite de l'instruction, à la lumière de cette déclaration, sur les points en suspens [...]

Equal Wages Guidelines, 1986, SOR/86-1082

12. Where a complaint alleging different wages is filed by or on behalf of an identifiable occupational group, the group must be predominantly of one sex and the group to which the comparison is made must be predominantly of the other sex.

13. For the purpose of section 12, an occupational group is composed predominantly of one sex where the number of members of that sex constituted, for the year immediately preceding the day on which the complaint is filed, at least

(a) 70 per cent of the occupational group, if the group has less than 100 members;

(b) 60 per cent of the occupational group, if the group has from 100 to 500 members; and

(c) 55 per cent of the occupational group, if the group has more than 500 members.

14. Where a comparison is made between the occupational group that filed a complaint alleging a difference in wages and other occupational groups, those other groups are deemed to be one group.

Ordonnance de 1986 sur la parité salariale, DORS/86-1082

12. Lorsqu'une plainte dénonçant une situation de disparité salariale est déposée par un groupe professionnel identifiable ou en son nom, ce groupe doit être composé majoritairement de membres d'un sexe et le groupe auquel il est comparé doit être composé majoritairement de membres de l'autre sexe.

13. Pour l'application de l'article 12, un groupe professionnel est composé majoritairement de membres d'un sexe si, dans l'année précédant la date du dépôt de la plainte, le nombre de membres de ce sexe représentait au moins :

a) 70 pour cent du groupe professionnel, dans le cas d'un groupe comptant moins de 100 membres;

b) 60 pour cent du groupe professionnel, dans le cas d'un groupe comptant de 100 à 500 membres;

c) 55 pour cent du groupe professionnel, dans le cas d'un groupe comptant plus de 500 membres.

14. Si le groupe professionnel ayant déposé la plainte est comparé à plusieurs autres groupes professionnels, ceux-ci sont considérés comme un seul groupe.

15. (1) Where a complaint alleging a difference in wages between an occupational group and any other occupational group is filed and a direct comparison of the value of the work performed and the wages received by employees of the occupational groups cannot be made, for the purposes of section 11 of the Act, the work performed and the wages received by the employees of each occupational group may be compared indirectly.

(2) For the purposes of comparing wages received by employees of the occupational groups referred to in subsection (1), the wage curve of the other occupational group referred to in that subsection shall be used to establish the difference in wages, if any, between the employees of the occupational group on behalf of which the complaint is made and the other occupational group.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A. (dissenting):

A. INTRODUCTION

[147] This case concerns a pay equity claim filed 27 years ago. Its investigation and adjudication must have involved the expenditure of vast quantities of money and time, both public and private. For members of the appellant, the Public Service Alliance of Canada (PSAC), the resolution of a complaint of long-standing gender discrimination in the workplace is at stake. For Canada Post Corporation (CPC), the financial implications of the decision by the Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) are no doubt considerable.

[148] This appeal raises three important questions for the implementation of the legal principle that an employer may not pay men and women differently for work of equal value. First, in a pay equity claim by a predominantly female occupational group, may the Tribunal select a

15. (1) Pour l'application de l'article 11 de la Loi, lorsque la plainte déposée dénonce une situation de disparité salariale entre un groupe professionnel et un autre groupe professionnel et qu'une comparaison directe de ces deux groupes ne peut être faite quant à l'équivalence des fonctions et aux salaires des employés, une comparaison indirecte de ces éléments peut être faite.

(2) Pour la comparaison des salaires des employés des groupes professionnels visés au paragraphe (1), la courbe des salaires du groupe professionnel mentionné en second lieu doit être utilisée pour établir l'écart, s'il y a lieu, entre les salaires des employés du groupe professionnel en faveur de qui la plainte est déposée et de l'autre groupe professionnel.

* * *

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. (dissent) :

A. INTRODUCTION

[147] La présente affaire concerne une plainte en matière de parité salariale qui a été déposée il y a 27 ans. Des sommes considérables de temps et d'argent, provenant tant du secteur public que du secteur privé, ont été consacrées à l'instruction et au règlement de la plainte. Pour les membres de l'appelante, l'Alliance de la Fonction publique du Canada (l'AFPC), l'enjeu est le règlement d'une plainte relative à une situation de discrimination fondée sur le sexe qui existerait depuis longtemps. Pour la Société canadienne des postes (la SCP), les incidences financières de la décision du Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) sont incontestablement considérables.

[148] Le présent appel soulève trois questions importantes en ce qui concerne la mise en application du principe juridique selon lequel un employeur ne peut pas rémunérer différemment les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes. Premièrement, dans

predominantly male comparator group that includes a significant number of relatively well-paid women? Second, when the Tribunal states that it is applying the civil standard of proof, what weight must be given to the presumption that this is the standard that it in fact applied? Third, after the jobs of members of the complainant and comparator groups have been evaluated, what findings must be made before their wages can be compared in order to determine if they are being paid differently for performing work of equal value?

[149] I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues, Sexton and Ryer J.J.A. I regret that I am unable to agree that the appeals of PSAC and the Canadian Human Rights Commission (CHRC) in Court files A-129-08 and A-139-08 should be dismissed. In my opinion, the Tribunal made no error warranting judicial intervention when it upheld the pay equity claim by PSAC on behalf of the predominantly female Clerical and Regulatory (CR) occupational group of employees of CPC in respect of the period August 24, 1982 to June 2, 2002.

[150] On June 2, 2002, CPC implemented a new job evaluation plan and awarded a 15 percent wage increase to the CR group, while limiting other groups to wage increases of approximately 1.5 percent. PSAC regarded the new job evaluation plan and the 15 percent wage increase as prospectively removing any violation of section 11 of the Act. However, CPC denies that the CR group had previously been paid less than the comparator group in the pay equity claim, the Postal Operations occupational group (PO), for performing work of equal value.

[151] In my respectful opinion, when the reasons of the Tribunal are read holistically, and against the background of the expert evidence on which it relied, it found on a

le cas d'une plainte en matière de parité salariale présentée par un groupe professionnel à prédominance féminine, le Tribunal peut-il sélectionner un groupe de comparaison à prédominance masculine qui comprend un nombre significatif de femmes relativement bien rémunérées? Deuxièmement, lorsque le Tribunal affirme qu'il applique la norme de preuve qui existe en matière civile, quel poids doit-on accorder à la présomption que c'est effectivement la norme qu'il a appliquée? Troisièmement, après que les postes des membres de la plaignante et ceux du groupe de comparaison ont été évalués, quelles conclusions doit-on tirer avant de pouvoir comparer le salaire des membres de chacun des groupes en question pour déterminer s'ils reçoivent une rémunération différente pour des fonctions équivalentes?

[149] J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de mes collègues, les juges Sexton et Ryer. Je regrette de ne pouvoir conclure, comme eux, que les appels interjetés par l'AFPC et la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) dans les dossiers A-129-08 et A-139-08 devraient être rejetés. À mon avis, le Tribunal n'a pas commis d'erreur qui justifierait notre intervention lorsqu'il a fait droit à la plainte en matière de parité salariale présentée par l'AFPC au nom du groupe professionnel des Commis aux écritures et règlements, lequel est à prédominance féminine (le groupe CR), pour la période comprise entre le 24 août 1982 et le 2 juin 2002.

[150] Le 2 juin 2002, la SCP a adopté un nouveau plan d'évaluation des emplois et accordé une hausse salariale de 15 p. 100 aux membres du groupe CR, tout en limitant à environ 1,5 p. 100 les hausses salariales consenties aux autres groupes. L'AFPC a considéré que le nouveau plan d'évaluation des emplois et la hausse salariale de 15 p. 100 excluaient pour l'avenir toute contravention à l'article 11 de la Loi. La SCP nie cependant que le groupe CR ait été auparavant moins bien rémunéré que le groupe de comparaison indiqué dans la plainte en matière de parité salariale, soit le groupe professionnel des Opérations postales (le groupe PO), pour l'exécution de fonctions équivalentes.

[151] À mon humble avis, lorsqu'on interprète ses motifs dans leur ensemble et à la lumière des témoignages des experts sur lesquels il s'est fondé, on constate que le

balance of probabilities that members of the CR group were paid less than members of the PO group for work of equal value.

[152] In order to establish a breach of section 11 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (Act) in a group pay equity claim, the Tribunal must find on a balance of probabilities that the jobs performed by members of the groups have been properly evaluated. In my view, the Tribunal was entitled to infer this from its conclusions that the evidence on the nature of the jobs was reasonably reliable, that the Hay method evaluation plan was a reasonably reliable tool for evaluating the job data (the methodology issue), and that it had been applied in a reasonably reliable manner by the evaluators (the process issue).

[153] After the jobs performed by members of the two groups have been evaluated, the values attributed to the various positions are compared. If a substantial portion of the positions in the complainant group have a value equal to or greater than one or more of the positions in the comparator group, their wages can be compared in order to determine if the complainant group is being paid less than the comparator group for performing work of equal value.

[154] In 1993, PSAC retained three professional job evaluators, Dr. Wolf, Dr. Ingster and Ms Davidson-Palmer, referred to as the professional team, to provide an expert review of the evaluations undertaken by CHRC in 1991 and, on the basis of an independent evaluation of the jobs, to identify any difference in the wages paid to members of the two groups for performing work of equal value.

[155] Having evaluated the CR and PO positions by the Hay method, the professional team reported that a substantial portion of the CR positions were at least equal in value to one or more of the PO positions, or, in other

Tribunal a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes.

[152] Pour pouvoir conclure qu'on a contrevenu à l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), le Tribunal qui est saisi d'une plainte collective en matière de parité salariale doit conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les fonctions exécutées par les membres des groupes en question ont été correctement évaluées. À mon avis, le Tribunal était en droit de tirer une telle inférence sur le fondement de ses conclusions que les éléments de preuve sur la nature des fonctions étaient raisonnablement fiables et que la méthode Hay en matière d'évaluation des emplois était un outil raisonnablement fiable pour évaluer les données recueillies sur les emplois (la question de la méthodologie) et que les évaluateurs l'avaient appliquée de manière raisonnablement fiable (la question du processus).

[153] Une fois que les fonctions exécutées par les membres des deux groupes ont été évaluées, on compare les facteurs d'équivalence attribués aux divers postes. Si une partie importante des postes du groupe plaignant sont d'une valeur égale ou supérieure à un ou à plusieurs des postes du groupe de comparaison, on peut alors comparer leur salaire respectif pour déterminer si le groupe plaignant est moins bien rémunéré que le groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes.

[154] En 1993, l'AFPC a engagé trois évaluateurs d'emplois professionnels : M. Bernard Ingster, M. G. Wolf et M^{me} Davidson-Palmer (l'équipe professionnelle) pour leur confier, à titre d'experts, la révision des évaluations entreprises par la CCDP en 1991 et, sur le fondement d'une évaluation indépendante des postes, pour leur faire identifier toute différence entre le salaire payé respectivement aux membres de chacun des deux groupes pour des fonctions équivalentes.

[155] Ayant évalué les postes CR et les postes PO selon la méthode Hay, l'équipe professionnelle a constaté qu'une partie importante des postes CR étaient d'une valeur égale ou supérieure à un ou à plusieurs des postes

words, fell within the PO value line. Hence, the wages of the two groups could properly be compared to determine if the complainant group had established the existence of a wage gap for work of equal value in breach of section 11. The Tribunal (at paragraphs 799 and 801) accepted the professional team's conclusions.

[156] Like my colleagues, I would dismiss PSAC's appeal in Court File No. A-130-08 from Justice Kelen's dismissal of its application for judicial review of the amount of compensation awarded to it by the Tribunal. However, because I would allow PSAC's appeal on the breach of section 11, I have had to consider the appeal on the amount of compensation on its merits. I am not persuaded that the Tribunal's award was unreasonable.

[157] On the other hand, I need not determine if, as PSAC and CHRC allege, the applications Judge erred in law when he set aside the Tribunal's decision and did not remit the matter for redetermination, on the ground that, in the Judge's view, the evidence did not establish a breach of section 11 on a balance of probabilities.

B. CONTEXTUAL BACKGROUND

[158] I gratefully adopt my colleagues' description of the factual background to this litigation and the history of the judicial proceedings leading to this appeal. I would add only the following by way of context to my reasons.

[159] First, this is yet another example of the marathon litigation that has plagued the resolution of pay equity claims at the federal level. The timelines of the proceedings are so extraordinary that they bear repeating.

• **August 24, 1983:** PSAC files a pay equity claim under section 11 of the Act on behalf of the CR group employed by CPC, a Crown corporation created in 1981 to take

du groupe PO ou, en d'autres termes, qu'ils correspondaient à la courbe salariale des employés PO. On pouvait donc légitimement comparer le salaire des membres des deux groupes pour déterminer si le groupe plaignant avait établi l'existence d'un écart de rémunération pour des fonctions équivalentes en violation de l'article 11. Le Tribunal (aux paragraphes 799 et 801) a fait siennes les conclusions de l'équipe professionnelle.

[156] À l'instar de mes collègues, je suis d'avis de rejeter l'appel interjeté par l'AFPC dans le dossier de la Cour n° A-130-08 de la décision par laquelle le juge Kelen a rejeté sa demande de contrôle judiciaire relative au montant de l'indemnité que le Tribunal lui avait accordé. Toutefois, comme je suis d'avis de faire droit à l'appel de l'AFPC en ce qui a trait à la violation de l'article 11, j'ai dû statuer sur le fond de l'appel portant sur le montant de l'indemnité. Je ne suis pas convaincu que la somme accordée par le Tribunal était déraisonnable.

[157] En revanche, il n'est pas nécessaire que je décide si, comme l'affirment l'AFPC et la CCDP, le juge de première instance a commis une erreur de droit en annulant la décision du Tribunal et en ne renvoyant pas l'affaire à ce dernier pour qu'il rende une nouvelle décision au motif que, suivant le juge, la preuve ne permettait pas de conclure à une violation de l'article 11 selon la prépondérance des probabilités.

B. CONTEXTE FACTUEL

[158] C'est avec reconnaissance que j'adopte la description des faits à l'origine du litige et l'historique des instances judiciaires ayant mené au présent appel faits par mes collègues. Je n'ajouterai que les quelques précisions suivantes pour situer mes motifs dans leur contexte.

[159] Premièrement, signalons qu'il s'agit d'une autre illustration de ce procès-fleuve qui a entravé le règlement des plaintes en matière de parité salariale au niveau fédéral. Les dates repères de ce procès sont tellement exceptionnelles qu'il vaut la peine de les répéter.

• **24 août 1983 :** l'AFPC dépose une plainte en matière de parité salariale en vertu de l'article 11 de la Loi au nom du groupe CR travaillant pour la SCP, société d'État

over the functions previously performed by the Post Office;

• **March 16, 1992:** CHRC refers PSAC's complaint to the Tribunal for adjudication;

• **November 25, 1992 to August 2003:** Tribunal hearing, comprising 410 hearing days spread over more than 10 years;

• **October 7, 2005:** Tribunal renders its decision;

• **February 21, 2008:** Federal Court sets aside Tribunal's decision;

• **February 22, 2010:** Federal Court of Appeal dismisses appeal.

[160] Second, PSAC and CPC were unable to work together on a joint union-management study to produce an agreed evaluation of the work performed by members of the CR group and the occupational group that it identified for wage comparison purposes, the PO group. As a result, the information available to the Tribunal about both the nature of the work performed by members of these groups and the non-monetary components of their wages had some significant limitations.

[161] Responsibility for these deficiencies is attributable to, among other things, the fact that: the parties were operating in litigation mode from relatively early in the process; the CHRC did not require CPC to produce all relevant documents; and the underlying rivalry between, on the one hand, PSAC, the bargaining agent for the CRs and for two small, predominantly male occupational groups at Canada Post, the General Labour and Trades, and General Services groups, and, on the other, the Canadian Union of Postal Workers, the bargaining agent for most of the POs.

[162] Third, courts never intervene lightly in the administrative process, both out of deference to the expertise of specialized tribunals and in recognition of the limitations of reviewing courts' perspectives on the problem before the agency. Further, setting an administrative decision

créée en 1981 pour assumer les fonctions auparavant exercées par le ministère des Postes;

• **16 mars 1992 :** la CCDP renvoie la plainte de l'AFPC au Tribunal pour instruction;

• **entre le 25 novembre 1992 et août 2003 :** les audiences du Tribunal s'échelonnent sur plus de 10 ans et comptent 410 jours d'audience;

• **7 octobre 2005 :** le Tribunal rend sa décision;

• **21 février 2008 :** la Cour fédérale annule la décision du Tribunal;

• **22 février 2010 :** la Cour d'appel fédérale rejette l'appel.

[160] Deuxièmement, l'AFPC et la SCP n'ont pas réussi à travailler ensemble à une étude conjointe syndicale-patronale en vue de la production d'une évaluation commune des fonctions exécutées par les membres du groupe CR et du groupe professionnel retenu comme groupe de comparaison salariale, le groupe PO. Les renseignements dont disposait le Tribunal au sujet de la nature du travail effectué par les membres de ces groupes et les éléments non pécuniaires de leur salaire étaient par conséquent considérablement limités.

[161] Ces lacunes s'expliquent notamment par le fait que, dès le départ, les parties ont adopté une attitude antagoniste, que la CCDP n'a pas obligé la SCP à produire tous les documents pertinents et par le fait qu'il existait une rivalité sous-jacente entre, d'une part, l'AFPC, l'agent négociateur des employés du groupe CR et les deux petits groupes professionnels à prédominance masculine de Poste Canada, à savoir les Manœuvres et hommes de métier et les Services divers, et, d'autre part, le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes, l'agent négociateur de la plupart des employés du groupe PO.

[162] Troisièmement, les tribunaux n'interviennent jamais à la légère dans un processus administratif, tant parce qu'ils font preuve de déférence envers l'expertise des tribunaux spécialisés que parce qu'ils reconnaissent que les cours de révision ne peuvent bénéficier d'une

aside, whether or not the matter is remitted to the tribunal for rehearing, inevitably results in a waste of resources.

[163] These considerations are particularly apt in this case: the subject-matter of these proceedings is complex and has some highly technical aspects, and, as already noted, the public and private resources already spent on this dispute must be enormous. In the course of the 1016 paragraphs of its reasons, the Tribunal is not always as clear as it might have been, as it struggled to come to terms with the mass of technical detail, evidence, and analysis before it. As already noted, the Tribunal's task was particularly challenging because the parties failed to produce a joint study on the values of the jobs and the total wages paid over the period of the complaint. However, perfection is not the standard and, when read in light of the evidence before it and the nature of its statutory task, the Tribunal's reasons adequately explain the bases of its decision.

[164] In my opinion, the Tribunal's reasons make it clear that it understood the relevant law and approached the complex evidential issues before it in a careful and thoughtful manner. Its reasons sufficiently demonstrate "justification, transparency and intelligibility within the decision-making process": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 47. The Court in *Dunsmuir* (at paragraph 48) also endorsed the view of Professor Dyzenhaus ("The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997), 279, at page 286) that, when reviewing a decision on the reasonableness standard, a court must pay "respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision" (emphasis added). The underlined words avoid an unduly formalistic approach to judicial review. Thus, to the extent that the Tribunal does not fully explain aspects of its

perspective aussi large sur le problème soumis au tribunal administratif. De plus, annuler une décision administrative entraîne inévitablement un gaspillage de ressources, et ce, peu importe que l'affaire soit renvoyée ou non au tribunal administratif en vue de la tenue d'une nouvelle audience.

[163] Ces considérations sont particulièrement appropriées en l'espèce : l'objet de la présente instance est complexe et comporte certains aspects très techniques et, comme nous l'avons déjà signalé, les ressources du secteur public et du secteur privé qui ont déjà été consacrées au présent litige sont énormes. Tout au long des 1016 paragraphes que comptent ses motifs, le Tribunal n'est pas toujours aussi clair qu'il aurait pu l'être, confronté comme il l'était à la masse de détails, d'éléments de preuve et d'analyses techniques qui lui étaient soumis. Comme nous l'avons déjà signalé, le défi auquel le Tribunal était confronté était de taille, d'autant plus que les parties ne lui avaient pas soumis d'étude conjointe portant sur les facteurs d'équivalence attribués aux postes et sur le salaire total versé au cours de la période visée par la plainte. On ne s'attendait toutefois pas à de la perfection de sa part et, lorsqu'on les examine à la lumière des éléments de preuve dont il disposait et de la nature de la tâche que la loi lui confie, on constate que les motifs du Tribunal expliquent de façon adéquate le fondement de sa décision.

[164] Il ressort à mon avis des motifs du Tribunal qu'il comprenait bien les règles de droit applicables et qu'il a abordé les questions de preuve complexes qui lui étaient soumises d'une façon attentive et soignée. Ses motifs démontrent suffisamment « la justification de la décision, [...] la transparence et [...] l'intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 47). Dans l'arrêt *Dunsmuir* (au paragraphe 48) la Cour a également souscrit à l'opinion du professeur Dyzenhaus (« The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (Oxford : Hart Publishing, 1997), 279, à la page 286), suivant laquelle, lorsqu'elle contrôle une décision selon la norme de raisonabilité, la cour doit faire preuve d'une [TRADUCTION] « attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » (non souligné dans l'original).

decision, the Court may consult evidence referred to by the Tribunal in order to flesh out its reasons. However, I do not regard the Court in *Dunsmuir* as inviting a reviewing court to usurp the tribunal's responsibility for justifying its decisions.

