

A-744-95

Public Service Alliance of Canada (*Appellant*)
(*Applicant*)

v.

Department of National Defence—The Staff of the Non-Public Funds, Canadian Forces—National Defence Headquarters and Commodore H. A. Cooper, Director General Personnel Services, D.N.D. and Lieutenant-Colonel P. M. Johnston, Director Non-Public Funds Personnel and Major T. K. Moloney, Negotiator of Collective Agreement (*Respondents*) (*Respondents*)

and

Canadian Human Rights Commission (*Mis-en-cause*)

INDEXED AS: PUBLIC SERVICE ALLIANCE OF CANADA V. CANADA (DEPARTMENT OF NATIONAL DEFENCE) (C.A.)

Court of Appeal, Hugessen, Desjardins and McDonald J.J.A.—Ottawa, May 28 and June 14, 1996.

Human rights — Appeal from dismissal of application for judicial review of CHRT decision — Employer admitting discriminatory practice contrary to CHRA, s. 11 (maintaining differences in wages between male, female employees performing work of equal value) — Agreeing to pay wage adjustments from date of coming into force of new collective agreement — CHRT holding no authority for it to order retroactive wage adjustment for period from one year prior to date of complaint to last day of prior collective agreement — Trial Judge holding CHRT erred in that finding, but not unreasonable for CHRT to reject evidence advanced to establish wage gap in period in question — Systemic discrimination reviewed — Nothing in s. 53(2) justifying view relief should be minimally afforded — Trial Judge erred in accepting requirement of certainty in evidence to establish extent of wage gap — Erred in holding purposive interpretation of human rights legislation not applicable — Erred in distinguishing between existence of discriminatory pay practice, extent of wage gap — Admission of discriminatory practice acknowledging wage gap, displacing burden of proof — Since discrimination admittedly systemic, presumption discrimination, wage gap existing for some time — Prima

A-744-95

Alliance de la Fonction publique du Canada (*app-
pelante*) (*requérante*)

c.

Ministère de la Défense nationale—Le personnel des fonds non publics des forces canadiennes—Quartier général de la Défense nationale, et le commodore H. A. Cooper, directeur général des services du personnel, M.D.N., et le lieutenant colonel P. M. Johnston, directeur du personnel des fonds non publics et le major T. K. Moloney, négociateur de la convention collective (*intimés*) (*intimés*)

et

**La Commission canadienne des droits de la per-
sonne** (*mise en cause*)

RÉPERTORIÉ: ALLIANCE DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA C. CANADA (MINISTÈRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (C.A.)

Cour d'appel, juges Hugessen, Desjardins et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 28 mai et 14 juin 1996.

Droits de la personne — Appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la CCDP — L'employeur a admis avoir commis un acte discriminatoire au sens de l'art. 11 de la LCDP (pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes) — Consentement à verser des rajustements salariaux à partir de la date de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention collective — La CCDP a statué qu'elle n'avait pas compétence pour ordonner un rajustement salarial rétroactif pour la période commençant un an avant le dépôt de la plainte et se terminant à l'expiration de la convention collective précédente — Le juge de première instance a statué que cette conclusion de la CCDP était erronée, mais qu'il n'était pas déraisonnable pour la CCDP de rejeter la preuve de l'écart salarial pour cette période — Examen de la discrimination systémique — Rien dans l'art. 53(2) ne justifie l'opinion selon laquelle réparation doit être obtenue à tout le moins de façon minimale — Le juge de première instance a commis une erreur en acceptant l'opinion selon laquelle la preuve établissant l'ampleur de l'écart salarial devait être certaine — Il a commis une erreur en statuant que l'interprétation téléologique de la législation en matière de droits

facie wage gap prior to date complaint filed same as after — Burden on employer to show changes — Court cannot refuse to make award simply because proof of precise amount impossible — One year prior to filing complaint reasonable time for claim for retroactive pay, subject to variation in particular circumstances.

This was an appeal from the trial judgment dismissing an application for judicial review of a decision of a Canadian Human Rights Tribunal. The union filed a complaint alleging that the respondent, Department of National Defence, was not paying certain female employees wages equal to those paid to certain male employees performing work of equal value. The respondent conceded that it had committed a discriminatory practice contrary to *Canadian Human Rights Act*, section 11, and that such discrimination was systemic. Section 11 provides that it is a discriminatory practice to maintain differences between male and female employees who are performing work of equal value. The respondent agreed to pay wage adjustments from June 1, 1987, the date of the coming into force of the new collective agreement. Following a hearing, the Tribunal concluded that no pay adjustment should be made for the period from February 12, 1986 (one year prior to the date the complaint was filed) to May 31, 1987 (the last day of the old collective agreement). It held that it did not have the authority to grant retroactive relief under *Canadian Human Rights Act*, subsection 53(2). Subsection 53(2) permits the Tribunal to order the person found to be engaging in a discriminatory practice to compensate the victim for any wages that the victim was deprived of. The Tribunal held that it was inappropriate to reach back in time to redress historic wrongs because certainty in the judicial system was essential to ascertaining and securing remedial relief. The Trial Judge accepted that the Tribunal had erred in concluding that it had no power to order a retroactive wage adjustment, but held that once a wage gap has been established for a period pursuant to section 11, it will extend to another period only if the facts, circumstances and assumptions relevant and necessary to the establishment of that gap or difference can be shown to have existed and prevailed during this other period. The Trial Judge held that it was not unreasonable for the Tribunal to have rejected the evidence put forward to establish the wage gap from Febru-

de la personne ne s'appliquait pas — Il a commis une erreur en faisant une distinction entre l'existence d'une pratique salariale discriminatoire et l'importance de l'écart salarial — L'aveu d'un acte discriminatoire emporte la reconnaissance de l'existence d'un écart salarial et déplace le fardeau de la preuve — Comme il a été admis qu'il y a eu discrimination systémique, il existait une présomption que la discrimination et l'écart salarial existaient depuis longtemps — L'écart salarial antérieur au dépôt de la plainte était prima facie identique à l'écart qui a existé par la suite — Il incombait à l'employeur de faire la preuve de changements — La Cour ne peut refuser d'accorder réparation uniquement parce que le montant précis des dommages est impossible à établir — La limite d'un an avant le dépôt de la plainte est raisonnable pour la présentation d'une demande de paiement rétroactif, mais peut être modifiée dans des circonstances particulières.