[165] The resolution of pay equity claims involves a mix of art, science, human rights, and labour relations. It can be difficult to fit multi-disciplinary inquiries of this nature within a legal framework: social scientists and management consultants do not always express themselves in the same terms as lawyers, on questions of evidence and proof, for example.

[166] Fourth, the underlying purpose of section 11 of the Act is to eliminate the financial consequences of systemic gender discrimination in the labour market resulting from occupational segregation. However, with the benefit of hindsight, it now seems to have been a mistake for Parliament to have entrusted pay equity to the complaint-driven, adversarial, human rights process of the *Canadian Human Rights Act*.

[167] There is now much to learn from the experience of provincial pay equity regimes, which seem not to have been plagued with the same problems of protracted litigation as the federal scheme. In the interests of all, a new design is urgently needed to implement the principle of pay equity in the federal sphere. For criticisms of the present arrangements, and recommendations for reform, see the Final Report of the Pay Equity Task Force, *Pay Equity: A New Approach to a Fundamental Right* (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2004).

Les mots soulignés indiquent qu'on ne doit pas aborder le contrôle judiciaire sous un angle trop formaliste. Ainsi, dans la mesure où le Tribunal n'explique pas pleinement certains aspects de sa décision, la Cour peut se reporter aux éléments de preuve cités par le Tribunal pour étoffer ses motifs. Je ne considère cependant pas l'arrêt *Dunsmuir* comme une invitation faite à la cour de révision d'usurper le rôle qui incombe au tribunal de justifier ses décisions.

[165] Le règlement d'une plainte en matière de parité salariale suppose un savant dosage d'art, de science, de droits de la personne et de relations de travail. Il peut s'avérer difficile de faire entrer des enquêtes multidisciplinaires de cette nature dans le cadre défini par la loi : les spécialistes en sciences sociales et les conseillers en gestion ne s'expriment pas toujours de la même façon que les juristes sur des questions de preuve, par exemple.

[166] Quatrièmement, l'article 11 de la Loi vise essentiellement à éliminer les conséquences, sur le plan financier, de la discrimination systémique fondée sur le sexe qui existe sur le marché du travail en raison de la ségrégation professionnelle fondée sur le sexe. Toutefois, avec le recul, il semble maintenant que le législateur fédéral a fait fausse route en soumettant les questions de parité salariale au régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, lequel est axé sur le dépôt de plainte, la confrontation et le respect des droits de la personne.

[167] Il y a beaucoup à apprendre de l'expérience des régimes provinciaux de parité salariale, qui semblent ne pas avoir été affligés par les mêmes problèmes de procès interminables que ceux du régime fédéral. Dans l'intérêt de tous, il est nécessaire d'élaborer un nouveau modèle pour mettre en application le principe de la parité salariale dans la sphère fédérale. Pour prendre connaissance des critiques adressées au régime actuel et de recommandations en vue d'une réforme, voir le rapport final du Comité sur l'équité salariale intitulé *L'équité salariale : une nouvelle approche à un droit fondamental* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2004).

C. ISSUES AND ANALYSIS

[168] The standard of review applicable to the various issues in dispute in this case is common ground: correctness governs the Tribunal's choice of standard of proof, and reasonableness (appropriately contextualised in its application) the Tribunal's findings of fact and discretionary decisions, including its choice of comparator group and remedy. As my colleagues point out, the task of this Court on appeal is to decide if the applications Judge selected the appropriate standard of review and applied it correctly.

[169] The three principal areas of inquiry explored by counsel in this appeal concern the Tribunal's choice of the PO group as the comparator, the standard of proof that it applied to reach its conclusion that members of the CR group were paid lower wages than members of the PO group for performing work of equal value, and the remedy that it awarded. More particularly, argument focussed on whether the Tribunal applied the balance of probabilities standard of proof when accepting the professional team's evaluation of the jobs performed by the complainant and comparator groups, and the adequacy of the evidence on which the Tribunal based its finding of a wage gap.

[170] In addition, counsel for CPC argued that the *Equal Wages Guidelines, 1986* (Guidelines) did not apply to the complaint from 1983 until the Guidelines were issued, because to do so would give them retroactive effect. For substantially the reasons given by the applications Judge, I agree that this argument cannot succeed. I need only add the following.

[171] First, when the Supreme Court of Canada stated that CHRC's power to issue guidelines could not validly be exercised retroactively, it gave as an example a guideline issued while a matter was being prosecuted before a

C. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

[168] Il est acquis aux débats que les normes de contrôle applicables aux diverses questions en litige dans la présente affaire sont celles de la décision correcte, quant au choix de la norme de preuve arrêté par le Tribunal, et la décision raisonnable (dont l'application est, comme il se doit, mise en contexte) pour les conclusions de fait et les décisions discrétionnaires du Tribunal, dont son choix de groupe de comparaison et de mesures de réparation. Ainsi que mes collègues le soulignent, la tâche qui incombe à notre Cour, dans le cadre du présent appel, est de décider si le juge de première instance a sélectionné la bonne norme de contrôle et s'il l'a appliquée correctement.

[169] Les trois principaux sujets d'étude que les avocats ont explorés dans le présent appel ont trait au choix que le Tribunal a fait du groupe PO comme groupe de comparaison, à la norme de preuve que le Tribunal a appliquée pour conclure que les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes et, enfin, à la réparation que le Tribunal a accordée. Plus particulièrement, les débats ont été axés sur la question de savoir si le Tribunal avait appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités lorsqu'il a accepté l'évaluation des emplois réalisée par l'équipe professionnelle sur le groupe de la plaignante et sur le groupe de comparaison, et sur la question de savoir si les éléments de preuve sur lesquels le Tribunal s'est fondé pour conclure à un écart de rémunération étaient suffisants.

[170] De plus, les avocats de la SCP ont soutenu que l'*Ordonnance de 1986 sur la parité salariale* (l'Ordonnance) ne s'appliquait pas à la plainte pour la période comprise entre 1983 et la date à laquelle l'Ordonnance a été publiée, parce que sinon on donnerait un effet rétroactif à l'Ordonnance. Essentiellement pour les mêmes motifs que ceux qu'a exposés le juge de première instance, je suis d'accord pour dire que cet argument ne saurait être retenu. Il me suffit d'ajouter ce qui suit.

[171] Premièrement, lorsqu'elle a affirmé que le pouvoir de la CCDP de prendre des ordonnances ne pouvait être exercé rétroactivement, la Cour suprême du Canada a donné comme exemple le cas d'une ordonnance prise

Tribunal: *Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association*, 2003 SCC 36, [2003] 1 S.C.R. 884, at paragraph 47. However, that is not our case: the Guidelines were issued while CHRC was in the relatively early stages of its investigation of PSAC's complaint, and long before it was referred to the Tribunal.

[172] Second, there is no evidence that the issuance of the Guidelines altered the basis of CHRC's investigation. For the most part, the Guidelines seem simply to have codified existing CHRC policy on, among other things, the percentages required for occupational groups of various sizes to be treated as predominantly of one sex.

[173] Third, the Guidelines amended the law by specifying the manner in which a breach of section 11 of the Act is established, not by changing the definition of discriminatory conduct. They did not remove CPC's vested rights.

ISSUE 1: Was the choice of the comparator group unreasonable because it included a substantial number of well-paid women?

[174] PSAC proposed to compare the complainant CR group, which numbered about 2 300 employees over the period of this dispute, with the PO group, which comprised approximately 40 000 employees and constituted 80 percent of CPC's workforce. This large occupational group, which contains employees engaged in internal and external postal work, as well as in supervisory duties, dates from the time when, as a department of the federal government, the Post Office was responsible for the mail. All its employees who dealt with mail were grouped together within the larger institution of the federal public service. Other Post Office employees, including the CRs, whose work was not peculiar to the Post Office, were in occupational groups found also in other departments of the federal government. These occupational groups were continued by the employer after 1981, when the functions of the Post Office were transferred to CPC, a newly created Crown corporation.

alors qu'une affaire est en cours d'instance devant un tribunal administratif (*Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, 2003 CSC 36, [2003] 1 R.C.S. 884, au paragraphe 47). Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce : l'Ordonnance a été prise alors que la CCDP n'en était encore qu'aux premières étapes de l'enquête qu'elle menait au sujet de la plainte de l'AFPC et longtemps avant que le Tribunal n'en soit saisi.

[172] Deuxièmement, il n'y a rien qui permette de penser que la prise de l'Ordonnance a modifié le fondement de l'enquête de la CCDP. Dans l'ensemble, l'Ordonnance semble avoir simplement codifié la politique déjà existante de la CCDP portant notamment sur les pourcentages requis pour considérer des groupes professionnels de diverses tailles comme étant composés majoritairement de personnes du même sexe.

[173] Troisièmement, l'Ordonnance a modifié la loi en précisant la façon de démontrer une contravention à l'article 11 de la Loi, et non en modifiant la définition des actes discriminatoires. Elle n'a pas supprimé les droits acquis de la SCP.

PREMIÈRE QUESTION : Le choix du groupe de comparaison était-il déraisonnable parce que ce groupe comprenait un nombre élevé de femmes bien rémunérées?

[174] L'AFPC a proposé de comparer le groupe plaignant CR, qui comptait environ 2 300 employés au cours de la période en litige, avec le groupe PO, qui comprenait approximativement 40 000 employés et qui représentait 80 p. 100 de l'effectif de la SCP. L'existence de cet important groupe professionnel, qui compte des employés qui s'acquittent de tâches postales internes et externes, ainsi que de fonctions de supervision, remonte à l'époque où, en tant que ministère du gouvernement fédéral, le ministère des Postes était l'organisme chargé du courrier. Tous les employés de ce ministère qui s'occupaient du courrier étaient regroupés au sein d'une entité plus large, la fonction publique fédérale. Les autres employés du ministère des Postes, y compris les membres du groupe CR, dont le travail n'était pas propre au ministère des Postes, faisaient partie de groupes professionnels relevant d'autres ministères de l'administration fédérale. Ces groupes professionnels ont été reconduits par l'employeur

[175] CPC argued in this Court that the Tribunal had unreasonably exercised its discretion to select a comparator group when it included mail sorters (PO-4, internal level), a level of internal workers within the larger PO group. Employees in the PO-4 internal level, numbering about 20 000, or 40 percent of the total PO group, were relatively well paid, and included approximately 10 000 women.

[176] Mail sorting was traditionally “women’s work”. CPC said that PSAC had “cherry-picked” its proposed comparator group in order to include relatively well-paid jobs and thus artificially to create, or widen, a wage gap. Further, the presence of a large number of relatively well-paid female employees demonstrated that there was no systemic gender discrimination at CPC. Counsel also argued that PSAC had deliberately omitted from the comparator group two smaller, predominantly male occupational groups, which it represented, and whose members were relatively low-paid.

[177] There is little law on the selection of a comparator group in a pay equity claim. Two legal requirements must be met: the comparator must be an occupational group (section 12 of the Guidelines) and must be predominantly of the opposite sex from that of the complainant group. Section 13 of the Guidelines defines when a group is predominantly of one sex for the purpose of the Guidelines. If a group has less than 100 members, 70 percent of them must be of one sex; if there are between 100 and 500 members, 60 percent suffices; if the group has more than 500 members, then 55 percent is enough.

[178] Apart from the requirement that a comparator group must constitute an occupational group, and be

après 1981, année où les fonctions assumées par le ministère des Postes ont été transférées à la SCP, qui était une nouvelle société d’État.

[175] La SCP a plaidé devant notre Cour que le Tribunal avait exercé de façon déraisonnable son pouvoir discrétionnaire de choisir un groupe de comparaison en incluant dans celui-ci les trieurs de courrier (de niveau PO-4, niveau interne), des employés de niveau interne faisant partie du groupe PO. Les employés du niveau interne PO-4, dont le nombre s’élève à environ 20 000 et qui correspond à 40 p. 100 du groupe PO total, étaient relativement bien rémunérés, et comprenaient environ 10 000 femmes.

[176] Le tri du courrier était habituellement un « travail de femme ». La SCP a expliqué que l’AFPC avait « trié sur le volet » son groupe de comparaison proposé pour inclure des postes relativement bien rémunérés et pour créer ainsi artificiellement un écart de rémunération ou pour le creuser. De plus, la présence d’un nombre élevé d’employées relativement bien payées démontrait qu’il n’y avait pas de discrimination systémique fondée sur le sexe au sein de la SCP. Les avocats ont également soutenu que l’AFPC avait délibérément omis d’inclure dans le groupe de comparaison deux petits groupes professionnels, à prédominance masculine, qu’elle représentait et dont les membres étaient relativement peu rémunérés.

[177] La loi est plutôt laconique sur la sélection du groupe de comparaison dans le cas des plaintes en matière de parité salariale. Il faut satisfaire à deux conditions : le groupe de comparaison doit être un groupe professionnel (article 12 de l’Ordonnance) et il doit être composé majoritairement de membres du sexe opposé à celui des membres du groupe plaignant. L’article 13 de l’Ordonnance précise dans quels cas un groupe est composé majoritairement de personnes du même sexe au sens de l’Ordonnance. Si un groupe compte moins de 100 membres, 70 p. 100 d’entre eux doivent être du même sexe; si le groupe compte entre 100 et 500 membres, il suffit que 60 p. 100 d’entre eux soient du même sexe et si le groupe compte plus de 500 membres, 55 p. 100 suffisent.

[178] À part de l’obligation suivant laquelle le groupe de comparaison doit être un groupe professionnel et doit

predominantly of the opposite sex from the complainant group, as defined in section 13, there are no statutory criteria that must be considered in the selection of a comparator. The choice is left to the discretion of CHRC and the Tribunal.

[179] It was suggested in argument that the PO group was not an occupational group because its members performed different kinds of work: internal (mostly mail sorting), external (mostly mail delivery), and supervisory.

[180] However, even if this is right, it does not take matters much further. Section 14 of the Guidelines provides that when a complainant occupational group compares itself to more than one other occupational group, those groups are to be treated as a single group. Accordingly, if the PO group cannot be a comparator group for the purpose of a pay equity complaint, the three separate occupational groups (internal, external, and supervisory employees) that it comprises are to be treated as one. It is undisputed that both the PO group as a whole and each of the three sub-groups meet the requirement of being predominantly male.

[181] The question to be decided is whether the Tribunal abused its statutory discretion in its selection of the POs as the comparator group. A reviewing court should approach this issue with great caution. In determining whether the choice of comparator group in this case was unreasonable, the Court must consider both the Tribunal's reasons and the outcome: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[182] The application of the unreasonableness standard requires a consideration of context: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59. In the present case, the context includes the fact that the Tribunal's statutory discretion is broad: it is not subject to any express constraints. Further, the Supreme Court of Canada has held that the function of selecting a suitable comparator group

être composé majoritairement de membres du sexe opposé à celui des membres du groupe plaignant, au sens de l'article 13, il n'y a pas de critères prévus par la loi dont on doit tenir compte pour la sélection du groupe de comparaison. Ce choix est laissé à la discrétion de la CCDP et du Tribunal.

[179] Lors des débats, on a laissé entendre que le groupe PO n'était pas un groupe professionnel parce que les fonctions que ses membres exécutent sont différentes : fonctions internes (surtout le tri du courrier), externes (surtout la livraison du courrier) et supervision.

[180] Toutefois, même si cette prétention est vraie, nous ne sommes pas plus avancés pour autant. L'article 14 de l'Ordonnance prévoit que, lorsque le groupe professionnel qui a déposé la plainte est comparé à plusieurs autres groupes professionnels, ceux-ci sont considérés comme un seul groupe. En conséquence, si le groupe PO ne peut constituer un groupe de comparaison aux fins d'une plainte de parité salariale, les trois groupes professionnels distincts (employés internes, externes et de surveillance) qui le composent doivent être considérés comme un seul groupe. Il est acquis aux débats que tant le groupe PO dans son ensemble que chacun des trois sous-groupes le composant satisfaisaient à la condition suivant laquelle ils devaient être composés majoritairement de membres de sexe masculin.

[181] La question à trancher est celle de savoir si le Tribunal a abusé du pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi en choisissant le groupe PO comme groupe de comparaison. Une cour de révision devrait aborder cette question avec beaucoup de prudence. Pour déterminer si le choix du groupe de comparaison était déraisonnable dans le cas qui nous occupe, la Cour doit examiner tant les motifs du Tribunal que la solution qu'il a retenue (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[182] L'application de la norme de la décision déraisonnable exige que l'on tienne compte du contexte (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59). Dans le cas qui nous occupe, le contexte comprend le fait que le pouvoir discrétionnaire que la loi confère au Tribunal est large et qu'il n'est assujéti à aucune contrainte explicite. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada a déclaré que le rôle

lies at the heart of the expertise of CHRC and the Tribunal: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Airlines International Ltd.*, 2006 SCC 1, [2006] 1 S.C.R. 3, at paragraph 42. In these circumstances, a high degree of judicial deference is owed to the Tribunal's exercise of discretion.

[183] The PO-4 internal level (the mail sorters) within the internal workers group comprised approximately equal numbers of men and women, and was therefore predominantly neither male nor female. However, this does not in itself disqualify members of the PO-4 internal level from being included as part of a larger comparator group, that is, either the internal workers or the PO group as a whole.

[184] Rather, CPC argued, since the PO-4 internal level comprised 40 percent of the PO occupational group, and its members were relatively highly paid, it was unreasonable for the Tribunal to include the PO-4s in the comparator group because their presence would artificially create or widen an apparent wage gap between men and women. Further, the inclusion of the PO-4 internal level would be contrary to the purpose of section 11, namely, the elimination of systemic gender discrimination. How, it was asked, could there be systemic discrimination against CPC's female employees when so many are well paid?

[185] The 1986 Guidelines explicitly recognize that a predominantly male comparator group may contain a minority of women. The female members of a comparator group are not thereby "masked" or treated as males. The assumption of the Guidelines is that a female minority in an occupational group may receive higher wages because of the male predominance. Conversely, a male minority may be disadvantaged by being part of a predominantly female occupational group.

consistant à choisir le groupe de comparaison approprié faisait partie des fonctions essentielles de la CCDP et du Tribunal (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Lignes aériennes Canadien International Ltée*, 2006 CSC 1, [2006] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 42). Dans ces conditions, il convient de faire preuve d'un degré élevé de retenue judiciaire envers la façon dont le Tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire.

[183] Les salariés du niveau interne PO-4 (les trieurs de courrier) faisaient partie d'un groupe interne composé à peu près en parts égales d'hommes et de femmes et il n'était donc pas composé majoritairement d'hommes ou de femmes. Toutefois, cette situation n'empêchait pas nécessairement les membres du niveau interne PO-4 d'être inclus dans un groupe de comparaison plus large, en l'occurrence les salariés internes du groupe PO dans son ensemble.

[184] La SCP soutient plutôt que, comme les salariés du niveau interne PO-4 constituent 40 p. 100 du groupe professionnel PO et ses membres étaient relativement bien rémunérés, il était déraisonnable de la part du Tribunal d'inclure les salariés PO-4 dans le groupe de comparaison parce que leur présence créerait artificiellement un écart de rémunération entre les hommes et les femmes ou contribuerait à creuser cet écart. De plus, l'inclusion des salariés du niveau interne PO-4 irait à l'encontre de l'objet visé par l'article 11, en l'occurrence l'élimination de toute discrimination systémique fondée sur le sexe. Comment, a-t-on demandé, pourrait-on parler de discrimination systémique contre les employées de la SCP alors qu'un nombre aussi élevé d'entre elles sont si bien rémunérées?

[185] L'Ordonnance de 1986 reconnaît expressément qu'un groupe de comparaison composé majoritairement d'hommes peut compter une minorité de femmes. Les femmes qui appartiennent au groupe de comparaison ne sont pas pour autant « occultées » ou assimilées à des hommes. L'Ordonnance part de l'hypothèse que les femmes minoritaires au sein d'un groupe professionnel déterminé peuvent toucher un salaire plus élevé en raison de la prédominance masculine. À l'inverse, les hommes qui sont minoritaires sont susceptibles d'être défavorisés du fait qu'ils appartiennent à un groupe professionnel composé majoritairement de femmes.

[186] In upholding the PO occupational group as the comparator, as proposed by PSAC and endorsed by CHRC, the Tribunal noted (at paragraph 281) that it comprised approximately 80 percent of CPC's total workforce. Larger occupational groups provide a more reliable basis than smaller groups for determining the existence of a wage gap between men and women performing work of equal value. Moreover, the Tribunal stated, the duties of some members of the PO group were similar to those of some members of the CR group. The work performed by some members of the groups was also similar in terms of skill, effort, responsibility and working conditions.

[187] Having thus found good reasons for selecting the POs as the comparator group, the Tribunal rejected CPC's argument that PSAC had "cherry-picked" the PO group in order to skew the comparison by selecting a relatively highly paid group of employees. In my opinion, the Tribunal's reasons provide a rational basis for its exercise of discretion and that judicial intervention is not warranted.

[188] Nor am I persuaded that the inclusion of the PO-4 internal level within the sub-group of internal workers vitiated the Tribunal's choice of comparator on the ground that the presence of a substantial number of relatively well-paid women in CPC's workforce effectively undermined the CR group's complaint of systemic gender discrimination. I do not agree that, because the PO group includes a substantial number of well-paid women (the PO-4s), the selection of the POs as the comparator is contrary to the purpose of section 11, namely the elimination of systemic gender discrimination in the labour market.