Il s'agit de l'appel d'un jugement par lequel la Section de première instance a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne. Le syndicat a déposé une plainte reprochant à l'intimé, le ministère de la Défense nationale, de ne pas verser à certaines employées de sexe féminin une rémunération équivalente à celle versée à certains employés de sexe masculin qui accomplissaient un travail équivalent. L'intimé a admis non seulement avoir commis un acte discriminatoire au sens de l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais également que cette discrimination était de nature systémique. Selon l'article 11, le fait pour l'employeur de pratiquer la disparité salariale entre les hommes et les femmes qui exécutent des fonctions équivalentes constitue un acte discriminatoire. L'intimé a volontairement rajusté les salaires versés aux employés à partir du 1 juin 1987, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention collective. À la suite d'une audition, le Tribunal a conclu qu'aucun rajustement salarial ne devait être effectué pour la période s'échelonnant du 12 février 1986 (un an avant le dépôt de la plainte) au 31 mai 1987 (le dernier jour d'application de l'ancienne convention collective). Il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder une indemnisation rétroactive en vertu du paragraphe 53(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Le paragraphe 53(2) permet au Tribunal d'ordonner à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire d'indemniser la victime des pertes de salaire entraînées par l'acte. Le Tribunal a conclu qu'il ne convenait pas de remonter dans le temps pour essayer de changer l'histoire parce que les tribunaux ont besoin de certitude pour exercer leur pouvoir de réparation. Le juge de première instance a convenu que le Tribunal avait commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas compétence pour ordonner un rajustement rétroactif des salaires, mais il a statué qu'une fois que l'on établit l'existence d'un écart déterminé pour une période déterminée en vertu de l'article 11, cet écart ne s'étendra à une

ary 12, 1986 to May 31, 1987. The Trial Judge also rejected any argument that the establishment of a wage gap for a later period created a presumption that a similar gap had existed in an earlier period. Finally, he rejected any notion that the issues before him were affected by the special rules of statutory construction relating to human rights matters. In his view, it was simply a question of the sufficiency of evidence coupled with the inherent difficulty of establishing a wage gap for any past period.

Held, the appeal should be allowed.

Systemic discrimination is a continuing phenomenon which has its roots deep in history and in societal attitudes. It cannot be isolated to a single action or statement. By its very nature it extends over time.

Nothing in subsection 53(2) justifies the view that an award should be “minimally afforded” or that its starting point should be restricted “to the moment the complaint was filed”. A complaint of discrimination necessarily relates to practices which have predated the complaint itself. The discrimination may be continuing so that the Tribunal will also order remedies for the future. The Tribunal took such an absurdly minimalist approach to its remedial powers that it cast serious doubt on its ability to make any reasonable assessment of the lost wages.

The Trial Judge erred in accepting without discussion the Tribunal’s erroneous view that certainty was required in the evidence establishing the extent of the wage gap. A complainant before a Human Rights Tribunal must meet the ordinary civil burden of a balance of probabilities i.e. the complainant must show that his position is more likely than not. It is no defence to say that things might have been otherwise. The Tribunal erred in rejecting evidence simply because it did not exclude other possibilities unfavourable to the complainant.

The Trial Judge also erred in finding that the rules requiring purposive interpretation of human rights legisla-

autre période que s’il peut être démontré que les faits, les circonstances et les présomptions applicables et nécessaires à l’établissement de cet écart ou de cette différence existaient et avaient cours durant cette autre période. Le juge de première instance a conclu qu’il n’était pas déraisonnable pour le Tribunal de rejeter la preuve présentée aux fins d’établir l’écart salarial pour la période s’étendant du 12 février 1986 au 31 mai 1987. Le juge de première instance a aussi rejeté l’argument selon lequel la preuve d’un écart salarial au cours d’une période donnée crée une présomption selon laquelle un écart similaire existait antérieurement. Enfin, il a rejeté toute thèse selon laquelle les règles particulières d’interprétation législative en matière de droits de la personne avaient une incidence sur les questions qui lui étaient soumises. Selon lui, la question se résumait à la suffisance de la preuve, combinée à la difficulté inhérente d’établir un écart salarial pour une période passée.

Arrêt: l’appel doit être accueilli.

La discrimination systémique est un phénomène continu qui a des origines profondes dans l’histoire et dans les attitudes sociétales. Elle ne peut être isolée sous forme d’acte ou de déclaration unique. Par sa nature même, elle s’étend sur une certaine période.

Rien dans le paragraphe 53(2) ne justifie l’opinion selon laquelle cette réparation doit être obtenue «à tout le moins de façon minimale», ou qu’elle ne doit pas remonter au-delà de «la date du dépôt de [la] plainte». Une plainte pour cause de discrimination renvoie nécessairement à des pratiques antérieures à la plainte même. La discrimination peut se poursuivre, de sorte que le Tribunal accordera également réparation pour le futur. Le Tribunal a adopté, de façon absurde, une approche tellement minimaliste de ses pouvoirs d’accorder réparation, qu’elle soulève un doute sérieux quant à sa capacité d’évaluer la perte de salaire de façon raisonnable.

Le juge de première instance a commis une erreur en acceptant, sans s’interroger, l’opinion erronée du Tribunal selon laquelle la preuve établissant l’ampleur de l’écart salarial devait être certaine. Le fardeau qui incombe à un plaignant devant un Tribunal des droits de la personne est celui de la prépondérance des probabilités, appliqué habituellement dans les affaires civiles, c’est-à-dire qu’il doit démontrer que ses prétentions sont plus probables qu’improbables. On ne peut faire valoir valablement en défense que les choses pourraient avoir été différentes. Le Tribunal a fait erreur lorsqu’il a rejeté la preuve simplement parce qu’elle n’excluait pas d’autres possibilités défavorables à la plaignante.

Le juge de première instance a aussi commis une erreur en statuant que les règles exigeant une interprétation

tion did not apply. Both his judgment and the Tribunal's decision relied heavily on a view of the meaning of paragraph 53(2)(c) which contradicted the text and the purpose of the *Canadian Human Rights Act*.

A further and even more serious error was the Trial Judge's emphasis on the distinction between the existence of the discriminatory pay practice and the extent of the wage gap. The proscription in subsection 11(1) is defined in terms of "differences in wages between male and female employees". An admission that an employer is guilty of a discriminatory practice under section 11 includes an acknowledgement that it was not paying equal pay for work of equal value to its male and female employees i.e. that a wage gap existed. The admission that the discriminatory practice existed prior to June 1, 1987 was wholly inconsistent with the employer's contention that there was no wage gap prior to that date. Both in the human rights context and in the more general context of a civil claim for damages, such a concession displaces the burden of proof. The complainant in proceedings before human rights tribunals must show a *prima facie* case of discrimination. A *prima facie* case is one which covers the allegations made and 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. The complainant conclusively established by the employer's own admission that pay discrimination contrary to section 11 existed prior to June 1, 1987 and that there was therefore a wage gap prior to that period. Since the discrimination was admittedly systemic, there was also a strong presumption that it, and the resultant wage gap, had existed for a considerable period of time. That presumption was enough to establish a *prima facie* case that the wage gap prior to June 1, 1987 was the same as it was after that date. The burden shifted to the employer to show any changes in the jobs concerned or in the wages paid that would have the effect of changing the wage gap. Furthermore, there was uncontradicted evidence of three witnesses that there was a wage gap, which was more than enough basis for a decision in the claimant's favour. Neither the Tribunal nor the Judge gave any valid reason for rejecting it.