[189] First, the Guidelines specifically contemplate the presence of women within a male-dominated comparator group, and *vice versa*. The presence of well-paid women in the PO group is not being "masked". And, as already

[186] Pour accepter le groupe professionnel PO comme groupe de comparaison, comme le proposait l'AFPC et comme la CCDP l'avait confirmé, le Tribunal a fait observer (au paragraphe 281) que ce groupe représentait environ 80 p. 100 de l'effectif total de la SCP. Le choix d'un groupe professionnel plus grand était un choix plus fiable que celui d'un groupe plus petit pour déterminer l'existence d'un écart salarial entre les hommes et les femmes exécutant des fonctions équivalentes. Le Tribunal a également souligné que les fonctions exercées par certains des membres du groupe PO étaient semblables à celles effectuées par certains membres du groupe CR. De plus, une partie du travail exécuté par les employés appartenant à ces deux groupes était similaire en termes de qualifications, d'efforts, de responsabilités et de conditions de travail.

[187] Ayant donc constaté l'existence de bonnes raisons de choisir le groupe PO comme groupe de comparaison, le Tribunal a rejeté l'argument de la SCP selon lequel le groupe PO avait été « trié sur le volet » par l'AFPC pour fausser la comparaison en choisissant un groupe d'employés relativement bien rémunérés. À mon avis, on trouve dans les motifs du Tribunal un fondement logique qui justifie l'exercice qu'il a fait de son pouvoir discrétionnaire et l'intervention de la Cour n'est donc pas justifiée.

[188] Je ne suis pas non plus convaincu que l'inclusion des employés du groupe interne PO-4 dans le sous-groupe des salariés internes a eu pour effet de vicier le choix de groupe de comparaison du Tribunal au motif que la présence d'un nombre important de femmes relativement bien rémunérées au sein de l'effectif de la SCP a eu pour effet de miner la plainte de discrimination systémique fondée sur le sexe du groupe CR. Je ne suis pas d'accord pour dire que, parce que le groupe PO comprend un nombre important de femmes bien rémunérées (les salariées PO-4), la sélection du groupe PO comme groupe de comparaison va à l'encontre de l'objet visé par l'article 11, à savoir l'élimination de la discrimination systémique fondée sur le sexe sur le marché du travail.

[189] Premièrement, l'Ordonnance prévoit explicitement la présence de femmes au sein d'un groupe de comparaison à prédominance masculine et vice versa. La présence de femmes bien rémunérées au sein du

noted, both the PO group as a whole and the PO internal sub-group are predominantly male as defined by the Guidelines.

[190] Second, the fact that some women at CPC were relatively well paid does not necessarily preclude the existence of systemic gender discrimination elsewhere in the corporation. Systemic gender discrimination means that work performed by women tends to be undervalued, not that this is necessarily the case in every situation. The fact that the PO-4 internal level has become gender-neutral, so that mail sorting has lost its character as “women’s work”, and is performed within a predominantly male occupational group, may well explain why women in the PO-4 internal level are relatively well paid.

[191] Third, counsel referred us to no principle that requires the removal of some members of an occupational group from the comparator group. While the Guidelines contemplate the use of more than one occupational group as a comparator, they do not suggest that part of an occupational group may be used.

[192] CPC has also argued that the PO-4s should themselves constitute the comparator. There are several difficulties with this argument. First, although the PO-4 internal level comprised approximately 80 percent of the internal workers sub-group, and over 40 percent of the PO group as a whole, it is not an employer-designated occupational group, but merely one level within the sub-group of internal workers in the PO group. “Levels” connote wage differentials within an occupational group. Since wages for one level are set in relation to others, the wages of one level cannot be considered in isolation from those of the rest of the occupational group which, as already noted, was in this case predominantly male.

groupe PO n’est pas « occultée ». Et, comme je l’ai déjà signalé, tant le groupe PO dans son ensemble que le sous-groupe interne PO sont composés majoritairement d’hommes au sens de l’Ordonnance.

[190] Deuxièmement, le fait que certaines femmes étaient relativement bien payées à la SCP n’exclut pas nécessairement l’existence d’une discrimination systémique fondée sur le sexe ailleurs au sein de cette société. Par discrimination systémique fondée sur le sexe, on veut dire que le travail effectué par les femmes a tendance à être sous-évalué, et non que ce soit nécessairement le cas dans chaque situation. Le fait que le niveau interne PO-4 soit désormais composé à parts égales d’hommes et de femmes, de sorte que le tri du courrier ne peut plus être qualifié de « travail de femme » et le fait que ce travail soit effectué par des employés appartenant à un groupe professionnel à prédominance masculine peut bien expliquer la raison pour laquelle les femmes du niveau interne PO-4 sont relativement bien rémunérées.

[191] Troisièmement, les avocats ne nous ont cité aucun principe qui exigerait que l’on supprime certains membres d’un groupe professionnel du groupe de comparaison. Bien que l’Ordonnance prévoit l’utilisation de plusieurs groupes professionnels comme groupe de comparaison, elle ne propose pas de n’utiliser qu’une partie d’un groupe professionnel.

[192] La SCP soutient également que les salariés PO-4 devraient eux-mêmes constituer le groupe de comparaison. Cet argument comporte plusieurs difficultés. Premièrement, bien que le niveau interne PO-4 compte environ 80 p. 100 du sous-groupe des employés internes, et plus de 40 p. 100 du groupe PO dans son ensemble, il ne s’agit pas du groupe professionnel désigné par l’employeur, mais seulement d’un des niveaux du sous-groupe des employés internes du groupe PO. Les « niveaux » correspondent aux salaires différents versés aux membres du même groupe professionnel. Comme le salaire versé aux employés d’un niveau est établi en fonction des autres, le salaire correspondant à un niveau ne peut être examiné sans tenir compte des autres employés du groupe professionnel qui, comme il a déjà été signalé, était composé majoritairement d’employés de sexe masculin dans le cas qui nous occupe.

[193] Second, the PO-4 internal level comprised roughly equal numbers of men and women, and was thus “gender neutral”. It therefore could not be a comparator, because it was not predominantly of the opposite sex from the predominantly female CR group.

[194] The Tribunal also rejected the argument that the General Labour and Trades, and General Services occupational groups, which were represented in collective bargaining by PSAC, were more appropriate comparators. These groups represented only a small percentage of CPC employees and did not perform work similar to that of any members of the CR group.

[195] For these reasons, I am not persuaded that the Tribunal’s choice of comparator group was unreasonable or contrary to the purpose of the Act. In my respectful view, the applications Judge erred in law in concluding that the Tribunal had committed reviewable error in the exercise of its broad discretion over the selection of a comparator group.

ISSUE 2: Did the Tribunal apply the correct standard of proof when finding that members of the complainant and comparator groups were performing work of equal value?

(i) Facts in issue

[196] When determining whether members of a complainant group are paid less than those of the comparator group for performing work of equal value, a Tribunal must make two findings about their jobs.

[197] First, the value of the jobs performed by the members of the groups must be assessed. Subsection 11(2) of the Act prescribes that the value of work must be assessed on the basis of a composite of the skill, effort, and responsibility required, and the conditions under which the work is performed. The Tribunal must weigh

[193] Deuxièmement, le niveau interne PO-4 était composé à peu près en parts égales d’hommes et de femmes, de sorte qu’il était « neutre sur le plan du sexe ». Il ne pouvait donc pas servir de groupe de comparaison, parce qu’il n’était pas composé majoritairement de membres du sexe opposé à celui du groupe CR, lequel était à prédominance féminine.

[194] Le Tribunal a également écarté l’argument selon lequel les groupes professionnels Manœuvres et hommes de métier et Services divers, qui étaient représentés par l’ACFP lors des négociations collectives, étaient des groupes de comparaison plus appropriés. Ces groupes ne représentaient qu’un faible pourcentage des employés de la SCP et ils n’effectuaient pas un travail semblable à celui des membres du groupe CR.

[195] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu que le choix de groupe de comparaison qu’a effectué le Tribunal était déraisonnable ou qu’il allait à l’encontre de l’objectif visé par la Loi. À mon humble avis, le juge de première instance a commis une erreur de droit en concluant que le Tribunal avait commis une erreur justifiant l’intervention de la Cour dans la façon dont il avait exercé son vaste pouvoir discrétionnaire en matière de sélection d’un groupe de comparaison.

DEUXIÈME QUESTION : Le Tribunal a-t-il appliqué la bonne norme de preuve en concluant que les membres du groupe plaignant et du groupe de comparaison exerçaient des fonctions équivalentes?

i) Faits en litige

[196] Pour déterminer si les membres du groupe plaignant sont moins bien rémunérés que ceux du groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes, le Tribunal doit tirer deux conclusions au sujet des fonctions qu’ils exercent.

[197] Il doit tout d’abord établir l’équivalence des fonctions exécutées par les salariés des groupes en question. Le paragraphe 11(2) de la Loi prévoit que le critère à appliquer pour établir l’équivalence des fonctions est le dosage de qualifications, d’efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des

the evidence before it on these aspects of the work and determine whether it is sufficiently cogent to enable the Tribunal to conclude on a balance of probabilities that the jobs had been properly evaluated.

[198] Because it may be impractical to collect the necessary data for all the jobs performed by members of the groups, it is sufficient to evaluate the work performed by representative samples of the groups. The Tribunal will normally have before it job evaluations submitted on behalf of the parties as a result of a joint union-management study. In this case, however, job evaluations were submitted on behalf of the complainants alone. The Tribunal relied on the reports of the professional team retained by PSAC and on the *viva voce* evidence of the “spokesperson” of the team, Dr. Wolf, in adopting the team’s evaluation of the work performed by members of the groups.

[199] Second, on the basis of an evaluation of the work, the Tribunal must then decide if enough members of the complainant group were performing work of at least equal value to that of members of the comparator group to enable it to determine if there was a gender-based wage gap in breach of section 11. As already indicated, the evidence of the professional team was that if a substantial portion of the CR positions were at least equal in value to one or more of the PO positions, the wages of the two groups could be compared to determine if they were being paid differently for performing work of equal value.

[200] In a report submitted in 1995 (PSAC-29), the professional team found that 62.9 percent of the jobs of the CR group were of equal or greater value than the least valuable job in the PO group. However, in its report of June 2000 (PSAC-180), the professional team reviewed its earlier evaluations in the light of evidence subsequently produced by CPC, mainly related to the PO positions.

conditions de travail. Le Tribunal doit apprécier les éléments de preuve dont il dispose sur ces aspects du travail et déterminer s’ils sont suffisamment convaincants pour lui permettre de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les fonctions ont été correctement évaluées.

[198] Comme il peut être peu pratique de recueillir les données nécessaires pour toutes les fonctions exécutées par les membres de ces groupes, il suffit d’évaluer le travail effectué par des échantillons représentants les groupes en question. Le Tribunal disposera normalement d’évaluations des emplois qui lui auront été soumises pour le compte des parties à la suite d’une étude conjointe patronale-syndicale. En l’espèce toutefois, les évaluations d’emplois ont été soumises uniquement pour le compte des plaignants. Le Tribunal s’est fondé sur les rapports des membres de l’équipe professionnelle retenus par l’AFPC et sur le témoignage du « porte-parole » de l’équipe, M. Wolf, pour adopter l’évaluation que l’équipe avait faite des fonctions exécutées par les membres des groupes en cause.

[199] Deuxièmement, sur le fondement de l’évaluation des emplois, le Tribunal doit ensuite décider si un nombre suffisant de membres du groupe plaignant effectuaient des fonctions d’une valeur égale ou supérieure à celle des membres du groupe de comparaison pour lui permettre de déterminer s’il existait un écart de rémunération fondée sur le sexe, et ce, en violation de l’article 11. Ainsi qu’il a déjà été indiqué, suivant les membres de l’équipe professionnelle, si une partie importante des postes CR avaient une valeur égale ou supérieure à un ou à plusieurs des postes PO, on pouvait alors comparer le salaire des membres de chacun des groupes en question pour déterminer s’ils recevaient une rémunération différente pour des fonctions équivalentes.

[200] Dans un rapport soumis en 1995 (AFPC-29), l’équipe professionnelle concluait que 62,9 p. 100 des postes du groupe CR étaient d’une valeur égale ou supérieure à un ou à plusieurs des postes du groupe PO ou, en d’autres termes, qu’ils équivalaient à ces derniers. Toutefois, dans son rapport de juin 2000 (AFPC-180), l’équipe professionnelle est revenue sur son évaluation

[201] In this latter report, the professional team found that, while the new information made relatively little difference to most evaluations, it did significantly affect the value previously attributed to two PO generic jobs: the value of one job, relief mail services courier, was revised down, while the value of the other, counter clerk, was raised. As a result of the increase in the evaluation of the generic job of counter clerk, the number of CR positions falling within the PO value line was reduced by nearly a half.

[202] Nonetheless, the professional team obviously regarded 34 percent as a “substantial portion” of members of the complainant group who come within the comparator group’s value line so as to enable the wages of the two groups to be compared for the purpose of determining whether the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value. CPC did not argue that 34 percent was too small a number for this determination to be made.

[203] Of course, if the jobs are not reliably evaluated in accordance with the statutory criteria, it cannot be established on a balance of probabilities that members of the complainant group were paid less than the comparator group for work of equal value.

[204] However, I should also add this. Historically, women in predominantly female occupations have generally been paid less than men for work of equal value, including in the federal public service. Hence, a finding that the CR group was paid less than the PO group for performing work of equal value would hardly be a surprise, especially since clerical work has traditionally been “women’s work” and women comprised more than 80 percent of the CR group. Indeed, the surprise would have been a finding that CPC did not fit the historic pattern of undervaluing “women’s work”. Nonetheless, this does not relieve PSAC and CHRC from having to adduce evidence to prove to the Tribunal on a balance of probabilities that CPC was in breach of section 11.

précédente à la lumière des éléments de preuve ultérieurement présentés par la SCP et qui concernaient principalement les postes PO.

[201] Dans ce dernier rapport, l’équipe professionnelle a conclu que, même si les nouveaux renseignements ne changeaient pas grand-chose à la plupart des évaluations, deux postes génériques PO avaient subi des modifications significatives quant à leur pointage : le poste de messenger suppléant du service du courrier avait vu son pointage diminuer, alors que celui de commis au comptoir avait vu son pointage augmenter, ce qui avait eu pour effet de réduire de presque la moitié le nombre de postes CR entrant dans la catégorie PO.

[202] Néanmoins, l’équipe professionnelle considérait de toute évidence le chiffre de 34 p. 100 comme une « proportion importante » des membres du groupe plaignant qui correspondaient à ceux du groupe de comparaison, de sorte qu’on pouvait comparer le salaire des membres des deux groupes pour déterminer si le groupe CR était moins bien rémunéré que le groupe PO pour des fonctions équivalentes. La SCP n’a pas prétendu que 34 p. 100 était un pourcentage trop faible pour pouvoir tirer cette conclusion.

[203] Évidemment, si les postes ne sont pas évalués de façon fiable conformément aux critères prévus par la loi, on ne peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que les membres du groupe plaignant étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes.

[204] Je tiens cependant à ajouter ce qui suit. Historiquement, les femmes qui exerçaient des professions à prédominance féminine étaient, en règle générale, moins bien rémunérées que les hommes pour des fonctions équivalentes, y compris au sein de la fonction publique fédérale. Il ne serait donc guère étonnant de conclure que les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes, d’autant plus que le travail de bureau était traditionnellement un « travail de femme » et que les femmes représentaient plus de 80 p. 100 du groupe CR. D’ailleurs, la conclusion qui aurait été étonnante aurait été celle suivant laquelle la SCP se démarquait en ne suivant pas la tendance historique consistant à sous-évaluer le « travail

(ii) Standard of proof

[205] The relevant law on this issue is clear and not in dispute in this appeal. Complainants before the Canadian Human Rights Tribunal have the burden of proving that the respondent has *prima facie* discriminated against them contrary to the Act: see, for example, *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Department of National Defence)*, [1996] 3 F.C. 789 (C.A.) (*Department of National Defence*), at paragraph 33. Absent some special legislation, a balance of probabilities is the standard of proof applicable to civil proceedings in Canada: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 (*McDougall*). “Civil proceedings” include proceedings before human rights tribunals: *Department of National Defence*, at paragraph 33.

[206] After noting that there was some judicial authority for the proposition that the civil standard of proof varies according to the seriousness of the outcome for the parties and the importance of the interests at stake, Justice Rothstein said in *McDougall* (at paragraph 44):

In my view, the only practical way in which to reach a factual conclusion in a civil case is to decide whether it is more likely than not that the event occurred.

In addition, he noted (at paragraph 54):

Where the trial judge expressly states the correct standard of proof, it will be presumed that it was being applied. Where the trial judge does not express a particular standard of proof, it will also be presumed that the correct standard was applied.

I take it that, like the standard of proof itself, this presumption applies to decisions of the Canadian Human Rights Tribunal.

des femmes ». Quoi qu’il en soit, l’AFPC et la CCDP n’étaient pas pour autant dispensées de l’obligation de présenter des éléments de preuve pour démontrer au Tribunal, selon la prépondérance des probabilités, que la SCP avait contrevenu à l’article 11.

ii) Norme de preuve

[205] Les règles de droit applicables à cette question sont claires et ne sont pas contestées dans le présent appel. Devant le Tribunal canadien des droits de la personne, les plaignants ont la charge de prouver, *prima facie*, que le défendeur a commis un acte discriminatoire contre eux en violation de la Loi (voir, par exemple, *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1996] 3 C.F. 789 (C.A.) (*Ministère de la Défense nationale*), au paragraphe 33). À défaut de dispositions législatives spéciales, la prépondérance des probabilités est la norme de preuve qui s’applique aux instances civiles au Canada (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 (*McDougall*)). Les instances introduites devant les tribunaux des droits de la personne sont assimilées à des « instances civiles » (*Ministère de la Défense nationale*, au paragraphe 33).

[206] Après avoir signalé que, suivant certains précédents judiciaires, la norme de preuve civile admettait différents degrés d’examen de la preuve selon la gravité de l’affaire et l’importance des intérêts en jeu, le juge Rothstein a déclaré ce qui suit, dans l’arrêt *McDougall* (au paragraphe 44) :

À mon avis, la seule façon possible d’arriver à une conclusion de fait dans une instance civile consiste à déterminer si, selon toute vraisemblance, l’événement a eu lieu.

Il a également fait observer ce qui suit (au paragraphe 54) :

Lorsqu’il [le juge du procès] énonce expressément la bonne norme de preuve, il est présumé l’avoir appliquée. Dans le cas où le juge ne renvoie à aucune norme de preuve particulière, on présume également qu’il a appliqué la bonne.

J’en déduis que, tout comme la norme de preuve elle-même, cette présomption s’applique aux décisions du Tribunal canadien des droits de la personne.

[207] Whether the Tribunal in the present case committed a reviewable error in its application of the balance of probabilities standard of proof to the material before it is, of course, a different question. I need only say at this point that, when it comes to fact-finding, especially on difficult technical issues such as those involved in this pay equity dispute, the Tribunal is operating at the heart of its specialized jurisdiction, and its findings of fact are owed a high degree of deference, as the wording of paragraph 18.1(4)(d) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* indicates: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 46.

[208] Facts in issue are facts that are legally necessary for a plaintiff to win its case. They must be proved on a balance of probabilities. In this case, the facts in issue are the value of the jobs and, if the distribution of the values of the work performed by the complainant and comparator groups permits, the wages paid for work of equal value. However, establishing the value or, more accurately perhaps, the relative value of work, is not a purely scientific exercise, admitting of a uniquely correct answer. It calls for the exercise of judgment; not all evaluators would necessarily adopt the same methodology for assessing work, or place the same value on given jobs. Those assessing the value of work must be afforded a margin of appreciation in applying the appropriate methodology to the job data.

[209] Facts in issue should be distinguished from the evidence or intermediate facts on which findings of the facts in issue are based. It is unnecessary and, in my view, unhelpful for an adjudicator to introduce the notion of a balance of probabilities when weighing items of evidence to determine their probative value. “Balance of probabilities” is best reserved as the standard to be used

[207] La question de savoir si le Tribunal a, en l’espèce, commis une erreur justifiant notre intervention dans la façon dont il a appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités aux éléments dont il disposait est, évidemment, une question différente. Il suffit que je dise, à cette étape-ci, que, lorsqu’il s’agit de tirer des conclusions au sujet des faits, surtout lorsqu’on a affaire à des questions techniques difficiles comme celles qui sont en cause dans le présent différend en matière de parité salariale, le Tribunal se trouve au cœur même de sa compétence spécialisée et les conclusions de fait qu’il tire appellent un degré élevé de déférence, comme il ressort clairement de l’alinéa 18.1(4)d) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales (Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 46).

[208] Les faits en litige sont des faits que le demandeur doit nécessairement établir pour pouvoir obtenir gain de cause. Ils doivent être prouvés selon la prépondérance des probabilités. En l’espèce, les faits en litige sont la valeur des postes et, si la distribution de la valeur du travail exécuté par le groupe plaignant et par le groupe de comparaison le permet, le salaire payé pour des fonctions équivalentes. Toutefois, établir la valeur ou, pour être peut-être plus exact, la valeur relative du travail, n’est pas un exercice purement scientifique, qui n’admettrait qu’une seule bonne réponse. Il fait appel au jugement de l’évaluateur. Ce ne sont pas tous les évaluateurs qui adopteraient nécessairement la même méthodologie pour évaluer des postes ou qui attribueraient la même valeur à des postes déterminés. Ceux qui sont chargés d’attribuer une valeur à un poste doivent pouvoir bénéficier d’une marge de manœuvre lorsqu’il s’agit d’appliquer la méthodologie appropriée aux données portant sur des postes déterminés.