One of the reasons why the Tribunal refused to award damages for lost wages was the difficulty or impossibility of determining the precise extent of the gap. Once it is

téléologique de la législation en matière de droits de la personne ne s'appliquaient pas. Son jugement et la décision du Tribunal s'appuient beaucoup sur une interprétation de l'alinéa 53(2)c) qui est incompatible non seulement avec la lettre, mais encore avec l'esprit de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Le juge a également commis une erreur, encore plus grave, en insistant sur la distinction à établir entre l'existence d'une pratique salariale discriminatoire et l'importance de l'écart salarial. L'interdiction édictée au paragraphe 11(1) est définie en termes de «disparité salariale entre les hommes et les femmes». Si un employeur avoue avoir commis un acte discriminatoire au sens de l'article 11, cet aveu emporte la reconnaissance du fait qu'il n'a pas versé une rémunération équivalente pour un travail équivalent à ses employés de sexe féminin et de sexe masculin, c'est-à-dire, qu'il existe un écart salarial. L'aveu portant qu'il existait une pratique discriminatoire avant le 1^{er} juin 1987 est totalement incompatible avec toute prétention de l'employeur selon laquelle aucun écart salarial n'aurait existé avant cette date. Tant dans les instances en matière de droits de la personne que dans le contexte plus général d'un recours civil en dommages-intérêts, pareille concession a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve. 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. La plaignante a établi de façon concluante, au moyen de l'aveu de l'employeur, qu'il existait une discrimination salariale contraire à l'article 11 avant le 1^{er} juin 1987, et qu'il existait également, en conséquence, un écart salarial avant cette date. Comme il a été admis qu'il s'agissait d'une discrimination systémique, il existait également une forte présomption que cette discrimination, et l'écart salarial en résultant, existaient depuis très longtemps. Cette présomption suffisait à établir une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire que l'écart salarial antérieur au 1^{er} juin 1987 était identique à celui qui existait à partir de cette date. La charge de la preuve est alors passée à l'employeur à qui il incombait de démontrer que des changements touchant les postes en cause ou les salaires versés auraient eu pour effet de modifier cet écart salarial. De plus, la preuve non contredite émanant de trois témoins établissait qu'il existait un écart salarial, ce qui était amplement suffisant pour justifier un jugement favorable à la plaignante. Ni le Tribunal ni le juge de première instance n'ont fourni un motif valable pour en justifier le rejet.

L'un des motifs pour lesquels le Tribunal a refusé d'accorder des dommages-intérêts pour perte de salaire était la difficulté ou l'impossibilité de déterminer avec

known that a plaintiff has suffered damage, a court cannot refuse to make an award simply because proving the precise amount is difficult or impossible.

There must be some reasonable time frame fixed around any claim for retroactive pay. As the employer is most likely to have access to the necessary information about the duties attached to each job, their values and the wages paid, it is the employer who should bear the burden of showing that such wage gap did not exist during the prior period once a wage gap has been established. That likelihood diminishes the further back in time one reaches beyond when the employer was put on notice that his pay practice may be discriminatory. Furthermore, the presumption that systemic discrimination will have produced the same effects in the past as it does in the present clearly becomes weaker the further it is extended into the past. A claim for wage discrimination going back for an unlimited period is unreasonable if it relates to any period for which the employer cannot reasonably be expected to marshal evidence relating to job duties, job values and wages. Ordinarily, one year prior to the filing of the complaint seems reasonable subject to variation according to the particular facts.

The Tribunal further erred in not assessing whether some changes in duties in a small number of jobs between February 12, 1986 and May 31, 1987 had any effect on the wage gap, and if so, the extent. The Trial Judge also erred in not correcting the error.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 11, 41(e), 53(2)(c).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co., [1987] 1 S.C.R. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board)*, [1991] C.H.R.D. No. 4 (QL); *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;

précision l'importance de l'écart salarial. La Cour, sachant que la partie demanderesse a subi des dommages, ne peut refuser d'accorder réparation uniquement parce que le montant précis des dommages est difficile ou impossible à établir.

Toute demande de rémunération rétroactive doit être limitée à une période raisonnable. Comme l'employeur est la personne probablement la mieux placée pour avoir accès aux renseignements nécessaires concernant les tâches afférentes à chaque poste, leur valeur et les salaires versés, une fois un écart salarial établi, c'est lui qui doit s'acquitter du fardeau de démontrer que cet écart salarial n'existait pas antérieurement. Cette probabilité diminue la période à laquelle on peut remonter au-delà du moment où l'employeur a été averti que sa pratique salariale pouvait être discriminatoire. De plus, la présomption voulant que la discrimination systémique ait produit les mêmes effets par le passé que ceux qu'elle produit actuellement s'affaiblit progressivement, à mesure qu'on remonte dans le passé. Une demande pour discrimination salariale remontant à une période illimitée est déraisonnable dans la mesure où cette demande toucherait une période à l'égard de laquelle on ne peut raisonnablement s'attendre que l'employeur puisse rassembler des éléments de preuve concernant les tâches afférentes aux postes, leur valeur et les salaires versés. Dans des circonstances ordinaires, la limite d'un an avant le dépôt de la plainte semble raisonnable, mais elle peut être prolongée ou abrégée dans une situation particulière.

Le Tribunal a en outre fait erreur en s'abstenant de déterminer si les changements apportés quant aux tâches afférentes à un petit nombre de postes entre le 12 février 1986 et le 31 mai 1987 avaient eu un effet sur l'écart salarial et, le cas échéant, d'en évaluer l'importance. Le juge de première instance a également fait erreur en refusant de corriger l'erreur du Tribunal.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 11, 41(e), 53(2)(c).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, [1987] 1 R.C.S. 1114; (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; 27 Admin. L.R. 172; 87 CLLC 17,022; 76 N.R. 161; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor*, [1991] D.C.D.P. n° 4 (QL); *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et*

23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

autres, [1985] 2 R.C.S. 536; (1985), 52 O.R. (2d) 799; 23 D.L.R. (4th) 321; 17 Admin. L.R. 89; 9 C.C.E.L. 185; 7 C.H.R.R. D/3102; 64 N.R. 161; 12 O.A.C. 241.

AUTHORS CITED

Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services, Canada, 1984.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1995.

Weiner, Nan and Morley Gunderson. *Pay Equity: Issues, Options and Experiences*. Toronto: Butterworths, 1990.

APPEAL from the trial judgment dismissing an application for judicial review of a CHRT's refusal to order a retroactive wage adjustment (*Public Service Alliance of Canada v. Staff of the Non-Public Funds, Canadian Forces et al.* (1995), 103 F.T.R. 81 (F.C.T.D.)); affg *Public Service Alliance of Canada (PSAC) v. Canada (Department of National Defence)*, [1994] C.H.R.D. No. 13 (QL). Appeal allowed.

COUNSEL:

Andrew J. Raven and Judith L. Allen for appellant (applicant).

Dufferin F. Friesen, Q.C. and Lubomyr Charbursky for respondents (respondents).

William F. Pentney and Fiona W. Keith for *mis-en-cause*.

SOLICITORS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, for appellant (applicant).

Deputy Attorney General of Canada for respondents (respondents).

Canadian Human Rights Commission, Legal Services Branch, Ottawa, for *mis-en-cause*.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

HUGESSEN J.A.:

DOCTRINE

Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services du Canada, 1984.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed., Toronto: Canada Law Book Inc., 1995.

Weiner, Nan and Morley Gunderson. *Pay Equity: Issues, Options and Experiences*. Toronto: Butterworths, 1990.

APPEL du jugement de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire du refus de la CCDP d'ordonner un rajustement salarial rétroactif (*Alliance de la fonction publique du Canada c. Personnel des fonds non publics des Forces canadiennes et al.* (1995), 103 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.); conf. *Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) c. Canada (Ministère de la Défense nationale)*, [1994] D.C.D.P. n° 13 (QL). Appel accueilli.

AVOCATS:

Andrew J. Raven et Judith L. Allen pour l'appelante (requérante).

Dufferin F. Friesen, c.r. et Lubomyr Charbursky pour les intimés (intimés).

William F. Pentney et Fiona W. Keith pour la mise en cause.

PROCUREURS:

Raven, Jewitt & Allen, Ottawa, pour l'appelante (requérante).

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés (intimés).

Commission canadienne des droits de la personne, Service du contentieux, Ottawa, pour la mise en cause.

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

LE JUGE HUGESSEN, J.C.A.:

Background

1 This is an appeal from a judgment of the Trial Division [(1995), 103 F.T.R. 81] which dismissed an application for judicial review taken against a decision of a Canadian Human Rights Tribunal [[1994] C.H.R.C. No. 13 (QL)].

2 The case concerns pay equity. In a complaint filed with the Canadian Human Rights Commission on February 12, 1987, the appellant, as bargaining agent for the employees concerned, alleged that the respondent employer was not paying certain female employees wages equal to those paid to certain male employees performing work of equal value. The text of the body of the complaint is as follows:¹

We allege that members of the predominantly female Administrative Support category employed by the Staff of the Non-Public funds at the National Defence Headquarters at Ottawa under the direction and control of the Director General Personnel Services (DGPS), who are performing work of a value equal to members of the predominantly male Operational and technical categories with the same employer have been and are being paid lower wages for that work in contravention of Sections 7 and 11 of the Canadian Human Rights Act.

3 The complaint was amended as to form by the Commission some months later and in the amended version it was specified that the date of the alleged discriminatory practice was "12 February, 1986 and ongoing".²

4 The complaint was based upon an investigation conducted by Pierre Marleau, an officer of the appellant union. He evaluated the jobs of the employees on the basis of job descriptions in effect in 1986 and earlier which he had obtained on an information request to the employer. Mr. Marleau compared the job descriptions with the wage rates specified in the Collective Agreement then in force (September 1, 1985 to May 31, 1987) and concluded that there was pay discrimination between the employees in the complainant group and the employees in the other, male dominated, group.

Contexte

1 Il s'agit de l'appel d'un jugement par lequel la Section de première instance [(1995), 103 F.T.R. 81] a rejeté la demande de contrôle judiciaire déposée à l'encontre d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne [[1994] D.C.D.P. n° 13 (QL)].

2 C'est l'équité salariale qui est en cause en l'espèce. Dans une plainte déposée devant la Commission canadienne des droits de la personne, le 12 février 1987, l'appelante, en sa qualité d'agent négociateur des employés en cause, a soutenu que l'employeur intimé ne versait pas à certaines employées de sexe féminin une rémunération équivalente à celle versée à certains employés de sexe masculin qui accomplissaient un travail équivalent. Voici le corps du texte de la plainte¹:

[TRADUCTION] Nous soutenons que les membres de la catégorie du soutien administratif à prédominance féminine du personnel des Fonds non publics des Forces canadiennes du Quartier général de la Défense nationale à Ottawa, relevant du directeur général des Services du personnel (DGSP), qui exécutent des fonctions équivalentes à celles des membres des catégories technique et de l'exploitation à prédominance masculine au service du même employeur, ont touché et continuent de toucher un salaire inférieur pour ce travail, en violation des articles 7 et 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

3 La plainte a été modifiée quant à sa forme par la Commission quelques mois plus tard et, dans sa version modifiée, elle précise que la période au cours de laquelle il y aurait eu discrimination s'échelonne du [TRADUCTION] «12 février 1986 à ce jour²».

4 La plainte était fondée sur une enquête menée par Pierre Marleau, un agent du syndicat appellant. Marleau a évalué les postes des employés en se fondant sur les descriptions de postes en vigueur en 1986 et auparavant, qu'il a obtenues après avoir présenté une demande de renseignements à l'employeur. Il a comparé les descriptions de postes aux taux de rémunération stipulés dans la convention collective alors en vigueur (du 1^{er} septembre 1985 au 31 mai 1987) et il a conclu à l'existence d'une discrimination salariale entre les employés du groupe plaignant et les employés de l'autre groupe à prédominance masculine.