[209] Il convient également d’établir une distinction entre les faits en litige et les éléments de preuve ou les faits intermédiaires sur lesquels les conclusions tirées au sujet des faits en litige sont fondées. Il est inutile et, à mon avis, nuisible d’introduire le concept de la prépondérance des probabilités lorsqu’on apprécie des éléments de preuve pour en déterminer la valeur probante. Il vaut

by a fact-finder when determining whether, when all the evidence is weighed, a fact in issue has been proved.

[210] However, this is not to say that the weight attached to evidence is unrelated to the question of whether a fact in issue has been proved on a balance of probabilities. An adjudicator cannot conclude that a fact in issue has been proved on a balance of probabilities if the only evidence is unreliable. Conversely, I cannot imagine that an adjudicator would describe evidence as reliable unless it was more likely than not to be true, or would describe evidence as “reasonably reliable” that she thought was no more likely to be correct than to be wrong.

[211] In the present case, the Tribunal had before it three kinds of evidence from which to determine if the professional team had accurately assessed the value of the work performed by the CR and PO groups. First, it considered job information on the nature of the work and the wages paid for that work. Second, it considered whether the Hay method evaluation plan used by the professional team was an appropriate methodology for assessing the value of the work performed by the CR and PO groups by reference to the statutory criteria of skill, effort, responsibility, and working conditions. Third, it considered whether the evaluators had adopted a proper process in applying the methodology to the data.

[212] Having found that the only three items of evidence on which it could assess the professional team’s evaluation of the jobs were reasonably reliable, the Tribunal could conclude on a balance of probabilities that the jobs had been properly evaluated.

[213] In the course of its reasons, the Tribunal did at times refer to a balance of probabilities or its equivalent, “more likely than not”, when assessing the reliability of items of evidence. To ask, as it did, whether it is more likely than not that certain evidence was reasonably

mieux pour l’arbitre des faits de ne recourir à la « prépondérance des probabilités » que comme norme permettant de déterminer si, vu l’ensemble de la preuve, un fait en litige a été prouvé.

[210] Toutefois, cela ne veut pas dire que la valeur à accorder à des éléments de preuve n’a rien à voir avec la question de savoir si un fait en litige a été prouvé selon la prépondérance des probabilités. L’arbitre des faits ne peut conclure qu’un fait en litige a été prouvé selon la prépondérance des probabilités si les seuls éléments de preuve dont il dispose ne sont pas fiables. En revanche, je ne peux imaginer que l’arbitre des faits considérerait comme fiables des éléments de preuve s’il n’est pas plus vraisemblable qu’ils sont véridiques, ou qu’il qualifierait de « raisonnement fiables » les éléments de preuve qui, selon toute vraisemblance, sont faux.

[211] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal disposait de trois types d’éléments de preuve qui lui permettaient de déterminer si l’équipe professionnelle avait apprécié avec exactitude la valeur du travail exécuté par le groupe CR et par le groupe PO. Premièrement, il a examiné les renseignements sur les emplois portant sur la nature du travail et le salaire payé pour ce travail. Deuxièmement, il s’est demandé si la méthode Hay utilisée par l’équipe professionnelle était une méthode appropriée pour apprécier la valeur du travail effectué par le groupe CR et par le groupe PO en fonction des critères prévus par la loi, à savoir le dosage de qualifications, d’efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail. Troisièmement, il s’est demandé si les évaluateurs avaient adopté le bon processus pour appliquer la méthodologie aux données.

[212] Ayant conclu que les trois seuls éléments de preuve qui lui permettaient de décider si l’évaluation des postes réalisée par l’équipe professionnelle était raisonnablement fiable, le Tribunal pouvait conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les postes avaient été correctement évalués.

[213] Dans ses motifs, le Tribunal a cité à l’occasion la norme de la « prépondérance des probabilités » ou son équivalent, la notion de la « vraisemblance » pour apprécier la fiabilité des éléments de preuve. Il peut être redondant de demander, comme il l’a fait, si, selon toute

reliable may be redundant. It does not in my view, however, amount to an error of law by demonstrating that the Tribunal deviated from the task that it had set itself: to assess the reliability of each of these items of evidence and to ask whether, taken as a whole, they established on a balance of probabilities that the professional team had properly evaluated the work.

(iii) Tribunal's reasons

[214] I turn now to the reasons of the Tribunal to determine if it applied the balance of probabilities standard of proof when making findings of the facts in issue. The first fact in issue is the proper evaluation of the jobs. If the Tribunal was satisfied of this on a balance of probabilities, and if a substantial portion of the CR jobs were at least as valuable as the lowest valued PO job, it could then determine whether the complainants were being paid less than the comparator group for performing work of equal value contrary to section 11. In its memorandum of fact and law, CPC did not challenge that this was an appropriate basis for being able to compare the wages of the two groups in order to determine if the CR group had been paid less than the PO group for performing work of equal value.

[215] In its overview of the legal principles governing a human rights complaint, the Tribunal correctly stated (at paragraph 69) that a *prima facie* case of discrimination must be established on "the civil standard, a balance of probabilities." Turning later to the question of whether there was a *prima facie* case of discrimination contrary to section 11, the Tribunal provides the reader with a road map of its task (at paragraph 257):

Therefore, when addressing section 11 in the context of the Complaint before this Tribunal, each of the following elements must be proven, on a balance of probabilities. The elements are taken from section 11 of the *Act* and from the guidance which is offered concerning the particularizing of the section through guidelines promulgated by the Commission pursuant to its mandate under section 27 of the *Act*.

vraisemblance, certains éléments de preuve étaient raisonnablement fiables. En agissant ainsi, le Tribunal n'a pas, à mon avis, commis d'erreur de droit qui démontrerait qu'il s'est écarté de la tâche qu'il s'était lui-même fixée, en l'occurrence d'évaluer la fiabilité de chacun des éléments de preuve en question et de se demander si, dans l'ensemble, ils établissaient selon la prépondérance des probabilités que l'équipe professionnelle avait correctement évalué le travail.

iii) Les motifs du Tribunal

[214] Je passe maintenant aux motifs du Tribunal pour déterminer s'il a appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités pour tirer ses conclusions au sujet des faits en litige. Le premier fait en litige est l'évaluation des postes. Si le Tribunal était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que cette évaluation était correcte et si une partie importante des postes CR avait une valeur au moins aussi élevée que le poste PO ayant la valeur la moins élevée, le Tribunal pouvait alors déterminer si les plaignants étaient moins bien rémunérés que les membres du groupe de comparaison pour des fonctions équivalentes, contrairement à l'article 11. Dans son mémoire des faits et du droit, la SCP n'a pas contesté que cette méthode était appropriée pour comparer le salaire des deux groupes afin de déterminer si les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes.

[215] Dans son survol des principes juridiques régissant les plaintes en matière de droits de la personne, le Tribunal affirme à juste titre (au paragraphe 69) que la preuve *prima facie* de discrimination doit être établie selon « la norme civile, la prépondérance des probabilités ». Examinant plus loin la question de savoir s'il existe en l'espèce une preuve *prima facie* de discrimination contraire à l'article 11, le Tribunal explique comme suit sa démarche au lecteur (au paragraphe 257) :

Par conséquent, lorsque l'on traite de l'article 11 dans le contexte de la plainte dont le Tribunal est saisi, chacun des éléments suivants doit être prouvé, selon la prépondérance des probabilités. Les éléments figurent à l'article 11 de la Loi et dans les directives qui sont offertes concernant les précisions de l'article dans les ordonnances prises par la Commission en vertu du mandat qui lui est conféré en vertu de l'article 27 de la Loi :

(1) The complainant occupational group is predominantly of one sex and the comparator occupational group is predominantly of the other sex. In this Complaint, that means the complainant CR's must be predominantly female and the comparator PO's must be predominantly male.

(2) The female-dominated occupational group and the male-dominated occupational group being compared are composed of employees who are employed in the same establishment.

(3) The value of the work being compared between the two occupational groups has been assessed reliably on the basis of the composite of the skill, effort, and responsibility required in the performance of the work, and the conditions under which the work is performed. The resulting assessment establishes that the work being compared is of equal value.

(4) A comparison made of the wages being paid to the employees of the two occupational groups for work of equal value demonstrates that there is a difference in wages between the two, the predominantly female occupational group being paid a lesser wage than the predominantly male occupational group. This wage difference is commonly called a "wage gap". [Emphasis added.]

[216] In my view, the Tribunal correctly identified in this paragraph the facts in issue and the applicable standard of proof. I shall focus on element three because this is where my colleagues say that the Tribunal erred. Nor can I fault the Tribunal's statement that the complainants must prove on a balance of probabilities that the value of the work had been "reliably" assessed.

[217] The Tribunal's statement that the assessments establish that the work performed by members of the groups being compared is of equal value is also correct. Since a substantial portion of CR jobs were more valuable than the lowest valued PO job, it was possible to compare the wages paid to the PO and CR groups to determine if they were being paid differently for performing work of equal value.

(1) Le groupe professionnel plaignant est composé majoritairement de membres appartenant au même sexe et le groupe professionnel de comparaison est composé majoritairement de membres de l'autre sexe. Dans la présente plainte, cela signifie que le groupe des CR plaignants doit être à prédominance féminine et le groupe de comparaison PO doit être à prédominance masculine.

(2) Le groupe professionnel à prédominance féminine et le groupe professionnel à prédominance masculine qui sont comparés sont composés d'employés qui travaillent dans le même établissement.

(3) La valeur du travail comparé entre les deux groupes professionnels a été évaluée de façon fiable sur le fondement du dosage de qualifications, d'efforts et de responsabilités nécessaire pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail. L'évaluation qui s'ensuit établit que le travail comparé est de valeur égale.

(4) Une comparaison faite entre les salaires versés aux employés des deux groupes professionnels pour des fonctions équivalentes démontre qu'il existe une différence entre les salaires versés entre les deux groupes, le groupe professionnel à prédominance féminine qui est moins bien rémunéré que le groupe professionnel à prédominance masculine. Cette disparité salariale est communément appelée « écart de rémunération ». [Non souligné dans l'original.]

[216] À mon avis, dans ce paragraphe, le Tribunal a correctement cerné les faits en litige et la norme de preuve applicable. Je vais m'attarder sur le troisième élément parce que c'est sur ce point que mes collègues affirment que le Tribunal a commis une erreur. Je ne trouve non plus rien à redire au sujet de l'affirmation du Tribunal suivant laquelle les plaignants doivent établir, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur du travail a été appréciée de façon « fiable ».

[217] L'affirmation du Tribunal suivant laquelle l'évaluation qui a été faite établit que le travail effectué par les membres des groupes qui ont été comparés est de valeur égale est également correcte. Étant donné qu'une partie importante des postes CR avaient une valeur plus élevée que le poste PO s'étant vu attribuer la valeur la plus faible, il était possible de comparer le salaire versé aux membres du groupe PO et à ceux du groupe CR pour déterminer s'ils étaient rémunérés différemment pour l'exécution de fonctions équivalentes.

[218] Later in its reasons, the Tribunal repeats that it has identified a balance of probabilities as the standard to be applied to the proof of facts in issue, this time to the proof of a wage gap (at paragraphs 801 and 803):

The Tribunal accepts that the evidence of the Professional Team, both through the *viva voce* evidence of Dr. Wolf and also through the presentation of the Team's Reports to the Tribunal, is sufficient, on a balance of probabilities, to demonstrate a wage gap when the work of the predominantly female CR's was compared with the work of equal value being performed by the predominantly male PO's at Canada Post.

...

Having accepted that there is a wage gap, and, consequently, there is proof, on a balance of probabilities, that there has been systemic discrimination in this "pay equity" complaint, the next step is to select the most appropriate wage adjustment methodology to use to calculate an award of lost wages and to eliminate the gap. [Emphasis added.]

[219] In my view, these passages amply demonstrate that the Tribunal has identified a balance of probabilities as the standard of proof of the facts in issue. It is therefore entitled to the benefit of the *McDougall* presumption that this is the standard that it in fact applied. The question to be decided, therefore, is whether other aspects of the Tribunal's reasons are so wayward as to rebut the presumption and to lead to the conclusion that, contrary to its clear assertion to the contrary, the Tribunal in fact applied some lower standard.

[220] Without going through the Tribunal's reasons in undue detail, I shall refer to paragraphs that seem to have caused most concern as to whether the Tribunal applied the balance of probabilities standard to the facts in issue, namely, whether the wage comparison of the CR and PO groups related to work of equal value (at paragraph 412):

These rulings [in the three cases cited above] support a call for a standard of reasonableness, there being no such thing as absolute reliability. The application of such a standard will

[218] Plus loin dans ses motifs, le Tribunal répète qu'il a retenu la norme de la prépondérance des probabilités comme norme à appliquer pour faire la preuve des faits en litige, cette fois pour faire la preuve de l'existence d'un écart de rémunération (aux paragraphes 801 et 803) :

Le Tribunal accepte que la preuve de l'Équipe professionnelle, qu'il s'agisse du témoignage de vive voix de M. Wolf ou qu'il s'agisse des rapports présentés par l'Équipe au Tribunal, suffit, selon la prépondérance des probabilités, à démontrer l'existence d'un écart de rémunération lorsque, à Postes Canada, le travail exécuté par le groupe des CR à prédominance féminine est comparé au travail de valeur égale exécuté par le groupe des PO à prédominance masculine.

[...]

Ayant accepté, dans la présente plainte en matière de « parité salariale », qu'il y a eu écart de rémunération et qu'il existe une preuve, selon la prépondérance des probabilités, qu'il y a eu discrimination systémique, la prochaine étape consiste à choisir la méthode de rajustement des salaires la plus appropriée quant au calcul d'une indemnité pour perte de salaires et quant à l'élimination de l'écart. [Non souligné dans l'original.]

[219] À mon avis, ces extraits démontrent amplement que le Tribunal a retenu la norme de la prépondérance des probabilités comme norme de preuve à utiliser pour les faits en litige. Il a donc droit à la présomption de l'arrêt *McDougall*, c'est-à-dire qu'il a le droit d'être présumé avoir effectivement appliqué cette norme. La question à trancher est donc celle de savoir si d'autres aspects des motifs du Tribunal sont discordants au point de réfuter la présomption et pour nous amener à la conclusion que, contrairement à son affirmation catégorique, le Tribunal a effectivement appliqué une norme moins exigeante.

[220] Sans entrer trop dans le détail des motifs du Tribunal, je vais citer les paragraphes qui semblent avoir soulevé le plus de préoccupations sur la question de savoir si le Tribunal avait appliqué la norme de la prépondérance des probabilités aux faits en litige, en l'occurrence pour déterminer si la comparaison entre le salaire versé aux salariés du groupe CR et à ceux du groupe PO se rapportait à des fonctions équivalentes (au paragraphe 412) :

Ces décisions [dans les trois cas précités] appuient le choix de la norme de la décision raisonnable car il n'existe pas de norme de fiabilité absolue. L'application d'une telle norme

depend very much on the context of the situation under examination. The issue is, then, given all the circumstances of the case before this Tribunal, is it more likely than not that the job information, from its various sources, the evaluation system and the process employed, and the resulting evaluations are, despite any weaknesses, sufficiently adequate to enable a fair and reasonable conclusion to be reached, as to whether or not, under section 11 of the *Act*, there were differences in wages for work of equal value, between the complainant and comparator employees concerned?

[221] The difficulty with this paragraph, my colleagues say, is that by focussing on the reliability of the job information, and the methodology and process used to evaluate the jobs, the Tribunal deviated from its task of deciding whether it had been established on a balance of probabilities that the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value.

[222] In particular, it can be argued that the Tribunal in this paragraph was diluting the standard of proof when it asked whether it is “more likely than not” that the material is “sufficiently adequate” to enable a “fair and equitable conclusion” to be reached on whether there were wage differences for work of equal value. I do not agree.

[223] In my opinion, this paragraph is not sufficient to rebut the presumption that the Tribunal applied the standard of proof that it stated it was applying. At this stage of its reasons, the Tribunal is merely directing itself on its task of weighing the sufficiency of the evidence in order to reach a “fair and equitable conclusion” on whether there were differences in wages for work of equal value. It was not formulating the standard of proof.

[224] Indeed, in the previous paragraph, the Tribunal had quoted a passage from the reasons of Hugessen J.A. writing for the Court in *Department of National Defence*, at paragraph 33, where he reiterated that, in proceedings

dépendra en grande partie du contexte de la situation à l'étude. La question, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire dont le Tribunal est saisi, consiste à savoir si, selon toute vraisemblance, les renseignements sur l'emploi, compte tenu de leurs diverses sources, le système d'évaluation, le processus utilisé et les évaluations qui en ont résulté, malgré leurs lacunes, sont-ils suffisamment adéquats pour que l'on puisse en arriver à une conclusion juste et raisonnable, quant à savoir, en vertu de l'article 11 de la Loi, s'il existait une différence entre les salaires des employés du groupe plaignant et les salaires des employés du groupe de comparaison pour l'exécution de fonctions équivalentes?

[221] La difficulté que soulève ce paragraphe, selon mes collègues, réside dans le fait qu'en se concentrant sur la fiabilité des renseignements sur les emplois et sur la méthodologie et le processus utilisés pour évaluer les emplois, le Tribunal s'est écarté de la tâche qui lui incombait de décider s'il avait été établi selon la prépondérance des probabilités que les membres du groupe CR étaient moins bien rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes.

[222] En particulier, on pourrait soutenir que, dans ce paragraphe, le Tribunal dilue la norme de preuve lorsqu'il se demande si « selon toute vraisemblance », les renseignements sont « suffisamment adéquats » pour que l'on puisse arriver à une « conclusion juste et raisonnable » quant à savoir s'il existait une différence entre les salaires des employés des deux groupes pour l'exécution de fonctions équivalentes. Je ne suis pas de cet avis.

[223] À mon sens, ce paragraphe n'est pas suffisant pour réfuter la présomption que le Tribunal a appliqué la norme de preuve qu'il affirmait appliquer. À cette étape de ses motifs, le Tribunal s'attaque tout simplement à la tâche qui lui incombait de vérifier si les éléments de preuve dont il disposait étaient suffisants pour lui permettre de tirer une « conclusion juste et équitable » sur la question de savoir si le salaire versé pour des fonctions équivalentes était différent selon les employés concernés. Il ne formulait pas de norme de preuve.

[224] D'ailleurs, au paragraphe précédent, le Tribunal avait cité un passage des motifs du juge Hugessen, qui écrivait au nom de la Cour dans la décision *Ministère de la Défense nationale*. Au paragraphe 33, le juge Hugessen

before the Canadian Human Rights Tribunal, a balance of probabilities is the standard of proof, a standard, he noted, which is “a long way from certainty”. In my opinion, it is very unlikely that, in writing in paragraph 412 that the evidence must be adequate to enable a fair and equitable conclusion to be reached on whether there had been a breach of section 11, the Tribunal intended to contradict the statement that it had just quoted on the standard of proof that it must apply.

[225] The words “fair and reasonable conclusion” in paragraph 412 of the Tribunal’s reasons have their origin in the reasons in an earlier pay equity decision, *Canada (Public Service Alliance) v. Canada (Treasury Board)*, 1996 CanLII 1874 (C.H.R.T.) (*Treasury Board*), which is quoted at paragraph 409 by the Tribunal in the present case. The Tribunal opined in *Treasury Board* (at paragraph 187) that, since perfect gender neutrality is probably unattainable and pay equity is not susceptible to precise measurement, “one should therefore be satisfied with reasonably accurate results based on what is, according to one’s good sense, a fair and equitable resolution” (emphasis added) of a wage gap between men and women performing work of equal value.

[226] When read in context (including a discussion by the Tribunal of a balance of probabilities as the governing standard of proof), the reference to “a fair and equitable conclusion” in the present case is more akin to a statement of the general goal of those implementing pay equity legislation than to an articulation of the narrower legal question of the applicable standard of proof. This does not, in my opinion, establish that the Tribunal had lost sight of its ultimate task, namely, deciding on a balance of probabilities whether there had been a breach of section 11. In any event, who could disagree that the Tribunal’s aim should be to strive to reach “a fair and reasonable conclusion” to a dispute?

rètirerait que, dans les instances introduites devant le Tribunal canadien des droits de la personne, la prépondérance des probabilités est la norme de preuve, une norme qui, a-t-il fait observer, « se situe loin de la certitude ». À mon avis, il est très peu probable qu’en écrivant au paragraphe 412 que les éléments de preuve doivent être suffisamment adéquats pour que l’on puisse en arriver à une conclusion juste et raisonnable quant à savoir si l’on a contrevenu à l’article 11 de la Loi, le Tribunal cherchait à contredire l’affirmation qu’il venait tout juste de reproduire au sujet de la norme de preuve qu’il doit appliquer.