- 5 As a result of the complaint the Commission appointed James Sadler, a senior consultant with its pay equity directorate, to conduct its own investigation. This took place early in 1988 and involved an elaborate process which included questionnaires and interviews with the employees concerned as well as with representatives of the employer, and an evaluation by a committee of experts of each of the twenty-one jobs performed by the thirty-eight employees in the complainant group.
- 6 The conclusion of Mr. Sadler's investigation was that there was a "wage gap" as a result of systemic discrimination that existed at the time of and prior to the collection of data in 1988.
- 7 The Commission then retained Dr. Nan Weiner who is an expert in the calculation of pay equity adjustments. She was asked to assess the wage gap and recommend an appropriate pay equity adjustment. Basing herself on Mr. Sadler's data, she confirmed the existence of the wage gap and calculated the magnitude of the necessary wage adjustments for each job.
- 8 On the basis of the work done by Mr. Sadler and Dr. Weiner, the Commission concluded that the matter warranted being referred to a Tribunal. However, before the complaint could be heard by the Tribunal, the appellant and the respondent reached an agreement which led to the signing of a consent order by the Tribunal on June 2, 1993. In accordance with this order, the section 11 complaint was resolved by the adjustment of pay rates in the complainant group in accordance with a proposal made by the respondent based on Dr. Weiner's report. In effect, the respondent agreed to pay wage adjustments for the period commencing June 1, 1987 which was the date of the coming into force of the new Collective Agreement. The parties could not agree, however, on whether there should be a retroactive wage adjustment for the period from February 12, 1986 (one year prior to the filing of the original
- À la suite de la plainte, la Commission a désigné James Sadler, un des principaux conseillers de la Direction de la parité salariale de la Commission, et lui a demandé de mener sa propre enquête. Il a procédé à l'enquête au début de l'année 1988, en utilisant un processus méthodique comprenant des questionnaires et des entrevues avec les employés en cause, ainsi qu'avec les représentants de l'employeur, en plus d'une évaluation, par un comité d'experts, de chacun des vingt-et-un postes occupés par les trente-huit employés appartenant au groupe plaignant.
- À la suite de son enquête, Sadler est parvenu à la conclusion qu'il existait un «écart salarial» découlant de la discrimination systémique qui existait en 1988, au moment de la cueillette des données, et antérieurement.
- La Commission a alors retenu les services de M^{me} Nan Weiner, spécialiste du calcul des rajustements d'équité salariale. Elle lui a confié le mandat d'évaluer l'écart salarial et de recommander un rajustement convenable d'équité salariale. En s'appuyant sur les données que lui a fournies Sadler, elle a confirmé l'existence d'un écart salarial et calculé l'ampleur du rajustement salarial nécessaire pour chaque poste.
- À la lumière des travaux effectués par Sadler et M^{me} Weiner, la Commission a conclu qu'il y avait lieu de soumettre le dossier à un tribunal. Toutefois, avant que le tribunal puisse entendre la plainte, l'appelante et l'intimé ont conclu un accord qui a mené à la signature d'une ordonnance sur consentement par le tribunal, le 2 juin 1993. Conformément à cette ordonnance, la plainte fondée sur l'article 11 a été réglée par le rajustement des taux de rémunération des membres du groupe plaignant, en conformité avec une proposition formulée par l'intimé, à partir du rapport de M^{me} Weiner. En effet, l'intimé a consenti à verser des rajustements salariaux pour la période commençant le 1^{er} juin 1987, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle convention collective. Les parties n'ont cependant pas réussi à s'entendre sur la question de savoir si un rajustement salarial rétroactif devait être versé pour la période s'échelonn

complaint and the date specified in the amended complaint) to May 31, 1987. Nonetheless, it is clear from the terms of the consent order as well as from those of the respondent's bulletin C1/93 which was attached and formed part of that order that the respondent accepted that as of the date of the order, and for the period extending back to June 1, 1987, it had acted contrary to the terms of section 11 of the *Canadian Human Rights Act*.³ That section reads:

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.

(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.

(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.

(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.

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

(6) An employer shall not reduce wages in order to eliminate a discriminatory practice described in this section.

(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

nant du 12 février 1986 (un an avant le dépôt de la plainte initiale et la date précisée dans la plainte modifiée) au 31 mai 1987. Néanmoins, il ressort clairement de l'ordonnance sur consentement et du Bulletin C1/93 de l'intimé, joint à cette ordonnance et partie intégrante de celle-ci, que l'intimé a reconnu avoir contrevenu à l'article 11 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*³ entre le 1^{er} juin 1987 et la date de l'ordonnance. Voici le libellé de l'article 11:

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.

(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.

(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.

(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).

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

(6) Il est interdit à l'employeur de procéder à des diminutions salariales pour mettre fin aux actes discriminatoires visés au présent article.

(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) any other advantage received directly or indirectly from the individual's employer.

e) des autres avantages reçus directement ou indirectement de l'employeur.

9 With regard to the period prior to June 1, 1987, the consent order specified as follows:

En ce qui a trait à la période antérieure au 1^{er} juin 1987, l'ordonnance sur consentement prévoit:

5. The Tribunal retains jurisdiction to deal with the issue of whether the rates of pay of the said employees are to be adjusted consistent with the proposal described in Bulletin C1/93 for all or part of the period from February 12, 1986 to May 31, 1987.⁴

[TRADUCTION] 5. Le Tribunal demeure compétent pour traiter de la question de savoir si les taux de rémunération desdits employés doivent être rajustés en accord avec la proposition décrite dans le bulletin C1/93 pour la totalité ou une partie de la période s'étendant du 12 février 1986 au 31 mai 1987⁴.

10 Following a hearing, the Tribunal concluded that no pay adjustment should be made for any part of the period from February 12, 1986 to May 31, 1987. An application for judicial review of that decision was dismissed by a Judge of the Trial Division, hence the present appeal.

À la suite d'une audition, le Tribunal a conclu qu'aucun rajustement salarial ne devait être effectué pour quelque partie que ce soit de la période s'échelonnant du 12 février 1986 au 31 mai 1987. Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été rejetée par un juge de la Section de première instance, d'où le présent appel.

Systemic Discrimination

La discrimination systémique

11 From the outset of the proceedings before the Tribunal, the respondent has conceded not only that it has committed a discriminatory practice within the meaning of section 11, *supra*, but also that such discrimination is systemic in nature. The following statement to the Tribunal by counsel for the respondent sets out the respondent's position clearly:

Dès le début de la procédure devant le Tribunal, l'intimé a admis non seulement avoir commis un acte discriminatoire au sens de l'article 11, précité, mais également que cette discrimination était de nature systémique. La déclaration suivante faite au Tribunal par l'avocat de l'intimé énonce clairement la thèse de celui-ci:

Madam Chairperson and members of the Tribunal, I have asked my friend if I might address the Tribunal at this point in time because we think that we might be able to assist my friend and the Tribunal in understanding the issues.

[TRADUCTION] Madame la présidente et Monsieur le membre du Tribunal, j'ai demandé à mon collègue s'il me permettait de m'adresser au Tribunal à ce stade de la procédure parce que nous pensons pouvoir aider mon collègue et le Tribunal à comprendre les questions en litige.

We listened with great interest to the evidence of Mr. Sadler yesterday, which addressed the problem of systemic discrimination. My friend was devoting considerable energy to that, so we thought that we should inform my friends and the Tribunal, because it seems that my friends have not appreciated the respondent's position in this litigation and I thought it might be helpful if I could clarify it at this point in time.

Nous avons écouté avec beaucoup d'intérêt la preuve présentée par M. Sadler hier, qui traitait du problème de la discrimination systémique. Mon collègue ayant déployé des efforts considérables à cet égard, nous avons cru qu'il convenait de renseigner mes collègues et le Tribunal, car il semble que mes collègues n'aient pas saisi la thèse de l'intimé en l'espèce et j'ai pensé qu'il serait utile de clarifier la question maintenant.