[225] Les mots « conclusion juste et raisonnable » au paragraphe 412 des motifs du Tribunal trouvent leur origine dans une décision antérieure rendue en matière de parité, *Canada (Alliance de la fonction publique) c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1996] D.C.D.P. n° 2 (QL) (*Conseil du Trésor*), que le Tribunal cite au paragraphe 409 dans la présente affaire. Le Tribunal s’est dit d’avis que dans l’affaire *Conseil du Trésor* (au paragraphe 187) que, comme une neutralité parfaite sur le plan du sexe était probablement irréalisable et qu’il est impossible de mesurer de façon précise l’égalité de rémunération, « on devrait donc se satisfaire de résultats raisonnablement satisfaisants fondés sur ce qui, selon le bon sens, constitue un règlement juste et équitable de tout écart discriminatoire entre les salaires payés aux hommes et ceux versés aux femmes pour des fonctions équivalentes » (non souligné dans l’original).

[226] Lorsqu’on la situe dans son contexte (et que l’on tient notamment compte du passage où le Tribunal explique que la prépondérance des probabilités est la norme de preuve applicable), l’expression « conclusion juste et équitable » dans la présente affaire s’apparente davantage à une énonciation de l’objectif général que doivent viser ceux qui sont chargés de mettre en application les mesures législatives portant sur la parité salariale qu’à une articulation de la question juridique plus étroite de la norme de preuve applicable. On ne saurait à mon avis en conclure que le Tribunal avait perdu de vue sa tâche ultime, à savoir celle de décider, selon la prépondérance des probabilités, s’il y avait eu une violation de l’article 11. En tout état de cause, qui ne pourrait être d’accord pour dire que le Tribunal devrait avoir pour objectif de trouver une « solution juste et raisonnable » au différend?

[227] My colleagues also rely on the following paragraphs of the Tribunal's reasons as indicative of its failure to apply the correct standard of proof to the facts in issue (at paragraph 703):

Accordingly, the Tribunal concludes that it is more likely than not that the aforementioned reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of competent evaluators, as were the Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees.

The Tribunal repeats this conclusion in the following at paragraph 798:

The Tribunal has already concluded that it is more likely than not that the reasonably reliable Hay Plan, process and job information, in the hands of the competent Professional Team, would result in reasonably reliable job evaluation values being attributed to the work performed by CR and PO employees (paragraph [703]). In determining the value of the work performed by those employees, the Professional Team applied the composite of the skill, effort and responsibility required in the performance of the work, and the conditions under which the work was performed, all in line with the requirements of subsection 11(2) of the *Act*.

[228] It is said that the fact that the evidence before the Tribunal was such as to produce "reasonably reliable job evaluations" is not the same as concluding that on a balance of probabilities the work being compared was of equal value. However, if the evaluation of the jobs was "reasonably reliable" and a substantial portion of the CR group was performing work at least equal in value to the least valuable PO job, I cannot see what else needs to be proved, or what finding made, in order to establish that the wage comparison related to work of equal value. As already noted, the Tribunal accepted the evidence of the professional team that "a significant portion of the CR positions were of a value equal to or greater than that of the PO jobs": paragraph 799.

[227] Mes collègues citent également les paragraphes suivants des motifs du Tribunal pour affirmer qu'ils indiquent que le Tribunal n'a pas appliqué la bonne norme de preuve aux faits en litige (au paragraphe 703) :

Par conséquent, le Tribunal conclut que, selon toute vraisemblance, le processus Hay ainsi que les renseignements sur les emplois raisonnablement fiables susmentionnés, entre les mains d'évaluateurs compétents, comme l'étaient les membres de l'Équipe professionnelle, permettraient l'attribution de valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables aux travaux exécutés par les employés CR et par les employés PO.

Le Tribunal reprend la même conclusion dans le paragraphe suivant (au paragraphe 798) :

Le Tribunal a déjà conclu que, selon toute vraisemblance, l'utilisation par l'Équipe professionnelle compétente du plan Hay, du processus ainsi que des renseignements sur l'emploi, lesquels sont raisonnablement fiables, aurait comme résultat que des valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables seraient attribuées au travail exécuté par les employés CR et par les employés PO (paragraphe [703]). En déterminant la valeur du travail exécuté par ces employés, l'Équipe professionnelle a appliqué le dosage de qualifications, d'effort et de responsabilité nécessaires pour leur exécution, compte tenu des conditions de travail, conformément aux exigences du paragraphe 11(2) de la Loi.

[228] Il y aurait lieu, dit-on, d'établir une distinction entre, d'une part, le fait que les éléments de preuve dont disposait le Tribunal permettaient d'attribuer des « valeurs d'évaluation des emplois raisonnablement fiables » et, d'autre part, le fait de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que les fonctions faisant l'objet de la comparaison étaient équivalentes. Toutefois, si l'évaluation des postes était « raisonnablement fiable » et qu'une partie importante des postes CR étaient d'une valeur égale ou supérieure au poste PO ayant la valeur la moins élevée, je ne vois pas quelle autre preuve ou conclusion était nécessaire pour pouvoir établir que la comparaison salariale portait sur des fonctions équivalentes. Ainsi que je l'ai déjà signalé, le Tribunal a accepté les éléments de preuve de l'équipe professionnelle suivant lesquels « une partie importante des postes CR étaient d'une valeur égale ou supérieure à celle des emplois PO » (au paragraphe 799).

[229] The Tribunal’s creation of sub-bands of the reasonable reliability of the evidence on which the job values were assessed has also raised a question as to whether the Tribunal reduced the standard of proof below that of a balance of probabilities. While the elaboration of these “sub-bands” may have been unnecessary, it indicates that the Tribunal was well aware of the limitations of the evidence, and weighed it with great care. As already noted, problems with the evidence resulted, in large part, from the failure of the parties to produce a joint pay equity study evaluating the work performed and determining the wages paid, CHRC’s failure to exercise its powers to require CPC to produce information, and the adversarial context in which the exercise was conducted.

[230] In my opinion, the Tribunal eschewed “reliable” as the standard for evaluating the evidence, and the assessment of the value of the work because it equated “reliable” with “absolute correctness”, the standard proposed by Ms Winter, one of CPC’s witnesses, and properly rejected by the Tribunal. It concluded that, for all practical purposes, such a standard was unattainable, and opted instead for “reasonably reliable” as a standard connoting less than certainty or correctness—a standard which, it rightly said, is not demanded by a balance of probabilities.

[231] The Tribunal does not spell out explicitly what it understands by “reasonably reliable”. However, evidence, or a finding of a fact in issue, can surely only be called “reasonably reliable” if it is more likely than not to be true, regardless of the point on the “reliability spectrum” that particular evidence or the evaluation of a job may be located. “Low-level reasonable reliability” is still “reasonable reliability”. While the Tribunal would clearly have preferred the evidence in a pay equity case to meet an upper “sub-band” of reasonable reliability, it was also of the view that evidence that met only the lower sub-band was still reasonably reliable. It said (at paragraph 698): “Thus, while all three sub-bands meet the test of ‘reasonable reliability’”. The Tribunal made the same point at paragraph 700.

[229] Le fait que le Tribunal ait créé des sous-fourchettes pour établir la fiabilité raisonnable des éléments de preuve à la lumière desquels les postes étaient évalués soulève aussi la question de savoir si le Tribunal a appliqué une norme de preuve moins exigeante que celle de la prépondérance des probabilités. Bien que l’élaboration de ces « sous-fourchettes » puisse avoir été inutile, elle indique que le Tribunal était bien conscient des limites des éléments de preuve et qu’il les a évalués très attentivement. Ainsi qu’il a déjà été signalé, les problèmes que comportait la preuve s’expliquent en grande partie par le fait que les parties n’ont pas produit d’étude conjointe sur la parité salariale pour évaluer le travail effectué et pour déterminer le salaire payé, par le défaut de la CCDP d’exercer ses pouvoirs de manière à obliger la SCP à produire des renseignements et par le contexte antagoniste dans lequel cette activité s’est déroulée.

[230] À mon avis, le Tribunal a évité d’employer le mot « fiable » comme norme utilisée pour apprécier la preuve et pour établir l’équivalence des fonctions parce qu’il a assimilé la « fiabilité » à « l’exactitude absolue », la norme qui était proposée par M^{me} Winter, un des témoins de la SCP, et que le Tribunal avait à juste titre écartée. Le Tribunal a conclu qu’à toutes fins utiles, une telle norme était inatteignable et il a opté plutôt pour la norme des éléments « raisonnablement fiables » qui à ses yeux supposait un degré moins élevé de certitude ou d’exactitude et qui, comme il l’a à juste titre précisé, n’était pas exigée par la prépondérance des probabilités.

[231] Le Tribunal n’explique pas ce qu’il entend par « raisonnablement fiable ». Toutefois, on ne peut certainement qualifier des éléments de preuve ou une conclusion sur un fait en litige de « raisonnablement fiables » que s’ils sont, en toute vraisemblance, vrais, indépendamment du point exact sur lequel ces éléments de preuve ou cette évaluation d’un emploi peuvent se situer sur le « spectre de la fiabilité ». La « fiabilité raisonnable inférieure » est quand même une « fiabilité raisonnable ». Bien que le Tribunal eût de toute évidence préféré que les éléments de preuve présentés dans une affaire de parité salariale répondent à une « sous-fourchette » supérieure de fiabilité raisonnable, il s’est également dit d’avis que les éléments de preuve qui ne satisfaisaient qu’à la fourchette inférieure étaient quand même raisonnablement fiables. Il a déclaré ce qui suit (au paragraphe 698) : « Par conséquent, bien

[232] Equally instructive as to how the Tribunal viewed the relationship between “a balance of probabilities” and “lower sub-band reasonable reliability” is its discussion (at paragraphs 919 and 927–930) of the value of the non-monetary components of the wages of the CR and PO groups. While the Tribunal regarded the report of an expert as having only “lower sub-band reasonable reliability”, it nonetheless concluded that the report demonstrated on a balance of probabilities an equivalence between the value of the non-monetary components of the wages of the two groups.

[233] Similarly, having found the evidence, methodology, and process to be reasonably reliable, the Tribunal could infer that on a balance of probabilities the jobs had been properly evaluated. Because a substantial portion of the CR jobs fell within the PO value line, a determination could then be made, again on a balance of probabilities, as to whether the CRs were being paid less than the POs for performing work of equal value contrary to section 11.

[234] Nor am I satisfied that it can be inferred from the Tribunal’s reduction of the monetary award to 50 percent of the wages lost according to the wage gap identified by the professional team that the Tribunal must have believed that the evidence fell short of a balance of probabilities. In my view, it is equally plausible that the Tribunal was satisfied on a balance of probabilities that the CR group was paid less for work of equal value, but was not satisfied that, given the limitations of the evidence and the dispute over the methodology appropriate for measuring the wage gap, it should accept the accuracy of the professional team’s measurement of the wage gap. The 50 percent reduction is better seen, in my opinion, as merely a “rounding down” figure. That the Tribunal chose a reduction of 50 percent rather than, say, 49 percent, seems to me inconsequential as far as the standard of proof being applied is concerned.

que les trois sous-fourchettes satisfassent au critère de la “fiabilité raisonnable” ». Le Tribunal a fait une observation dans le même sens au paragraphe 700.

[232] L’analyse que le Tribunal a faite (aux paragraphes 919 et 927 à 930) des valeurs équivalentes en salaire des éléments non pécuniaires de la rémunération des groupes CR et PO permet par ailleurs de mieux saisir comment le Tribunal envisageait le rapport entre « la prépondérance des probabilités » et la « sous-fourchette inférieure de fiabilité raisonnable ». Bien qu’il ait estimé que le rapport d’un expert appartenait seulement à la « sous-fourchette inférieure de fiabilité raisonnable », le Tribunal a néanmoins conclu que le rapport démontrait, selon la prépondérance des probabilités, une équivalence entre la valeur en salaire des éléments non pécuniaires de la rémunération des deux groupes.

[233] Dans le même ordre d’idées, ayant conclu que la preuve, la méthodologie et le processus étaient raisonnablement fiables, le Tribunal pouvait inférer, selon la prépondérance des probabilités, que les postes avaient été correctement évalués. Comme une partie importante des postes CR équivalaient aux postes du groupe PO, on pouvait décider, encore une fois selon la prépondérance des probabilités, si les employés CR étaient moins rémunérés que les employés PO pour des fonctions équivalentes, contrairement à l’article 11.

[234] Je ne suis pas non plus convaincu qu’on puisse déduire du fait que le Tribunal a réduit la somme accordée en la faisant équivaloir à 50 p. 100 du salaire perdu, selon l’écart de rémunération identifié par l’équipe professionnelle, que le Tribunal estimait pour autant que la preuve ne satisfaisait pas à la norme de la prépondérance des probabilités. À mon avis, il est tout aussi plausible que le Tribunal ait été convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les employés du groupe CR étaient moins rémunérés pour des fonctions équivalentes, mais qu’il n’ait pas été convaincu, compte tenu des limites de la preuve et du différend sur la méthodologie appropriée pour mesurer l’écart de rémunération, qu’il devait considérer comme exacte la mesure que l’équipe professionnelle avait faite de l’écart de rémunération. La réduction de 50 p. 100 constitue plutôt, à mon sens, une simple « approximation à la baisse ». Le fait que le Tribunal ait retenu le chiffre de 50 p. 100 plutôt que,

[235] CPC also says that another indication that the Tribunal reduced the standard of proof required to evaluate the work, a fact in issue, is its reference to the passage in S. M. Waddams, *The Law of Damages*, loose-leaf ed. (Toronto: Canada Law Book, 2004) at paragraph 13-30, where the author states that when the amount of a loss is difficult to assess, “the tribunal must simply do its best on the material available”. I do not share this view. The Tribunal says (at paragraph 680) only that the passage in question “may be analogous to what the Tribunal considers to be the spectrum of reasonable reliability” [emphasis added]. The Tribunal was not, in my opinion, thoughtlessly transposing comments on evidential difficulties respecting the calculation of damages to proof of liability. Rather, the Tribunal’s point was simply that its adoption of a “reasonableness” standard of reliability of the evaluations was appropriate, not Ms. Winters’ insistence that nothing less than correctness would suffice.

[236] To summarize, I am not persuaded that CPC has rebutted the presumption that the Tribunal applied the standard of proof, a balance of probabilities, which it clearly identified as the applicable standard. In my view, having found that the professional team had evaluated the jobs reasonably reliably, and having accepted the professional team’s evidence respecting the necessary degree of “overlap” between the job value lines of the CR and PO groups, the Tribunal made the necessary findings of the fact, and concluded on a balance of probabilities that the wages compared were with respect to work of equal value.

disons, celui de 49 p. 100, ne me semble pas tirer à conséquence, du moins en ce qui concerne l’application de la norme de preuve.

[235] La SCP affirme aussi qu’un autre indice permettant de penser que le Tribunal a appliqué une norme de preuve moins exigeante pour évaluer le travail, lequel constituait un fait en litige, est le fait qu’il cite l’extrait de son ouvrage *The Law of Damages*, édition à feuilles mobiles (Toronto : Canada Law Book, 2004) au paragraphe 13-30, dans lequel l’auteur, S. M. Waddams, déclare que lorsqu’il est difficile d’évaluer le montant de la perte, [TRADUCTION] « le tribunal doit simplement faire de son mieux à partir des éléments dont il dispose ». Je ne partage pas son opinion à ce sujet. Le Tribunal dit seulement (au paragraphe 680) que cet extrait « porte sur une approche qui est peut-être semblable à ce que le Tribunal estime être le spectre de la fiabilité raisonnable [non souligné dans l’original] ». À mon avis, le Tribunal ne transposait pas de façon inconsidérée à la preuve de la responsabilité des observations portant sur les difficultés, sur le plan de la preuve, de calculer les dommages-intérêts. Le Tribunal signalait simplement que l’adoption par lui de la norme de la « raisonnabilité » en ce qui concerne la fiabilité du système d’évaluation des emplois choisi était appropriée, et non que M^{me} Winters avait raison d’insister pour dire que rien de moins qu’une exactitude totale suffirait.

[236] Pour résumer, je ne suis pas convaincu que la SCP a réfuté la présomption que le Tribunal a appliqué la norme de preuve qu’il avait clairement indiqué être la norme applicable, soit celle de la prépondérance des probabilités. À mon avis, ayant conclu que l’évaluation que l’équipe professionnelle avait faite des postes était raisonnable fiable, et ayant accepté que les éléments de preuve présentés par l’équipe professionnelle au sujet du degré nécessaire de « chevauchement » entre les facteurs d’équivalence des fonctions du groupe CR et du groupe PO, le Tribunal a tiré les conclusions de fait nécessaires et a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que les salaires visés par la comparaison correspondaient à des fonctions équivalentes.

ISSUE 3: Did the Tribunal commit a reviewable error in finding as a fact that the CR group was being paid less than the PO group for performing work of equal value?

(i) Overview

[237] Having allowed CPC's application for judicial review on the issues considered above, the applications Judge did not have to decide whether, if the Tribunal had applied a balance of probabilities standard of proof, it would have committed a reviewable error by concluding that the standard had been met. Hence, PSAC does not address this issue in its memorandum of fact and law.

[238] At the hearing of the appeal, however, both parties dealt at some length with the probative value of the evidence on which the Tribunal based its decision. In view of my colleagues' conclusion that the appeal must be dismissed on the ground that the Tribunal did not apply the correct standard of proof, I shall endeavour to deal relatively briefly with whether the Tribunal committed reviewable error in its application of the civil standard of proof to the evidence.

[239] CPC submits in its memorandum of fact and law (at paragraph 118) that the Tribunal erred in law in concluding that the evidence satisfied a balance of probabilities standard of proof. I do not agree. Whether a standard of proof has been met is essentially a question of fact, on which the Tribunal is entitled to a high degree of deference. Reviewing findings of fact for unreasonableness precludes the Court from making independent findings of fact, reweighing the evidence, or preferring what it thinks is the better evidence. As long as there was evidence on which the Tribunal could reasonably base its conclusion, the Court's inquiry is at an end.

TROISIÈME QUESTION : Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de révision en concluant que les salariés du groupe CR étaient moins rémunérés que ceux du groupe PO pour des fonctions équivalentes?

i) Vue d'ensemble

[237] Ayant fait droit à la demande de contrôle judiciaire de la SCP sur les questions que nous avons examinées, le juge de première instance n'avait pas à décider si le Tribunal aurait commis une erreur susceptible de révision en concluant que la norme de preuve était respectée, en supposant qu'il avait appliqué la norme de preuve de la prépondérance des probabilités. En conséquence, l'AFPC n'aborde pas cette question dans son mémoire des faits et du droit.

[238] Toutefois, lors de l'instruction de l'appel les deux parties ont traité assez longuement de la valeur probante des éléments de preuve sur lesquels le Tribunal avait fondé sa décision. Compte tenu de la conclusion de mes collègues suivant laquelle l'appel doit être rejeté au motif que le Tribunal n'a pas appliqué la bonne norme de preuve, je vais tâcher de traiter brièvement de la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur justifiant notre intervention dans la façon dont il appliqué la norme de preuve civile aux éléments de preuve.

[239] La SCP soutient dans son mémoire des faits et du droit (au paragraphe 118) que le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant que les éléments de preuve satisfaisaient à la norme de preuve de la prépondérance des probabilités. Je ne suis pas de cet avis. La question de savoir si une norme de preuve a été satisfaite est essentiellement une question de fait, au sujet de laquelle le Tribunal a droit à un degré élevé de déférence. Lorsqu'elle contrôle des conclusions de fait pour vérifier si elles sont raisonnables, la Cour ne peut tirer ses propres conclusions de fait, réévaluer la preuve ou ne retenir que les éléments de preuve qu'elle juge les meilleurs. Dès lors qu'il existait des éléments de preuve sur lesquels le Tribunal pouvait raisonnablement faire reposer sa conclusion, la Cour ne peut pousser plus loin son enquête.

[240] Three aspects of the evidence before the Tribunal in this case assist in contextualizing the application of the unreasonableness standard.

[241] First, much of the extensive evidence, both oral and written, regarding the evaluation of the jobs and the measurement of the wage gap is highly technical, controversial, and difficult to assess because it was not of the quality normally seen in pay equity cases where there has been a joint union-management study.

[242] Second, in the course of the more than 400 days of hearings, and the more than two years that the Tribunal took to examine the evidence and produce its reasons, the Tribunal would have acquired an understanding, which no reviewing court can hope to match, of the beguilingly simple principle of equal pay for work of equal value and the dauntingly difficult task of implementing it in the present case.

[243] Third, the Tribunal made important findings of credibility which permeate its factual conclusions, setting out (at paragraph 419) seven criteria it used to “examin[e] the evidence of the expert witnesses” in a very systematic manner.

[244] Thus, the Tribunal was impressed by the evidence of PSAC’s professional team and, in particular, that of its “spokesperson”, Dr. Martin Wolf, who had extensive experience in job evaluations in many different employment settings, including office clerical and blue collar work. He made no bones about the problematic features of aspects of the evidence, especially the job data. For instance, he agreed that the information was not complete and had been gathered at different times. For this reason, Dr. Wolf said, he had adopted a very rigorous approach to his evaluation of the jobs and, when in doubt had erred on the side of valuing a PO job generously, and a CR position conservatively. As a result, he said (at paragraph 487), the professional team’s evaluation of the jobs

[240] La preuve soumise au Tribunal en l’espèce comporte trois aspects qui peuvent nous aider à situer dans son contexte l’application de la norme de la décision déraisonnable.

[241] Premièrement, une grande partie des éléments de preuve détaillés qui ont été présentés tant verbalement que par écrit au sujet de l’évaluation des postes et du calcul de l’écart de rémunération sont très techniques, controversés et difficiles à évaluer parce qu’ils n’étaient pas d’une qualité comme celle que l’on voit normalement dans les affaires de parité salariale dans lesquelles une étude conjointe patronale-syndicale a été menée.

[242] Deuxièmement, au cours des plus de 400 jours d’audiences et des deux ans qu’il a pris pour examiner la preuve et pour produire ses motifs, le Tribunal a eu l’occasion d’acquérir une connaissance, qu’aucune cour de révision ne saurait espérer atteindre, du principe d’une simplicité séduisante de l’égalité de rémunération pour fonctions équivalentes et du défi colossal que représente l’application de ce principe dans le cas qui nous occupe.

[243] Troisièmement, le Tribunal a tiré, au sujet de la crédibilité, d’importantes conclusions qui imprègnent ses conclusions de fait, en énumérant (au paragraphe 419) sept critères à utiliser « pour l’examen [systématique] des témoignages des témoins experts ».

[244] Le Tribunal s’est dit impressionné par les éléments de preuve présentés par l’équipe professionnelle de l’AFPC et, en particulier, par le témoignage de son « porte-parole », M. Martin Wolf, qui possédait une vaste expérience en matière d’évaluation des emplois dans divers milieux de travail, et notamment dans celui des employés de bureau et des cols bleus. Il n’a pas mésestimé les aspects problématiques de la preuve, surtout en ce qui concerne les données sur les emplois. Ainsi, il a convenu que les renseignements étaient incomplets et qu’ils avaient été recueillis à diverses occasions. M. Wolf a expliqué que, pour cette raison, il avait adopté une méthode très rigoureuse pour procéder à son évaluation des postes et qu’en cas de doute, il avait opté pour une évaluation généreuse, dans le cas des postes PO, et pour une évaluation plus conservatrice, dans le cas des postes CR. Il a expliqué qu’en conséquence (au paragraphe 487) l’évaluation des postes de l’équipe professionnelle

... certainly at least meets, and in my opinion probably exceeds, the typical commercial standard, if you will, what consultants from Hay or other consulting firms are doing for their clients.

[245] However, after frankly acknowledging the evidentiary limitations, Dr. Wolf concluded that, in his opinion as an experienced job evaluator, the data were adequate to enable him to provide a professional assessment of the relative values of the jobs in question. Indeed, he testified that the quantity of the information to which he had access exceeded what would normally be available in such an exercise.

[246] The Tribunal found Dr. Wolf to be highly credible, even though, as CPC noted, the professional team had no “hands-on” knowledge of postal work. In contrast, the Tribunal was relatively unimpressed by CPC’s expert witnesses. One, Ms Winter, it found to be rigid and unduly definitive in her opinions; she also seemed to the Tribunal unnecessarily adversarial. It discounted her evidence. The Tribunal noted that the other two experts, Mr. Wallace and Mr. Willis, had not seen all the relevant documents and had not themselves attempted to evaluate the jobs with the data available.

[247] The Tribunal’s findings of the credibility of the various expert witnesses go a long way to explaining why it adopted much of the professional team’s analysis, and not that of CPC’s experts, in reaching its conclusion that CPC was in breach of section 11.

[248] As the Tribunal candidly stated, evaluating the evidence, and the conflicting views of it that the experts provided, presented a considerable challenge. However, it is not the role of the Court conducting a judicial review to probe deeply into the evidence or to revisit the Tribunal’s findings of credibility. It must merely ensure that there was a reasonable basis in the evidence for the Tribunal’s findings.

[249] One final feature of the evidence should be mentioned in order to appreciate the nature of the Tribunal’s

[TRANSLATION] [...] rencontre certainement au moins, et selon moi surpasse probablement, la norme commerciale habituelle, c’est-à-dire ce que les experts de Hay ou d’autres sociétés d’experts-conseils font pour leurs clients.

[245] Toutefois, après avoir franchement reconnu les limites de la preuve, M. Wolf a conclu, à la lumière de son expérience comme évaluateur d’emplois, qu’il y avait suffisamment de données pour lui permettre de procéder à une évaluation professionnelle de la valeur relative des postes en question. Il a d’ailleurs affirmé que la somme de renseignements auxquels il avait eu accès dépassait ce à quoi il se serait normalement attendu.

[246] Le Tribunal a jugé M. Wolf très crédible, et ce, même si, comme la SCP l’avait fait observer, l’équipe professionnelle n’avait pas de connaissances pratiques du travail postal. En revanche, le Tribunal s’est dit relativement peu impressionné par les témoins experts de la SCP. Il a notamment trouvé M^{me} Winter rigide et a estimé que ses opinions étaient trop tranchées. Elle semblait aussi inutilement antagoniste aux yeux du Tribunal. Le Tribunal n’a pas tenu compte de son témoignage. Il a signalé que les deux autres experts, MM. Wallace et Willis, n’avaient pas vu tous les documents pertinents et n’avaient pas eux-mêmes tenté d’évaluer les postes avec les données disponibles.

[247] Les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la crédibilité des divers témoins experts en disent long au sujet des raisons pour lesquelles il a fait sienne une grande partie de l’analyse de l’équipe professionnelle et a écarté celle des experts de la SCP, pour conclure finalement que la SCP avait contrevenu à l’article 11.

[248] Ainsi que le Tribunal l’a déclaré en toute franchise, l’évaluation de la preuve et des opinions contradictoires des experts représentait un défi de taille. Toutefois, il n’appartient pas à la Cour, lorsqu’elle est saisie d’une demande de contrôle judiciaire, d’analyser en profondeur les éléments de preuve ou de revenir sur les conclusions que le Tribunal a tirées au sujet de la crédibilité. La Cour doit simplement s’assurer que les conclusions du Tribunal étaient raisonnablement fondées sur la preuve.

[249] Il y a un dernier aspect de la preuve qu’il convient de signaler pour bien comprendre la nature de la mission

task. CPC elected, as was its right, not to adduce before the Tribunal evidence of its own on the value of the jobs. Rather, its experts mostly confined themselves to challenging the work of the professional team and of the other expert witnesses retained by PSAC and CHRC. The Tribunal was thus offered no alternative version of the facts to consider. The only question for it to decide was whether it was satisfied on a balance of probabilities that the professional team had established the value of the jobs and accurately measured any difference in the wages paid to members of the two groups for performing work of equal value.

(ii) Methodology

[250] Dr. Wolf pithily described what all job evaluation plans measure: what you know, what you do, and what you have to put up with. Both PSAC and CPC questioned the suitability of the Hay method evaluation plan as a tool for evaluating the work of the two groups, principally on the ground that, because it tended to put too little weight on the working conditions factor, it was not an appropriate plan for evaluating blue collar or clerical work. There was also debate over the appropriateness of the factor comparison approach to the Hay method used by the professional team.

[251] The evidence before the Tribunal on the methodology issue was that the Hay method evaluation plan was the most widely used job evaluation tool and in its earlier years had been used to evaluate blue collar work. Dr. Wolf stated that he had used it extensively in many different work settings and, in the hands of experienced evaluators, it could be appropriately used in a clerical or blue collar context, such as here, especially with a “strengthened working conditions factor” (at paragraph 563).

[252] Noting (at paragraph 566) Dr. Wolf’s extensive experience with and knowledge of the Hay job evaluation

du Tribunal. La SCP a choisi, comme elle en avait le droit, de ne pas soumettre au Tribunal ses propres éléments de preuve au sujet de la valeur des postes. Ses experts se sont plutôt bornés essentiellement à contester le travail de l’équipe professionnelle et des autres témoins experts convoqués par l’AFPC et la CCDP. On n’a donc pas soumis à l’examen du Tribunal une autre version des faits. La seule question que le Tribunal était appelé à trancher était celle de savoir s’il était convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’équipe professionnelle avait établi la valeur des postes et mesuré avec exactitude tout écart dans le salaire payé aux membres des deux groupes pour des fonctions équivalentes.

ii) Méthodologie

[250] M. Wolf a expliqué succinctement ce que tout plan d’évaluation des emplois mesure : ce qu’on sait, ce qu’on fait et ce avec quoi il faut composer. L’AFPC et la SCP se sont toutes les deux demandé si la méthode Hay en matière d’évaluation des emplois était un outil qui convenait pour évaluer le travail des deux groupes principalement pour le motif que, comme elle tend à accorder trop peu d’importance au facteur des conditions de travail, elle ne constitue pas une méthode appropriée pour évaluer le travail effectué par des cols bleus ou par des employés de bureau. Un débat a également eu lieu sur la justesse de la méthode de la comparaison des facteurs dans le cas de la méthode Hay utilisée par l’équipe professionnelle.

[251] Suivant les éléments de preuve dont disposait le Tribunal au sujet de la méthodologie, la méthode Hay en matière d’évaluation des emplois était l’outil d’évaluation des emplois le plus couramment utilisé et il avait déjà été utilisé pour évaluer des postes de « cols bleus ». M. Wolf a déclaré qu’il l’avait utilisé abondamment dans de nombreux contextes de travail différents et qu’entre les mains d’évaluateurs expérimentés, le plan Hay pouvait très bien convenir aux emplois d’employés de bureau ainsi qu’aux emplois de « cols bleus », comme en l’espèce, notamment avec le « facteur renforcé des conditions de travail » (au paragraphe 563).

[252] Signalant (au paragraphe 566) la connaissance historique approfondie que possédait M. Wolf quant au plan Hay et à son évolution au cours de ses nombreuses

method and of its development over time, the Tribunal concluded (at paragraph 571):

... on a balance of probabilities, the Hay Plan, whether using the factor comparison method or other approaches, is, in the hands of competent evaluators as were the members of the Professional Team, a suitable overall job evaluation scheme which will address the issues of this “pay equity” Complaint in a reasonably reliable manner.

[253] In my view, the Tribunal’s finding that the selected methodology was reasonably reliable was not unreasonable in view of the evidence before it.

(iii) Process

[254] CPC was also critical of aspects of the professional team’s process, that is, its application of the Hay method evaluation plan to the material. In particular, CPC expressed concerns about the lack of an adequate “audit trail” that would enable the team’s work to be monitored, the professional team’s lack of direct experience with postal operations, and a certain lack of discipline in the team’s review of the evaluation results.

[255] The Tribunal concluded that, although not of the quality normally expected in job evaluations produced by a joint union-management study, the process was nonetheless reasonably reliable. First, one member of the Team, Ms Davidson-Palmer, had at one time worked in CPC management and organization development, and therefore had some prior knowledge of the Corporation. Second, the unusual circumstances facing the professional team, especially the litigious environment in which the evaluations had to be conducted and the short period of time available to the team, required it to adjust its normal process. Third, for reasons given earlier, it found the professional team more credible than CPC’s experts. Fourth, in accordance with standard practice, the professional team worked as a unit and made its decisions on the value of jobs either unanimously or by consensus.

années d’application, le Tribunal a conclu (au paragraphe 571) :

[...] selon la prépondérance des probabilités, le plan Hay, qu’il soit utilisé selon sa configuration de la méthode de comparaison des facteurs ou selon d’autres configurations, est, entre les mains d’évaluateurs compétents, comme c’était le cas des membres de l’Équipe professionnelle, une méthode d’évaluation des emplois acceptable dans son ensemble qui permettra de traiter les questions soulevées dans la présente plainte en matière de « parité salariale » d’une manière raisonnablement fiable.

[253] À mon avis, la conclusion du Tribunal suivant laquelle la méthodologie qui avait été retenue était raisonnablement fiable n’était pas déraisonnable vu l’ensemble de la preuve dont il disposait.

iii) Processus

[254] La SCP a également critiqué certains aspects du processus suivi par l’équipe professionnelle, en l’occurrence la façon dont elle a appliqué la méthode Hay en matière d’évaluation des emplois aux éléments dont elle disposait. La SCP s’est notamment dite préoccupée par l’absence de « piste de vérification » qui aurait permis de vérifier le travail de l’équipe professionnelle, par l’absence d’expérience directe de celle-ci avec les opérations postales et par un certain manque de rigueur dans l’examen que l’équipe avait fait des résultats de l’évaluation.

[255] Le Tribunal a conclu que, même s’il n’était pas d’une qualité correspondant à celle à laquelle on s’attend normalement dans le cas d’évaluations produites à la suite d’une étude conjointe patronale-syndicale, le processus était néanmoins raisonnablement fiable. Premièrement, un des membres de l’équipe, M^{me} Davidson-Palmer, avait déjà travaillé à la SCP dans le domaine de la gestion et du développement organisationnel, de sorte qu’elle connaissait déjà la société. Deuxièmement, les circonstances inusitées auxquelles l’équipe professionnelle devait faire face, notamment le contexte litigieux dans lequel l’évaluation devait s’effectuer et le peu de temps dont disposait l’équipe, obligeaient cette dernière à rajuster sa façon de faire. Troisièmement, pour les motifs déjà exposés, le Tribunal a conclu que l’équipe professionnelle était plus crédible que les experts de la SCP. Quatrièmement, selon la pratique courante, l’équipe fonctionnait comme une

[256] On the basis of the material before it, and in light of the reasons that it gave, the Tribunal's conclusion that the process was reasonably reliable cannot, in my opinion, be characterized as unreasonable.

(iv) Job information

[257] CPC argued that the evidence on which the professional team based its evaluation of the work of the CR and PO groups was so flawed that it could not reasonably support the Tribunal's conclusion that it was reasonably reliable. Accordingly, it said, the Tribunal's decision that, on a balance of probabilities, the jobs had been properly evaluated cannot be sustained.

[258] The aspects of the evidence which particularly concerned CPC were: the use of the job fact sheets for gathering information about the CR group; the techniques used for sampling the CR positions; the comparison of 10 generic PO jobs and the 194 actual CR positions; and the fact that the job data for the two groups were not all gathered at the same time.

[259] Two preliminary points bear repeating before I turn to the specific issues raised by CPC. First, it is not the role of this Court to retry the facts; CPC had put to the Tribunal the points outlined above, but the Tribunal had not accepted them. An applicant for judicial review who argues that an administrative tribunal erred in its findings of fact has a heavy burden to discharge: it must establish that there was no evidence on which the tribunal could reasonably base a finding of material fact. Second, a reviewing court should not second guess a tribunal's reasoned findings of credibility. The credibility findings made by the Tribunal in this case respecting the expert witnesses that it heard in the course of this mammoth hearing are an important part of the basis of its findings of fact.

entité et prenait ses décisions sur la valeur des emplois soit à l'unanimité, soit par consensus.

[256] Vu l'ensemble des éléments dont il disposait et compte tenu des motifs qu'il a exposés, la conclusion du Tribunal suivant laquelle le processus était raisonnablement fiable ne saurait, à mon avis, être qualifiée de déraisonnable.

iv) Renseignements sur les postes

[257] La SCP soutenait que les éléments de preuve sur lesquels l'équipe professionnelle avait fondé son évaluation du travail des employés du groupe CR et du groupe PO comportaient tellement de lacunes qu'ils ne pouvaient raisonnablement appuyer la conclusion du Tribunal suivant laquelle ils étaient raisonnablement fiables. La SCP a déclaré, en conséquence, que la décision du Tribunal suivant laquelle, selon la prépondérance des probabilités, les postes avaient été bien évalués ne peut être confirmée.

[258] Les aspects de la preuve qui ont appelé en particulier des réserves de la part de la SCP étaient les suivants : l'utilisation des feuilles sur les données sur l'emploi pour recueillir des renseignements au sujet du groupe CR, les techniques employées pour établir des échantillons des postes CR, la comparaison des 10 postes PO génériques et des 194 véritables postes CR et le fait que les données sur l'emploi des deux groupes n'avaient pas toutes été recueillies au même moment.

[259] Il convient de rappeler deux points préliminaires avant de passer aux questions précises posées par la SCP. En premier lieu, il n'appartient pas à la Cour de juger à nouveau les faits. La SCP avait soumis au Tribunal les points susmentionnés, mais le Tribunal ne les avait pas acceptés. La charge qui incombe à l'auteur d'une demande de contrôle judiciaire qui soutient qu'un tribunal administratif a commis une erreur dans ses conclusions de fait est lourde : il doit établir qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve sur lesquels le tribunal pouvait raisonnablement se fonder pour tirer une conclusion au sujet d'un fait important. Deuxièmement, la cour de révision ne doit pas remettre en question les conclusions motivées du tribunal sur la crédibilité. En l'espèce, les conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la crédibilité des témoins

experts qu'il avait entendus au cours de ces audiences-fleuves constituent une partie importante du fondement sur lequel reposaient ses conclusions de fait.

(a) Job fact sheets

[260] In CHRC's investigation of PSAC's pay equity complaint during the years 1984 to 1992, it developed a "Job Fact Sheet", a questionnaire designed to collect information from members of the PO and CR groups about the nature of their positions. It is common ground that these job fact sheets did not meet professionally accepted standards for evaluating jobs. For example, instead of simply asking employees for information about their jobs, they also asked respondents to evaluate their jobs. Further, the information was intended for analysis by a method other than Hay.

[261] When it became apparent that there were problems with the data collected through the job fact sheets, PSAC retained the professional team to supplement the data and to re-evaluate the jobs. Dr. Wolf agreed that the quality of the job fact sheets was "abominable" and not suitable for evaluating the jobs, largely because employees were asked to evaluate, as well as to describe, their jobs. Accordingly, the professional team conducted interviews with 114 members of the CR group. It re-evaluated the CR and PO positions on the basis of both the data collected through the job facts sheets (excluding the employees' self-evaluation of their jobs), and the additional information obtained through the interviews and supplied by CPC.

[262] While not glossing over problems with respect to the accuracy, consistency and completeness of the data, Dr. Wolf testified that, based on his extensive experience with the Hay method evaluation plan, he was of the view that the data were adequate to enable the professional team to evaluate the jobs in question.

a) Feuilles de données sur l'emploi

[260] Dans l'enquête qu'elle a menée entre 1984 et 1992 au sujet de la plainte de parité salariale de l'ACFP, la CCPC a élaboré une « feuille de données sur l'emploi », qui est un questionnaire visant à recueillir des renseignements auprès des membres du groupe PO et du groupe CR au sujet de la nature des postes qu'ils occupaient. Il est acquis aux débats que ces feuilles de données sur l'emploi ne respectaient pas les normes professionnelles généralement reconnues en matière d'évaluation d'emplois. Par exemple, au lieu de se contenter de réclamer des renseignements des employés au sujet de leur poste, les enquêteurs ont également demandé aux intimés d'évaluer leur poste. De plus, les renseignements devaient servir à une analyse effectuée selon une autre méthode que la méthode Hay.

[261] Lorsqu'il est devenu évident que les données recueillies grâce aux feuilles de données sur l'emploi comportaient des problèmes, l'AFPC a engagé l'équipe professionnelle pour compléter les renseignements et réévaluer les postes. M. Wolf a convenu que la qualité des feuilles de données sur l'emploi était « abominable » et qu'elle ne convenait pas pour l'évaluation des emplois, en grande partie parce qu'on avait demandé aux employés d'évaluer et de décrire leur poste. En conséquence, l'équipe professionnelle a interrogé 114 membres du groupe CR. Elle a réévalué les postes CR et PO en se fondant tant sur les données recueillies grâce aux feuilles de données sur l'emploi (à l'exclusion de l'auto-évaluation que les employés avaient faite de leur poste) et aux renseignements complémentaires obtenus lors des entrevues et fournis par la SCP.

[262] Sans passer sous silence les problèmes relevés au sujet de l'exactitude, de la cohérence et de l'exhaustivité des données, M. Wolf a expliqué que, d'après la longue expérience qu'il avait acquise en ce qui concerne la méthode Hay en matière d'évaluation des emplois, il était d'avis que les données étaient suffisantes pour permettre à l'équipe professionnelle d'évaluer les postes en question.

[263] The Tribunal concluded that, although not of the same quality as the data typically generated by a joint union-management pay equity study, the job information in the present case was nonetheless “reasonably reliable”, but only at the “lower sub-band”. For reasons already considered, the Tribunal regarded Dr. Wolf as a highly credible expert, but was much less impressed with CPC’s experts. The Tribunal noted that the professional team had been prepared to adapt to the deficiencies in the data by, for example discarding job information which it regarded as unreliable. The Tribunal also noted that the professional team’s reconsideration of the evaluations in 2000 in light of the additional information supplied by CPC had, with two exceptions in the PO jobs, little impact on the results that it had reached earlier.

[264] In my opinion, it was reasonably open to the Tribunal on the evidence before it to conclude that the information collected through the job fact sheets, as supplemented by interviews and analysed by experienced professionals, was adequate to enable the work of the CR and PO groups to be evaluated in a reasonably reliable manner.

(b) Sampling techniques

[265] CHRC did not seek job information from all of the approximately 2 300 members of the CR occupational group, nor from all of the much larger PO group. Instead, it sent questionnaires to about 400 members of the CRs and received responses from 194 or 45 percent, and gathered information on the 10 PO generic jobs.