The respondent is not here to deny the problem of systemic discrimination that is a historical problem and that section 11 of the Canadian Human Rights Act was designed to redress. Mr. Sadler, if I understood correctly yesterday, said that as far as he knows there isn't, to this point, any perfect evaluation plan. There isn't any job evaluation plan or job classification plan that is

L'intimé n'a pas l'intention de nier ici le problème de la discrimination systémique qui est un problème historique et auquel l'article 11 de la Loi canadienne sur les droits de la personne a pour objet de remédier. Si j'ai bien compris les propos tenus par M. Sadler hier, il a déclaré qu'à sa connaissance, il n'existe pas à ce jour de plan d'évaluation parfait. Il n'existe aucun plan d'évaluation ni

universally recognized to be gender neutral. What is happening is that in our world and in our country an effort is being made to redress the historical systemic discrimination; gender discrimination that has developed through history. Those efforts are being made and improvements are being made in classification plans and job evaluation plans as time progresses.

But, the employer is not here to deny that if a Tribunal and expert witnesses examine a specific job evaluation plan and, indeed, the job classification plan that the employer used—had implemented for its employees—you will be able to find gender discrimination there. It will be of the systemic nature. The employer isn't here admitting an intentional discrimination, but if you go back and examine now, with today's knowledge and experience, the job classification plan that was prepared a number of years ago, as was the one that was being used by NPF, you will be able to find elements of it that can be attacked on the ground that they include, or encompass, a systemic discrimination.

That is not what is the issue in this litigation for this employer. . . . The issue in this litigation is whether there is a sound factual basis for the Tribunal to direct the payment of a specific amount of money to cover a specific period of time. That is the issue. In our submission, evidence about systemic discrimination does not assist in that, because the effect of it—what one has to address is the effect of the systemic discrimination, and Mr. Sadler's evidence indicated that even a job evaluation or job classification plan that is very good could be poorly applied. . . . or one that is very poor might not be applied so poorly and it might be applied in a way that would, to some extent, redress some of the problems that are in it.

So, what is important for the Tribunal to address, in our submission, is what was the effect—what is the effect—of the plan, not the plan itself. The plan itself, does that include systemic discrimination? The answer is, yes. But, what was the effect on the employees? To what extent and at what point in time did that produce a difference in pay for male and female employees? That, in our submission, is the issue that is being addressed in this litigation, and it was for that purpose that I informed the Tribunal early in the hearing of the three elements that the employer considers must be addressed: job information, evaluation and a methodology. Those elements, in our submission, are what must be put forward to determine the difference in wages between male and female employees at a specific point in time.⁵ [Emphasis added.]

plan de classification des emplois qui soit reconnu universellement comme non sexiste. Ce qui se passe, c'est que le monde et notre pays font un effort pour remédier à la discrimination systémique historique; la discrimination sexuelle qui a évolué au cours des ans. Ces efforts sont faits et les plans de classification et d'évaluation des emplois s'améliorent progressivement.

Toutefois, l'employeur n'est pas ici pour nier la possibilité qu'un Tribunal et des témoins experts concluent à l'existence de discrimination sexuelle après avoir examiné un plan donné d'évaluation des emplois et, en fait, le plan de classification des emplois que l'employeur a utilisé — qu'il a mis en place pour ses employés. Il s'agirait de discrimination de nature systémique. L'employeur ne reconnaît pas ici qu'il y a eu discrimination intentionnelle, mais si vous retournez en arrière pour examiner aujourd'hui, avec les connaissances et l'expérience que nous avons acquises, le plan de classification des emplois préparé il y a des années, comme celui qu'a utilisé les FNP, vous pourrez repérer des éléments qui peuvent être contestés au motif qu'ils comprennent ou comportent une discrimination systémique.

Ce n'est pas là la question en litige en l'espèce en ce qui a trait à l'employeur. . . . La question à trancher est celle de savoir s'il existe un fondement factuel valable permettant au Tribunal d'ordonner le paiement d'un montant spécifique pour une période spécifique. C'est cette question qui est en litige. Nous soutenons que la preuve touchant la discrimination systémique n'est pas utile à cet égard parce que son effet — ce qu'il faut examiner, c'est l'effet de la discrimination systémique, et la preuve de M. Sadler a indiqué que même un plan de classification ou d'évaluation des emplois très valable peut être mal appliqué . . . ou qu'un plan très médiocre peut être appliqué d'une façon qui n'est pas très insatisfaisante ou d'une manière qui corrige, dans une certaine mesure, les problèmes qu'il comporte.

Nous soutenons donc qu'il est important que le Tribunal se prononce sur l'effet qu'a eu — l'effet qu'a actuellement — le plan, plutôt que sur le plan même. Le plan proprement dit, comporte-t-il de la discrimination systémique? La réponse est oui. Mais quel effet a-t-il eu sur les employés? Dans quelle mesure et à quel moment en est-il résulté une disparité salariale entre les employés de sexe féminin et de sexe masculin? C'est, selon nous, la question en cause dans l'instance et c'est pour cette raison que j'ai communiqué au Tribunal, au début de l'audience, les trois éléments qui doivent être examinés de l'avis de l'employeur: les renseignements concernant les emplois, l'évaluation des postes et la méthodologie. Ces éléments sont ceux que nous considérons comme pertinents pour apprécier la disparité salariale entre les employés de sexe féminin et les employés de sexe masculin à un moment précis⁵. [Non souligné dans le texte original.]

12 Systemic discrimination, especially with regard to women, is not a new phenomenon. It has been the subject of a good deal of judicial and other learned comment. In the seminal case of *Action Travail des Femmes v. Canadian National Railway Co.*,⁶ Dickson C.J., speaking for the Court and quoting from the Abella Report [*Report of the Commission on Equality in Employment*], said:

A thorough study of "systemic discrimination" in Canada is to be found in the Abella Report on equality in employment. The terms of reference of the Royal Commission instructed it "to inquire into the most efficient, effective and equitable means of promoting employment opportunities, eliminating systemic discrimination and assisting individuals to compete for employment opportunities on an equal basis". (Order in Council P.C. 1983-1924 of 24 June 1983). Although Judge Abella chose not to offer a precise definition of systemic discrimination, the essentials may be gleaned from the following comments, found at p. 2 of the Abella Report:

Discrimination . . . means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics

It is not a question of whether this discrimination is motivated by an intentional desire to obstruct someone's potential, or whether it is the accidental by-product of innocently motivated practices or systems. If the barrier is affecting certain groups in a disproportionately negative way, it is a signal that the practices that lead to this adverse impact may be discriminatory.

This is why it is important to look at the results of a system

In other words, systemic discrimination in an employment context is discrimination that results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination. The discrimination is then reinforced by the very exclusion of the disadvantaged group because the exclusion fosters the belief, both within and outside the group, that the exclusion is the result of "natural" forces, for example, that women "just can't do the job" (see the Abella Report, pp. 9-10).