[266] CPC’s witness, Dr. David Bellhouse, an expert in statistics with a specialization in survey sampling, was critical of CHRC’s sampling techniques, pointing out that the sample had originally been drawn by a CHRC officer who lacked relevant expertise, and was not supervised

[263] Le Tribunal a conclu que, même si elles n’étaient pas de la même qualité que celle des données normalement obtenues à la suite d’une étude conjointe patronale-syndicale sur la parité salariale, les renseignements sur les emplois étaient néanmoins, dans le cas qui nous occupe, « raisonnablement fiables », mais uniquement selon la « sous-fourchette inférieure ». Pour les motifs déjà exposés, le Tribunal a considéré M. Wolf comme un expert très crédible, mais s’est dit beaucoup moins impressionné par les experts de la SCP. Le Tribunal a relevé que l’équipe professionnelle avait été préparée pour palier les lacunes des données, en écartant par exemple les renseignements sur les emplois qu’elle considérait peu fiables. Le Tribunal a également fait observer que le réexamen, par l’équipe professionnelle, des évaluations de 2000 à la lumière des renseignements supplémentaires fournis par la SCP avait, avec deux exceptions dans le cas des postes PO, eu peu d’incidence sur les résultats auxquels elle était antérieurement parvenue.

[264] À mon avis, il était raisonnablement loisible au Tribunal, vu l’ensemble des éléments de preuve dont il disposait, de conclure que les renseignements qui avaient été recueillis grâce aux feuilles de données sur l’emploi et qui avaient été complétés par les entrevues et analysés par des professionnels expérimentés étaient suffisants pour permettre d’évaluer de façon raisonnablement fiable le travail des employés du groupe CR et de ceux du groupe PO.

b) Techniques d’échantillonnage

[265] La CCDP n’a pas cherché à obtenir des renseignements sur les emplois de tous les quelque 2 300 membres du groupe professionnel CR, pas plus que de la part de ceux, beaucoup plus nombreux, du groupe PO. Elle a plutôt envoyé des questionnaires à environ 400 membres du groupe CR et a reçu des réponses de 194 d’entre eux, ou 45 p. 100, et a recueilli des renseignements sur les 10 postes génériques PO.

[266] Le témoin de la SCP, M. David Bellhouse, un expert en statistique spécialisé en échantillonnage d’enquête, a critiqué les techniques d’échantillonnage de la CCDP, en soulignant que l’échantillon avait au départ été mis au point par un agent de la CCDP qui manquait

by a suitably qualified person. In Dr. Bellhouse's opinion, both the design of the CR sample and the low response rate were likely to introduce biases into the results. Mr. Willis was generally supportive of Dr. Bellhouse on this issue.

[267] CHRC called as a witness, Dr. John Kervin, a sociologist with an expertise in data collection and the use and analysis of statistics in the context of industrial relations, including gender bias and pay equity. He testified that, in his opinion, there was no basis for concluding that the sampling was flawed in design or response, or that the results were biased; he found the CR sample to be sufficiently representative for its purpose. He further stated that Dr. Bellhouse had overlooked the pay equity context in which the data were being collected and the qualitative nature of some of the analysis of the jobs. Instead, Dr. Kervin said, Dr. Bellhouse had approached the question strictly from the perspective of a statistician who was seeking scientific accuracy, without regard to the "art" aspect of pay equity inquiries.

[268] After considering at some length the conflicting evidence given by these two experts, who brought to bear somewhat different perspectives on the issues, the Tribunal concluded that Dr. Kervin's evidence was more germane to the issues before it. It was entitled to accept his evidence.

(c) Comparing PO "jobs" and CR "positions"

[269] It was argued that any comparison of the work of the two groups was invalidated because of differences in what was being compared. In particular, CPC said, job information collected about actual CR positions could not be compared with information collected about the 10 generic or composite PO jobs which, the Tribunal stated (at paragraph 472), were "an amalgam of functions for 10 commonly held job[s]" in the PO group.

de connaissances dans le domaine et qui n'avait pas été supervisé par une personne compétente. Suivant M. Bellhouse, la conception de l'échantillon du groupe CR et le faible taux de réponse risquaient d'avoir biaisé les résultats. M. Willis allait dans l'ensemble dans le sens de M. Bellhouse sur cette question.

[267] La CCDP a fait témoigner M. John Kervin, un sociologue spécialisé en cueillette de données et en utilisation et analyse de statistiques dans le contexte des relations industrielles, notamment en ce qui concerne les préjugés sexistes et la parité salariale. Il a expliqué qu'à son avis, rien ne permettait de conclure que la conception de l'échantillonnage ou les réponses obtenues étaient viciées ou que les résultats étaient faussés. Il a estimé que l'échantillon du groupe CR était suffisamment représentatif pour les besoins de l'étude. Il a également déclaré que M. Bellhouse n'avait pas tenu compte du contexte de la parité salariale dans lequel les données avaient été recueillies et de la qualité d'une partie de l'analyse des postes. M. Kervin a affirmé que M. Bellhouse avait plutôt abordé la question strictement du point de vue d'un statisticien qui recherchait l'exactitude scientifique, sans tenir compte de l'aspect moins formel des enquêtes en matière de parité salariale.

[268] Après avoir examiné assez en détail les témoignages contradictoires de ces deux experts, qui avaient abordé ces questions sous des angles quelque peu différents, le Tribunal a conclu que le témoignage de M. Kervin avait davantage rapport aux questions soumises au Tribunal. Il était en droit d'accepter son témoignage.

c) Comparaison des « emplois » PO et des « postes » CR

[269] La SCP affirme que toute comparaison du travail effectué par les employés des deux groupes était sans valeur en raison des différences entre ce qui faisait l'objet de la comparaison. La SCP affirme en particulier que les renseignements sur les emplois recueillis au sujet des véritables postes CR ne pouvaient être comparés avec les renseignements recueillis sur les 10 emplois PO génériques ou composites qui, selon le Tribunal (au paragraphe 472), étaient « un amalgame de fonctions pour les 10 types d'emplois les plus répandus » au sein du groupe PO.

[270] CHRC had proceeded on the basis of generic jobs because members of the PO group had not completed the job fact sheets. CPC would not allow them to complete the questionnaires on CPC's time and their union refused to allow them to be completed, without remuneration, outside work hours. These generic jobs were evaluated through the use of job descriptions and job profiles, some of which may have been outdated or incomplete.

[271] Dr. Bellhouse gave his opinion that because the CR group had been evaluated on the basis of actual positions and a description of the work done by incumbents, and the PO group had been evaluated on the basis of a selection of job titles, a proper comparison of the value of their work could not be made.

[272] Dr. Kervin disagreed. He testified that, while not a random sample, the 10 generic PO jobs were likely to provide a reasonably accurate basis for the purpose of making a pay equity comparison. He also stated that the fact that the information for the PO group was based on job titles, rather than positions was not a significant problem, especially since the job specifications used for the PO jobs were similar in some respects to the CR job fact sheets. Dr. Kervin regarded the disparity between the PO jobs and the CR positions as "a difference in the unit of analysis and not as a difference in measurement" (at paragraph 470), and one that was easily remedied.

[273] Despite this disagreement between the experts, the Tribunal never makes a finding of which view it accepts and why. While the Tribunal stated that it prefers the evidence of Dr. Kervin on the sampling issue, largely, it would seem, because his expertise was more directly relevant to a pay equity context, the Tribunal does not reach a similar conclusion on the "jobs v. positions" issue.

[270] La CCDP s'était fondée sur les postes génériques parce que les membres du groupe PO n'avaient pas rempli les feuilles de données sur l'emploi. La SCP ne leur avait pas permis de remplir les questionnaires pendant leurs heures de travail à la SCP et leur syndicat avait refusé de leur permettre de les remplir, sans rémunération, en dehors de leurs heures de travail. Ces postes génériques ont été évalués en recourant à des descriptions de postes et des profils d'emploi, dont certains pouvaient ne plus être à jour ou être incomplets.

[271] M. Bellhouse s'est dit d'avis que, parce que le groupe CR avait été évalué en fonction des véritables postes et d'une description des fonctions exercées par leurs titulaires, et comme le groupe PO avait été évalué d'après une sélection de titres de fonctions, on ne pouvait procéder à une comparaison appropriée de la valeur de leur travail respectif.

[272] M. Kervin n'était pas de cet avis. Il a expliqué que, même s'il ne s'agissait pas d'un échantillon aléatoire, les 10 postes PO génériques étaient susceptibles de constituer un point de repère raisonnablement exact pour procéder à la comparaison des fonctions sur le plan de la parité salariale. Il a également déclaré que le fait que les renseignements relatifs au groupe PO étaient fondés sur les titres de postes plutôt que sur les postes eux-mêmes n'était pas un problème grave, d'autant plus que les particularités de l'emploi utilisées pour les postes PO étaient semblables, à certains égards, aux feuilles de données sur l'emploi des postes CR. En ce qui concerne l'écart entre les titres d'emploi pour les PO et les postes pour les CR, M. Kervin a classé cela comme une « différence dans l'unité d'analyse et non comme une différence dans la mesure » et il a ajouté que cette situation pouvait facilement être corrigée (au paragraphe 470).

[273] Malgré ce désaccord entre les experts, le Tribunal ne se prononce nulle part sur l'opinion qu'il accepte et sur les raisons pour lesquelles il l'accepte. Bien que le Tribunal ait déclaré préférer le témoignage de M. Kervin sur la question de l'échantillonnage, en grande partie, semble-t-il, en raison du fait que son expertise portait plus directement sur les questions de parité salariale, le Tribunal n'a pas tiré de conclusion semblable sur la question des « emplois versus les postes ».

[274] Perhaps the Tribunal comes closest to addressing this issue when it refers (for example, at paragraph 660) to the enrichment of the professional team's understanding of the content of the PO jobs after it received the additional information from CPC, as outlined in its report of June 2000. Otherwise, one must infer from the Tribunal's finding that the job information was reasonably reliable that it adopted Dr. Kervin's view on the "jobs v. positions" issue as well as on sampling.

(d) Timing

[275] CPC argued that the fact that the job information pertaining to the CR and PO groups was not collected at the same time undermined its reliability in a pay equity context. The nature of jobs may change over time, as a result, for example, of the introduction of new technology which may have an impact on the skill required for the job, as well as the working conditions. Mr. Willis testified that a valid comparison should be based on contemporaneous information about the work being performed.

[276] This issue seems not to have been addressed expressly and specifically before the Tribunal by PSAC or CHRC. However, they may have done so indirectly by attacking the credibility of CPC's experts, Mr. Willis and Mr. Wallace, on the ground that they had neither read all the relevant documentation nor attempted to evaluate the jobs on the basis of the information available.

[277] Nor does the Tribunal itself make a finding on the timing issue. Rather, it seems to have rolled it up in its overall acceptance of the professional team's analysis, and its relatively less favourable view of CPC's experts.

(e) Conclusion

[278] To conclude this review of the Tribunal's finding that the professional team's evaluation of the jobs of the complainant and comparator groups was reasonably

[274] Les passages où le Tribunal semble s'approcher le plus d'une tentative d'aborder cette question sont ceux où il évoque (par exemple au paragraphe 660) à quel point l'équipe professionnelle a pu mieux comprendre la teneur des postes PO après avoir reçu des renseignements supplémentaires de la SCP, ainsi qu'il est précisé dans son rapport de juin 2000. Sinon, il faut inférer de la conclusion du Tribunal suivant laquelle les renseignements sur les emplois étaient raisonnablement fiables que le Tribunal s'est rangé à l'opinion de M. Kervin au sujet de la question « emplois versus postes » ainsi qu'au sujet de l'échantillonnage.

d) Choix du moment

[275] La SCP soutient que le fait que les renseignements sur les emplois se rapportant au groupe CR et au groupe PO n'ont pas été recueillis au même moment minait leur fiabilité dans un contexte de parité salariale. La nature des postes peut changer avec le temps par suite, par exemple, de l'introduction d'une nouvelle technologie susceptible d'avoir des incidences sur les compétences requises pour le travail, sans parler des conditions de travail. M. Willis a expliqué que, pour être valable, une comparaison devrait être fondée sur des renseignements contemporains au sujet du travail qui est effectué.

[276] Il semble que ni l'AFPC ni la CCDP n'ait abordé expressément et précisément cette question devant le Tribunal. Il se peut toutefois qu'elles l'aient fait indirectement en attaquant la crédibilité des experts de la SCP, MM. Willis et Wallace, au motif qu'ils n'avaient ni lu tous les documents pertinents et ni tenté d'évaluer les postes à la lumière des renseignements disponibles.

[277] Le Tribunal ne tire pas non plus de conclusion sur la question du choix du moment. Il semble qu'il ait englobé dans son acceptation en bloc de l'analyse de l'équipe professionnelle et de son opinion relativement moins favorable au sujet des experts de la SCP.

e) Conclusion

[278] Pour terminer cet examen de la conclusion du Tribunal suivant laquelle l'évaluation que l'équipe professionnelle a faite des postes du groupe plaignant et du

reliable, I acknowledge that the Tribunal does not always explain as fully as it might why it accepted one view of the evidence rather than another, especially on the issue of the timing of the collection of data and the difficulty of comparing PO jobs and CR positions. However, deficiencies in the Tribunal's reasons in this regard do not, in my opinion, render its decision unreasonable on the ground that it is not sufficiently transparent.

[279] It can be inferred from the Tribunal's careful and full explanation of the conflicting views of the experts that it understood the issues and appreciated the strengths and weaknesses of each. To the extent that the Tribunal does not make a definitive and reasoned finding on one or more of the issues considered above, the Tribunal can be taken to have adopted the view of the relevant expert and the underlying reasoning. I have already emphasized the importance of the Tribunal's findings of credibility of the parties' principal expert witnesses.

[280] Nor am I persuaded that the Tribunal's decision to uphold PSAC's pay equity claim is vitiated by its findings of fact. There was, in my opinion, a reasonable basis in the evidence, when viewed overall, to support its conclusions.

(v) Wage gap

[281] Having concluded that the wages of the CRs and the composite or "generic" PO positions could be compared because a substantial portion of the CR positions fell within the PO value line, the Tribunal proceeded to determine if there was a wage gap between the two groups for performing work of equal value. Subsection 11(7) of the Act defines "wages" broadly, so as to include both monetary and non-monetary elements. Thus, after listing specific benefits that are to be included as "wages", subsection 11(7) contains in paragraph (c) the following "catch-all" provision:

groupe de comparaison était raisonnablement fiable, je reconnais que le Tribunal n'explique pas toujours aussi complètement qu'il aurait pu le faire les raisons pour lesquelles il préfère une opinion de la preuve à une autre, surtout en ce qui concerne la question du moment choisi pour recueillir les données et la difficulté de comparer les emplois PO et les postes CR. Toutefois, les lacunes que peuvent comporter les motifs du Tribunal à cet égard ne rendent pas, selon moi, sa décision déraisonnable au motif qu'elle ne serait pas suffisamment transparente.

[279] On peut déduire, à la lecture des explications complètes et approfondies que le Tribunal a données au sujet des avis contradictoires des experts qu'il comprenait bien les questions en litige et qu'il saisissait les forces et les faiblesses de chacune d'entre elles. Dans la mesure où il ne tire pas de conclusion définitive motivée sur une ou plusieurs des questions qui ont déjà été examinées, le Tribunal peut être présumé avoir fait sienne l'opinion de l'expert en cause et d'avoir adopté le raisonnement sous-jacent. J'ai déjà souligné l'importance des conclusions tirées par le Tribunal au sujet de la crédibilité des principaux témoins experts des parties.

[280] Je ne suis pas non plus convaincu que la décision du Tribunal de faire droit à la plainte en matière de parité salariale de l'AFPC est viciée par ses conclusions de fait. Lorsqu'on l'examine dans son ensemble, la preuve comportait à mon avis un fondement raisonnable à l'appui des conclusions du Tribunal.

v) Écart de rémunération

[281] Ayant conclu que le salaire des employés CR et des postes composés ou « génériques » PO pouvaient être comparés parce qu'une partie importante des postes CR équivalaient aux postes du groupe PO, le Tribunal a poursuivi en déterminant s'il y avait un écart de rémunération entre les deux groupes pour des fonctions équivalentes. Le paragraphe 11(7) de la Loi donne une définition large du mot « salaire » de manière à englober toute rémunération pécuniaire ou non pécuniaire. Ainsi, après avoir énuméré les formes de rémunération qui peuvent être assimilées à un « salaire », le paragraphe 11(7) comporte une disposition « fourre-tout », l'alinéa c) :

| | | | |
|---|--|---|---------------------------|
| Definition of "wages" | <p>11. ...</p> <p>(7) For the purpose of this section, "wages" means any form of remuneration payable for work performed by an individual and includes</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(c) payments in kind;</p> | <p>11. [...]</p> <p>(7) Pour l'application du présent article, « salaire » s'entend de toute forme de rémunération payable à un individu en contrepartie de son travail et, notamment :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>c) des rétributions en nature;</p> | Définition de « salaire » |
| <p>[282] The Tribunal thus had to determine three issues with respect to the wage gap: (i) the amount of the monetary component of the wages; (ii) the value of the non-monetary components of the wages; and (iii) the methodology for identifying and measuring any wage gap with respect to work of equal value. Since there appears to have been relatively little dispute on the first issue, I shall focus on the other two.</p> | <p>[282] Le Tribunal doit donc répondre à trois questions en ce qui concerne l'écart de rémunération : i) le montant de l'élément pécuniaire du salaire; ii) la valeur des éléments non pécuniaires du salaire; iii) la méthodologie utilisée pour identifier et mesurer tout écart de rémunération constaté en ce qui concerne des fonctions équivalentes. Comme il semble exister un consensus sur la première question, je vais me concentrer sur les deux autres.</p> | | |
| <p>(a) Non-monetary components of wages</p> | <p>a) Éléments non pécuniaires du salaire</p> | | |
| <p>[283] Valuing non-monetary items, such as benefits, raises some difficult technical issues. As with the evaluation of the jobs, difficulties in determining the value of the non-monetary elements of the "wages" also stem from evidentiary problems caused by the absence of a joint study by the parties.</p> | <p>[283] L'évaluation d'éléments non pécuniaires, tels que les avantages, soulève certains problèmes techniques. Comme dans le cas de l'évaluation des postes, les difficultés entraînées par le calcul de la valeur des éléments non pécuniaires du « salaire » découlent aussi des problèmes de preuve causés par l'absence d'étude conjointe de la part des parties.</p> | | |
| <p>[284] In 1995, PSAC retained Dr. Don Lee, an expert in contract analysis and non-wage compensation valuation, to compare the non-monetary components of the wages from 1983, when the complaint was filed, to 1995. Dr. Lee based his report on a review of 14 collective agreements covering this 12-year period, as well as on a number of employee benefit plans of the federal government that had not been incorporated into these collective agreements. He was able also to conduct a detailed valuation analysis of benefits for 1995, including the extent to which employees had actually used the benefits.</p> | <p>[284] En 1995, l'AFPC a engagé M. Don Lee, expert en analyse de contrats et en évaluation de rémunération indirecte, pour comparer les éléments non pécuniaires du salaire de 1983, année où la plainte a été déposée, à 1995. M. Lee a fondé son rapport sur un examen de 14 conventions collectives couvrant cette période de 12 ans, ainsi que sur divers régimes d'avantages spéciaux du gouvernement fédéral qui n'avaient pas été incorporés dans les conventions collectives en question. Il a été en mesure de procéder à une analyse détaillée des avantages pour l'année 1995, et a notamment pu déterminer dans quelle mesure les employés s'étaient effectivement prévalu de ces avantages.</p> | | |
| <p>[285] However, in calculating the non-monetary value of benefits, Dr. Lee did not include job security for either group, or the uniform and protective clothing allowances</p> | <p>[285] Toutefois, pour calculer la valeur non pécuniaire de ces avantages, M. Lee n'a pas tenu compte, dans le cas des deux groupes, de la sécurité d'emploi, pas plus</p> | | |

for the POs. He concluded that what differences there were between the value of the benefits of the two groups were either non-existent or minor, and were not significant for pay equity purposes. He discounted as insignificant differences of less than 0.1 percent of wages.

[286] Dr. Lee was unable to conduct such a detailed analysis for the years 1983 to 1994, but simply examined the terms of the collective agreements for those years. He concluded from this examination that any differences in the value of the benefits provided to employees were minor and temporary. He did not think it necessary for this purpose to attempt to obtain from CPC a complete file for each employee. He also stated that, when in doubt, he had overstated the value of the differences favouring the CR group's non-monetary benefits and understated those of the PO group.

[287] Dr. Lee's report was challenged by Mr. Robert Bass, an expert in costing compensation, retained by CPC for this purpose. Mr. Bass identified flaws in Dr. Lee's methodology, which he considered "fatal". In particular, he argued: the analysis should have been based on benefits provided in 1983, not 1995; it was an error to ignore individual differences in non-monetary benefits of less than 0.1 percent of wages, because several such differences could be cumulatively significant; and the generous job security provisions in collective agreements were sufficiently important that they should have been valued. However, Mr. Bass did not offer his view on the value of the non-monetary element of the employees' wages, in either 1995 or earlier.

[288] The Tribunal carefully considered these criticisms. First, it tended to agree that, as a matter of theory, it would have been better to use 1983 as the baseline; however, some of the relevant evidence was apparently not available. Second, it noted that Mr. Bass had provided

que des indemnités accordées aux employés PO pour les uniformes et les vêtements de protection. Il a conclu que les différences qui pouvaient exister entre la valeur des avantages dont bénéficiaient les employés des deux groupes étaient soit inexistantes, soit négligeables et qu'elles ne tiraient pas à conséquence pour ce qui était de la parité salariale. Il n'a pas tenu compte des différences de moins de 0,1 p. 100 du salaire, les considérant comme négligeables.