13 Later in the same judgment, the Chief Justice returned to the subject and stressed the historical,

La discrimination systémique, plus particulièrement à l'égard des femmes, n'est pas un phénomène nouveau. Elle a fait l'objet d'abondantes remarques de la magistrature et d'autres commentateurs éminents. Dans la cause type *Action Travail des Femmes c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*⁶, le juge en chef Dickson a cité le rapport Abella [*Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*] et déclaré, au nom de la Cour:

On trouve une étude exhaustive de la «discrimination systémique» au Canada dans le rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi. La Commission royale avait pour mandat «d'enquêter sur les moyens les plus efficaces et équitables de promouvoir les chances d'emploi, d'éliminer la discrimination systémique et d'assurer à tous les mêmes possibilités de prétendre à un emploi. . .» (Décret C.P. 1983-1924 du 24 juin 1983.) Quoique le juge Abella ait choisi de ne pas donner une définition précise de la discrimination systémique, on peut en glaner l'essentiel dans les commentaires suivants, que l'on trouve à la p. 2 de son rapport:

. . . la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort . . .

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi.

En d'autres termes, la discrimination systémique en matière d'emploi, c'est la discrimination qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination. La discrimination est alors renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces «naturelles», par exemple que les femmes «ne peuvent tout simplement pas faire le travail» (voir le rapport Abella, aux pp. 9 et 10).

13 Plus loin, dans le même arrêt, le juge en chef revient sur le sujet et souligne la nature historique,

attitudinal and continuing nature of systemic discrimination (at page 1143):

I have already stressed that systemic discrimination is often unintentional. It results from the application of established practices and policies that, in effect, have a negative impact upon the hiring and advancement prospects of a particular group. It is compounded by the attitudes of managers and co-workers who accept stereotyped visions of the skills and "proper role" of the affected group, visions which lead to the firmly held conviction that members of that group are incapable of doing a particular job, even when that conclusion is objectively false. An employment equity program, such as the one ordered by the Tribunal in the present case, is designed to break a continuing cycle of systemic discrimination.

- 14 In the specific context of pay equity litigation, the following comments by a Human Rights Tribunal in *P.S.A.C. v. Canada (Treasury Board)*,⁷ are helpful:

The concept of systemic discrimination is perhaps as hard to define as such discrimination is to identify. It is not identical in concept to indirect or adverse impact discrimination. Adverse impact discrimination involves requirements which do not, on their face, discriminate on a prohibited ground, but which affect a group identifiable on a prohibited ground in such a way as to have a discriminatory effect on that group.

While adverse impact discrimination may be quite subtle in its operation, often the effect is fairly obvious. Most people today, for example, recognize that minimum height and weight requirements discriminate against women. Similarly, it takes only a fairly rudimentary knowledge of religious diversity to realize that a hard hat requirement will adversely affect one particular religious group.

The concept of systemic discrimination, on the other hand, emphasizes the most subtle forms of discrimination, as indicated by the judgment of Dickson, C.J. in *CN v. Canada (Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at 1138-9. It recognizes that long-standing social and cultural mores carry within them value assumptions that contribute to discrimination in ways that are substantially or entirely hidden and unconscious. Thus, the historical experience which has tended to undervalue the work of women may be perpetuated through assumptions that certain types of work historically performed by women are inherently less valuable than certain types of work historically performed by men.

liée aux attitudes et continue de la discrimination systémique (à la page 1143):

J'ai déjà souligné que la discrimination systémique est souvent involontaire. Elle résulte de pratiques et de politiques établies qui, en fait, ont une incidence négative sur les perspectives d'embauche et d'avancement d'un groupe particulier. À cela s'ajoutent les attitudes des administrateurs et des collègues de travail qui acceptent une vision stéréotypée des compétences et du «rôle approprié» du groupe touché, laquelle vision conduit à la conviction ferme que les membres de ce groupe sont incapables de faire un certain travail, même si cette conclusion est objectivement fautive. Un programme d'équité en matière d'emploi, comme celui ordonné par le tribunal en l'espèce, est conçu pour rompre le cercle vicieux de la discrimination systémique.

Dans le contexte spécifique des litiges en matière d'équité salariale, les remarques suivantes formulées par un Tribunal des droits de la personne dans l'affaire *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor*⁷ s'avèrent utiles:

Il est peut-être tout aussi difficile de définir le concept de la discrimination systémique que d'identifier cette discrimination. Il ne s'agit pas d'un concept identique à celui de la discrimination indirecte. La discrimination indirecte se rapporte à des exigences qui ne comportent pas, à première vue, de discrimination pour un motif prohibé, mais qui touchent un groupe identifiable à l'égard d'un motif prohibé de façon à avoir un effet discriminatoire sur ce groupe.

Même si la discrimination indirecte peut être assez subtile dans son application, l'effet est souvent assez évident. Ainsi, la plupart des gens reconnaissent aujourd'hui que les exigences liées à la grandeur minimum et au poids minimum sont discriminatoires à l'endroit des femmes. De la même façon, il n'est pas nécessaire de connaître en profondeur les diversités religieuses pour comprendre qu'une exigence liée au port du casque lésera un groupe religieux donné.

Par ailleurs, le concept de la discrimination systémique est axé sur les formes de discrimination les plus subtiles, comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *CN c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 aux pages 1138 et 1139. Il est fondé sur la reconnaissance du fait que les moeurs sociales et culturelles de longue date transmettent des présomptions de valeur qui contribuent à créer de la discrimination sous des formes totalement ou presque entièrement voilées et inconscientes. Ainsi, la tendance traditionnelle à sous-évaluer le travail des femmes peut être perpétuée par des présomptions selon lesquelles certains types de tâches habituellement confiées dans le passé aux femmes ont

15 It is arguable, indeed, that the type of discrimination which pay equity is designed to counteract is always systemic. Thus, Weiner and Gunderson say:⁸

Regardless of what it is called, pay equity is designed to address a kind of systemic discrimination. Systemic discrimination is found in employment systems. It is the unintended byproduct of seemingly neutral policies and practices. However, these policies and practices may well result in an adverse or disparate impact on one group *vis-à-vis* another (e.g., on women versus men). This differs from interpersonal discrimination where one individual discriminates against another. Pay equity requires changes to pay systems to ensure that women's jobs are not undervalued.

16 I have thought it necessary to discuss the nature of systemic discrimination at the outset of these reasons since, as will appear, it is critical to an appreciation of the issues herein. Systemic discrimination is a continuing phenomenon which has its roots deep in history and in societal attitudes. It cannot be isolated to a single action or statement. By its very nature, it extends over time. That is what happened in this case. The job classification plan referred to by the employer's counsel which lay at the root of the pay inequity had existed since at least 1986.