[286] M. Lee n'a pas été en mesure de procéder à une analyse aussi détaillée pour les années 1983 à 1994, se contentant d'examiner les termes des conventions collectives pour ces années. À la suite de son examen, il a conclu que les différences constatées au sujet de la valeur des avantages consentis aux employés étaient mineures et temporaires. Il n'a pas jugé nécessaire d'essayer, à cette fin, d'obtenir de la SCP un dossier complet pour chaque employé. Il a également déclaré qu'en cas de doute, il avait surestimé l'importance des différences qui favorisaient les avantages non monétaires du groupe CR et sous-estimé celles du groupe PO.

[287] Le rapport de M. Lee a été contesté par M. Robert Bass, expert en établissement de coûts de rémunération, dont la SCP avait retenu les services à cette fin. M. Bass a relevé certaines lacunes dans la méthodologie employée par M. Lee, lacunes qu'il a qualifiées de « fatales ». Il a notamment fait valoir que l'analyse aurait dû être fondée sur les avantages fournis en 1983 et non en 1995. Selon lui, c'était une erreur de la part de M. Lee de rejeter les différences individuelles en avantages spéciaux de moins de 0,1 p. 100 du salaire parce que la somme de ces différences pouvait, lorsque celles-ci s'accumulaient, devenir importante. M. Bass s'est également dit d'avis que les dispositions généreuses en matière de sécurité d'emploi dans les conventions collectives étaient suffisamment importantes pour justifier d'établir le coût de la sécurité d'emploi. M. Bass ne s'est toutefois pas prononcé sur la valeur des éléments non pécuniaires du salaire des employés, en 1995 ou au cours des années précédentes.

[288] Le Tribunal a attentivement examiné ces critiques. Le Tribunal a tout d'abord convenu qu'en théorie, il aurait été préférable d'utiliser l'année 1983 comme année de référence; toutefois, certains des éléments de preuve pertinents n'étaient apparemment pas disponibles.

no evidence to indicate what impact the inclusion of a non-monetary difference in benefits of less than 0.1 percent of wages would have had and therefore gave little weight to this aspect of his report. Third, on the basis of the credibility of the two experts and the “nebulous nature of costing job security” (at paragraph 910), the Tribunal concluded that there was not likely to be any significant difference in the value of job security between the POs and the CRs.

[289] The Tribunal found (at paragraph 918) that Dr. Lee’s report showed on a balance of probabilities that the value of the non-monetary benefits for the two groups were equivalent and were “tied, in a negotiated pattern, to the value of the wages paid to the two groups.” The absence of the data needed to make more precise calculations, the Tribunal concluded (at paragraph 919), did not mean that Dr. Lee had failed to establish on a balance of probabilities that the non-monetary component of the wages of the two groups was equivalent. The Tribunal accepted Dr. Lee’s conclusion that, on a balance of probabilities, the value of benefits to which the CR and PO groups were entitled over the period covered by the complaint was generally equivalent. However, the Tribunal concluded that Dr. Lee’s report was “lower band reasonably reliable”.

[290] In my opinion, in view of the findings that Dr. Lee was able to make on the basis of the information available to him, it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that if additional data for the years before 1995 were available, it would not reveal that the benefits were significantly more valuable for one group than the other.

(b) Methodologies

[291] The Tribunal was presented by the parties with an array of methodologies for determining the existence and extent of any wage gap. Suffice it to say that PSAC and CPC proposed methodologies that seemed likely to

Deuxièmement, le Tribunal a fait remarquer que M. Bass n’avait soumis aucune preuve concrète pour illustrer quelle incidence l’inclusion d’avantages équivalant à moins 0,1 p. 100 du salaire aurait pu avoir et il a donc donné peu de poids à cet aspect de son rapport. Troisièmement, compte tenu de la crédibilité des deux experts et « de la nature nébuleuse de l’établissement du coût de la sécurité d’emploi » (au paragraphe 910), le Tribunal a conclu qu’il était peu probable que la différence entre la valeur de la sécurité d’emploi pour les employés du groupe PO et du groupe CR soit significative.

[289] Le Tribunal a conclu (au paragraphe 918) que le rapport de M. Lee démontrait, selon la prépondérance des probabilités, que la valeur de la rémunération indirecte du groupe plaignant et celle du groupe de comparaison étaient équivalentes, et que cette valeur était « liée, dans un modèle de négociation, à la valeur des salaires versés aux deux groupes ». Le Tribunal a conclu (au paragraphe 919) que le manque de données convenables pour pouvoir procéder à des calculs plus précis ne signifiait pas que M. Lee n’avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la rémunération indirecte du groupe plaignant et celle du groupe de comparaison étaient équivalentes. Le Tribunal a accepté la conclusion de M. Lee suivant laquelle la valeur de la rémunération indirecte dont bénéficiaient le groupe plaignant et le groupe de comparaison était généralement équivalente. Le Tribunal a toutefois conclu que le rapport de M. Lee était « d’une fiabilité raisonnable inférieure ».

[290] À mon avis, compte tenu des conclusions que M. Lee avait été en mesure de tirer sur le fondement des renseignements dont il disposait, il n’était pas déraisonnable de la part du Tribunal de conclure que, si des données supplémentaires étaient disponibles pour les années antérieures à 1995, elles ne révéleraient pas que les avantages avaient une valeur beaucoup plus élevée pour un groupe que pour l’autre.

b) Méthodologies

[291] Les parties ont soumis au Tribunal diverses méthodologies visant à déterminer l’existence et l’ampleur de tout écart de rémunération. Qu’il suffise de dire que l’AFPC et la SCP ont proposé des méthodologies qui

be most favourable to their respective positions. CHRC's preferred approach seems likely to produce a result between the two extremes. It proposed grouping the sample 194 CR positions into jobs with similar characteristics, which, it said, would make it easier to compare with the "composite" or generic PO positions, which included internal and external, but not supervisory, operational functions.

[292] After describing the rationales provided by CPC for its proposed methodology, the Tribunal opted for CHRC's, on the ground that it was appropriate in a pay equity context to emphasize the content of the work performed, rather than the definition of the position occupied by the employee. However, it did not accept as conclusive the monetary values provided by the parties, holding that access to individual employee records, in consultation with CPC, was required in order to reach a final conclusion.

[293] In my view, the choice of an appropriate methodology for determining the existence and extent of a wage gap is within the discretion of the Tribunal, and is reviewable for unreasonableness. Given both its technical aspects and the absence of statutory criteria, the Tribunal's selection is entitled to a high degree of deference. I am not persuaded that only the methodology proposed by CPC can reasonably be said to be consistent with the objectives of section 11 of the Act or that the methodology proposed by CHRC, and adopted by the Tribunal, was unreasonable.

ISSUE 4: Did the Tribunal err in law in awarding PSAC compensation in the amount of half of the CR group's lost wages according to the identified wage gap?

[294] PSAC applied for judicial review of the Tribunal's decision to compensate the complainants by awarding them half the amount of the wages that they had lost

semblaient être susceptibles d'être plus favorables à leur thèse respective. Il semble probable que la méthode privilégiée par la CCDP produise un résultat qui se situe entre les deux extrêmes. Elle a proposé de regrouper les 194 postes CR faisant partie de l'échantillon en des postes présentant des caractéristiques semblables, ce qui, a-t-elle expliqué, faciliterait la comparaison avec les groupes PO génériques ou « composites », lesquels comprenaient des fonctions opérationnelles internes et externes, mais aucune fonction de supervision.

[292] Après avoir exposé les raisons invoquées par la SCP pour justifier la méthodologie qu'elle proposait, le Tribunal a opté pour celle de la CCDP, au motif qu'elle convenait dans un contexte de parité salariale pour souligner le contenu du travail effectué, plutôt que la définition du poste occupé par l'employé. Toutefois, le Tribunal n'a pas considéré concluantes les valeurs pécuniaires avancées par les parties, estimant qu'il était nécessaire de consulter les dossiers individuels des employés, en collaboration avec la SCP, pour arriver à une conclusion définitive.

[293] À mon avis, le choix d'une méthodologie appropriée pour déterminer l'existence et l'ampleur d'un écart de rémunération relève du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, et il est susceptible de faire l'objet d'un contrôle portant sur son caractère raisonnable. Compte tenu à la fois de ses aspects techniques et de l'absence de critères dans la loi, le choix du Tribunal commande un degré élevé de déférence. Je ne suis pas convaincu que seule la méthodologie proposée par la SCP peut raisonnablement être considérée comme compatible avec les objectifs de l'article 11 de la Loi ou encore que la méthodologie proposée par la CCDP, et adoptée par le Tribunal, était déraisonnable.

QUATRIÈME QUESTION : Le Tribunal a-t-il commis une erreur de droit en accordant à l'AFPC une indemnité correspondant à la moitié du salaire perdu par les employés du groupe CR en fonction de l'écart de rémunération retenu?

[294] L'AFPC a déposé une demande visant à obtenir le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal avait indemnisé les plaignants en leur accordant la moitié

according to the wage gap indicated by the measuring methodology proposed by CHRC and accepted by the Tribunal. PSAC says that the decision is not supported by the evidence before the Tribunal. The Federal Court dismissed the application for judicial review for mootness, since it allowed CPC's application for judicial review and set aside the Tribunal's decision that CPC had been in breach of section 11 of the Act.

[295] The remedial powers of the Tribunal relevant to this appeal are contained in the *Canadian Human Rights Act*, paragraph 53(2)(c) [as am. by S.C. 1998, c. 9, s. 27], which provides as follows:

53. ...

Complaint
substantiated

(2) If at the conclusion of the inquiry the member or panel finds that the complaint is substantiated, the member or panel may, subject to section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in the order any of the following terms that the member or panel considers appropriate:

...

(c) that the person compensate the victim for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice;

It is common ground that this provision governs the award of compensation for a breach of section 11.

[296] The Tribunal has considerable statutory discretion in fashioning an appropriate remedy. Thus, subsection 53(2) provides that if the complaint is substantiated, the panel or member hearing the matter "may ... make an order ... and include in the order" [emphasis added] any of the listed terms that the panel or member "... considers appropriate". Paragraph (c) provides that the panel may order the person found to have committed a discriminatory practice to "compensate the victim for any or all of the wages" [emphasis added] lost as a result of the discriminatory practice.

du salaire qu'ils avaient perdu selon l'écart de rémunération obtenu selon la méthodologie proposée par la CCDP et accepté par le Tribunal. L'AFPC affirme que cette décision n'est pas appuyée par la preuve dont disposait le Tribunal. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était théorique, étant donné qu'elle faisait droit à la demande de contrôle judiciaire de la CCDP et qu'elle annulait la décision dans laquelle le Tribunal avait conclu que la SCP avait contrevenu à l'article 11 de la Loi.

[295] Les pouvoirs de réparation du Tribunal qui nous intéressent dans le présent appel se trouvent à l'alinéa 53(2)(c) [mod. par L.C. 1998, ch. 9, art. 27] de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui dispose :

53. [...]

(2) À l'issue de l'instruction, le membre instructeur qui juge la plainte fondée, peut, sous réserve de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

Plainte
jugée
fondée

[...]

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

Il est acquis aux débats que cette disposition régit l'adjudication d'une indemnité en cas de contravention à l'article 11.

[296] La loi confère au Tribunal un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de concevoir la réparation appropriée. Ainsi, le paragraphe 53(2) prévoit que le membre instructeur qui juge la plainte fondée, « peut [...] ordonner, selon les circonstances » [non souligné dans l'original] une des nombreuses mesures qui y sont énumérées. L'alinéa c) permet au membre instructeur « d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction des pertes de salaire » [non souligné dans l'original] entraînées par l'acte discriminatoire.

[297] Like other discretionary decisions, the Tribunal's award of compensation is reviewable on a standard of unreasonableness: *Dunsmuir*, at paragraph 53. While the Tribunal's reasons provide the principal basis for a reviewing court to determine whether an exercise of administrative discretion is unreasonable, the court may also consider the reasonableness of the outcome: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[298] The Tribunal held that compensation should be awarded for wages lost between August 24, 1982 (that is, one year after CPC was created and one year before PSAC filed its complaint with CHRC) and June 2, 2002, when the wage increase awarded to the CRs, by CPC, and the implementation of a new job evaluation plan, eliminated any wage gap between the CR group and the PO group.

[299] The Tribunal stated that the objective of an award of compensation under paragraph 53(2)(c) of the Act is to make whole the victims of discrimination. However, it also noted that courts had reduced damages awards in order to take into account uncertainties in determining the precise amount of loss. While there were no uncertainties about future events that could affect the amount of wages already lost by the CR group, the Tribunal came back to its finding that the evaluation of the jobs and the non-monetary component of the wages had met only the "lower sub-band" of reasonable reliability. On this basis, it reduced by 50 percent the amount represented by the wage gap identified by CHRC.

[300] PSAC argues that the Tribunal's reduction of the compensation was unreasonable. First, it submits, the same data and the same methodology proved both the existence and the extent of a wage gap. Having accepted that the evidence established a wage gap, the Tribunal could not logically find that it did not also establish the extent of the gap. Second, if the Tribunal could factor in uncertainties in the evidence when determining the amount of compensation payable, it had no basis for concluding that the evidence over-estimated, rather than

[297] Comme d'autres décisions discrétionnaires, la condamnation par le Tribunal à une indemnité est assujettie à la norme de contrôle de la raisonabilité (*Dunsmuir*, au paragraphe 53). Bien que la cour de révision se fonde surtout sur les motifs du Tribunal pour déterminer s'il a exercé son pouvoir discrétionnaire administratif de manière déraisonnable, la cour peut aussi se demander si l'issue de l'affaire est raisonnable (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[298] Le Tribunal a jugé qu'une indemnité devait être accordée pour le salaire perdu entre le 24 août 1982 (c'est-à-dire un an après la création de la SCP et un an avant que l'AFPC ne dépose sa plainte auprès de la CCDP) et le 2 juin 2002, date à laquelle la SCP a accordé une hausse salariale aux employés CR et à laquelle la mise en œuvre d'un nouveau plan d'évaluation des emplois a eu pour effet de supprimer tout écart de rémunération entre le groupe CR et le groupe PO.

[299] Le Tribunal a affirmé que l'objectif de la condamnation à une indemnité prévue à l'alinéa 53(2)c) de la Loi est d'accorder « une réparation intégrale » aux victimes de discrimination. Il a cependant aussi fait observer que les cours de justice avait réduit le montant des dommages-intérêts accordés pour tenir compte de l'incertitude entourant la détermination de la perte exacte. Il n'y a pas eu d'incertitude en ce qui concerne les événements à venir qui pouvaient avoir une incidence sur le montant du salaire déjà perdu par le groupe CR, mais le Tribunal est revenu à sa conclusion que l'évaluation des postes et l'élément non pécuniaire du salaire ne relevaient que de la « sous-fourchette inférieure » de fiabilité raisonnable. Pour ce motif, le Tribunal a réduit de 50 p. 100 le montant correspondant à l'écart de rémunération relevé par la CCDP.

[300] L'AFPC affirme que la réduction de l'indemnité accordée par le Tribunal était déraisonnable. Elle soutient en premier lieu que les mêmes données et la même méthodologie établissaient à la fois l'existence et l'ampleur de l'écart de rémunération. Ayant accepté que la preuve établissait qu'il existait un écart de rémunération, le Tribunal ne pouvait logiquement conclure qu'elle ne permettait pas aussi de mesurer l'ampleur de cet écart. Deuxièmement, si le Tribunal pouvait tenir compte des incertitudes que comportait la preuve lorsqu'il s'agissait

under-estimated, the extent of the actual wage gap. Counsel noted that Dr. Wolf had testified that the professional team had taken the limitations in the evidence into account when evaluating the jobs: when in doubt, they had evaluated a PO position up and a CR position down, and had thus underestimated the extent of the wage gap.

[301] I do not agree. Specialized tribunals are owed a particularly high degree of deference in their exercise of a broad statutory discretion to fashion an appropriate remedy. The Tribunal directed itself correctly in law when it stated that an award of compensation should aim to make the victims whole. However, it was, in my view, also open to the Tribunal to extend by analogy principles used to take into account future uncertainties to uncertainties about the past, and on this basis to reduce the amount of compensation. Indeed, this was done in somewhat similar circumstances where it was uncertain whether a person would have obtained a job if he had not been denied it because of the unlawful discriminatory conduct of the employer: *Canada (Attorney General) v. Morgan*, [1992] 2 F.C. 401 (C.A.), at page 412.

[302] Nor was it unreasonable for the Tribunal to conclude that, while the evidence was good enough to establish the existence of a wage gap, it was not good enough to measure it precisely. PSAC had the burden of proving on a balance of probabilities both the existence and the extent of any wage gap. Accordingly, if the Tribunal was not satisfied that PSAC had discharged its evidential burden by proving the amount of the wages lost on a balance of probabilities, it could reasonably award less than the amount indicated by the evidence that PSAC had adduced.

de déterminer le montant de l'indemnité payable, il n'avait aucune raison de conclure que la preuve avait pour effet de surestimer, au lieu de sous-estimer, l'ampleur de l'écart de rémunération réel. Les avocats ont fait observer que M. Wolf avait expliqué que l'équipe professionnelle avait tenu compte des limites de la preuve pour évaluer les postes : en cas de doute, elle avait surestimé les postes PO et sous-estimé les postes CR, sous-estimant ainsi l'ampleur de l'écart de rémunération.

[301] Je ne suis pas de cet avis. Les tribunaux spécialisés ont droit à un degré particulièrement élevé de déférence en ce qui concerne l'exercice qu'ils font du vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la loi de concevoir la réparation appropriée. Le Tribunal ne s'est pas mépris sur les règles de droit applicables lorsqu'il a déclaré qu'une condamnation à une indemnité devrait viser à accorder une réparation intégrale aux victimes. Il était toutefois aussi loisible, à mon avis, au Tribunal d'étendre par analogie les principes utilisés pour tenir compte des incertitudes futures aux incertitudes au sujet du passé et de réduire ainsi le montant de l'indemnité. C'est d'ailleurs ce que la Cour a fait dans des circonstances quelque peu semblables dans lesquelles on ne pouvait affirmer avec certitude qu'une personne aurait obtenu un emploi si elle ne se l'était pas vue refuser en raison de l'acte discriminatoire illégal commis par l'employeur (*Canada (Procureur général) c. Morgan*, [1992] 2 C.F. 401 (C.A.), à la page 412).

[302] Il n'était pas déraisonnable non plus de la part du Tribunal de conclure que, bien que la preuve était suffisamment valable pour établir l'existence d'un écart de rémunération, elle n'était pas suffisamment bonne pour qu'on puisse le mesurer avec précision. Il incombait à l'AFPC de prouver, selon la prépondérance des probabilités, à la fois l'existence et l'ampleur de l'écart de rémunération. En conséquence, si le Tribunal n'était pas convaincu que l'AFPC s'était acquittée de son fardeau de la preuve en prouvant, selon la prépondérance des probabilités, le montant de salaire perdu, elle aurait raisonnablement pu accorder un montant moins élevé que celui qu'indiquaient les éléments de preuve présentés par l'AFPC.

[303] The following sentence from the passage in Professor Waddams' text, *The Law of Damages* (at paragraph 13-30), is particularly apt in this context:

If the amount [of a loss] is difficult to estimate, the tribunal must simply do its best on the material available, though of course if the plaintiff has not adduced evidence that might have been expected to be adduced if the claim were sound, the omission will tell against the plaintiff.

As I have already noted, neither PSAC nor CHRC was without some responsibility for the state of the evidence.

[304] For these reasons, I am not persuaded that the Tribunal's award of compensation should be set aside as unreasonable.

D. CONCLUSIONS

[305] For all these reasons, I would allow the appeals of PSAC and CHRC in A-129-08 and A-139-08, set aside the decision of the Federal Court except on costs, and dismiss CPC's application for judicial review. The Federal Court awarded no costs and I would not disturb that finding. I would award PSAC its costs in the appeal. CHRC has not sought costs and none is awarded. I would dismiss PSAC's appeal in A-130-08 with costs.

[303] Le passage suivant de l'ouvrage du professeur Waddams, *The Law of Damages* (au paragraphe 13-30), est particulièrement approprié dans le présent contexte :

[TRADUCTION] Si ce montant [le montant de la perte] est difficile à estimer, le tribunal doit simplement faire de son mieux à partir des éléments dont il dispose; évidemment, si la partie demanderesse n'a pas produit une preuve dont on aurait pu s'attendre qu'elle soit produite si la demande était bien fondée, son omission sera interprétée en sa défaveur.

Ainsi que je l'ai déjà signalé, ni l'AFPC ni la CCDP ne pouvaient se laver les mains en ce qui concerne l'état de la preuve.

[304] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu que le montant de l'indemnité que le Tribunal a accordée devrait être annulé parce qu'il serait déraisonnable.

D. DISPOSITIF

[305] Pour tous ces motifs, j'accueillerais les appels interjetés par l'AFPC et par la CCDP dans les dossiers A-129-08 et A-139-08, annulerais la décision de la Cour fédérale, sauf en ce qui concerne les dépens, et rejetterais la demande de contrôle judiciaire de la SCP. La Cour fédérale n'a pas adjugé de dépens et je ne modifierais pas cette conclusion. J'adjugerais à l'AFPC ses dépens dans le présent appel. La CCDP n'a pas réclamé de dépens et aucuns ne lui sont adjugés. Je rejetterais avec dépens l'appel interjeté par l'AFPC dans le dossier A-130-08.