The Tribunal's decision

17 For reasons which are not entirely clear, the Tribunal devoted rather more than half its decision to a discussion of whether it had the authority to grant what it described as retroactive relief and to an examination of the question of the retrospective application of statutes. Both here and in the Trial Division the parties were in agreement that the Tribunal had not been invited to undertake this examination and that in doing so it had in effect embarked on a frolic of its own. The parties were also in agreement, and the Trial Judge so held, that the Tribunal was clearly wrong in its conclusion on this question.

naturellement moins de valeur que certains types de tâches traditionnellement accomplies par les hommes.

On peut en effet soutenir que le type de discrimination que l'équité salariale vise à contrer est toujours systémique. Voici ce qu'affirment Weiner et Gunderson⁸:

[TRADUCTION] Peu importe la terminologie utilisée, l'équité salariale est conçue pour corriger une forme de discrimination systémique. La discrimination systémique est fondée sur les pratiques d'emploi. C'est un sous-produit involontaire de pratiques et politiques en apparence neutres. Toutefois, ces pratiques et politiques peuvent très bien avoir un impact défavorable ou différent sur un groupe par rapport à un autre (p. ex., sur les femmes par rapport aux hommes). Elle se distingue de la discrimination interpersonnelle où une personne agit de façon discriminatoire envers une autre. L'équité salariale exige des changements dans les systèmes de rémunération de façon à garantir que les postes occupés par des femmes ne seront pas sous-évalués.

J'ai jugé nécessaire de traiter de la nature systémique de la discrimination au début des présents motifs, car c'est une question qui s'avérera cruciale pour l'appréciation des questions en litige. La discrimination systémique est un phénomène continu qui a des origines profondes dans l'histoire et dans les attitudes sociétales. Elle ne peut être isolée sous forme d'acte ou de déclaration unique. Par sa nature même, elle s'étend sur une certaine période. C'est ce qui est survenu en l'espèce. Le plan de classification des emplois mentionné par l'avocat de l'employeur et qui est à la base de l'inégalité salariale existait depuis 1986.

La décision du Tribunal

Pour des motifs qui ne sont pas très clairs, le Tribunal a consacré plus de la moitié de sa décision à la question de savoir s'il avait compétence pour accorder ce qu'il a décrit comme une réparation rétroactive et à l'examen de la question de l'application rétrospective des lois. Les parties ont convenu, tant devant la Section de première instance que devant la présente Cour, que le Tribunal n'avait pas été invité à entreprendre cet examen et qu'en procédant ainsi, il avait en fait suivi le gré de sa fantaisie. Les parties ont également convenu, et le juge de première instance a statué, que la conclusion du Tribunal à cet égard était manifestement erronée.

18 In the second half of its decision the Tribunal purported to go on and make a separate study of the question as to whether or not there was a sufficient evidentiary basis in the record before it to justify an order for compensation for the period from February 12, 1986 to May 31, 1987. Notwithstanding the apparent separation between the first and second parts of the decision, I think the Tribunal's cogitations upon the first and admittedly irrelevant question, namely its power to order any retroactive compensation at all, are of great interest for the way in which they colour the Tribunal's considerations and conclusions on the second question. The following passage fairly summarizes the Tribunal's approach and its view of the remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*:

It is clear that this Tribunal has only those powers which have been given to it by the governing legislation. Section 53(2) of the *Human Rights Act* contains no wording of a retrospective nature and clearly seems only to contemplate prospective Orders. However, within the philosophy of an act designed to afford Tribunals the authority to make whole a Complainant who has suffered discrimination, hardship clearly would result to Complainants who are not, at least minimally, afforded a remedy which can be backdated to the moment the complaint was filed with the Human Rights Commission.⁹

19 The relevant part of the statute to which the Tribunal is referring in this passage is paragraph 53(2)(c) which reads as follows:

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may, subject to subsection (4) and section 54, make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

. . . .
(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, 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;

20 As I read this provision, it is a simple and straightforward authority to order the payment to a

Dans la deuxième partie de sa décision, le Tribunal a tenté de poursuivre en étudiant de façon distincte la question de savoir si la preuve qui lui avait été soumise était suffisante ou non pour justifier une ordonnance d'indemnisation pour la période s'échelonnant du 12 février 1986 au 31 mai 1987. Malgré la distinction apparente entre la première et la deuxième parties de la décision, j'estime que les réflexions du Tribunal sur la première question dont la non-pertinence a été admise, savoir sa compétence d'accorder une indemnisation rétroactive, sont très intéressantes quant à l'influence qu'elles ont eue sur les considérations et les conclusions du Tribunal sur la deuxième question. Le passage qui suit résume bien l'approche du Tribunal et son point de vue sur les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* qui prévoient un redressement:

Il ne fait aucun doute que le présent Tribunal est doté uniquement des pouvoirs que lui confèrent les dispositions législatives habilitantes. Le paragraphe 53(2) de la *Loi sur les droits de la personne* ne contient pas de termes de nature rétroactive et paraît assurément n'envisager que des ordonnances pour l'avenir. Toutefois, dans l'esprit d'une loi qui vise à accorder aux tribunaux le pouvoir d'indemniser complètement la victime d'un acte discriminatoire, il est indéniable que les plaignants qui n'obtiennent pas, à tout le moins de façon minimale, une réparation rétroactive à la date du dépôt de leur plainte devant la Commission des droits de la personne seraient lésés⁹.

Les dispositions pertinentes de la loi que mentionne le Tribunal dans cet extrait sont énoncées à l'alinéa 53(2)c) qui se lit comme suit:

53. . . .

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut, sous réserve du paragraphe (4) et de l'article 54, ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire:

. . . .
c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

Selon moi, cette disposition confère simplement et explicitement le pouvoir d'ordonner le paiement à

18

19

20

victim of lost wages resulting from a discriminatory practice. Such an order will always be backward looking and will result from the answer to the question “what wages was this victim deprived of as a result of the discriminatory practice?” Nothing in the text justifies the view that such an award should be “minimally afforded” or that its starting point should be restricted “to the moment the complaint was filed”. A complaint of discrimination necessarily relates to practices which have predated the complaint itself; one can hardly complain of discrimination which has not yet occurred. Of course, the discrimination may be continuing so that the Tribunal will also order remedies for the future, but that fact should not blind us to the obvious need to remedy what has taken place in the past. The Tribunal here has taken such an absurdly minimalist approach to its remedial powers that it casts serious doubt on its ability to make any reasonable assessment of the lost wages.

- 21 In the second part of its decision the Tribunal commented on the difficulties of job evaluation and the consequential determination of wage gaps:

Certainly this area of study has come about out of much necessity in the face of systemic discrimination against women in the work place but caution must be exercised in the manner in which judicial or quasi-judicial bodies respond to this relatively new area. Precisely because of the subjective nature of studies conducted to determine the existence and extent of wage differences (“wage gaps”), this is an area ill-suited to litigation.¹⁰ [Emphasis added.]

- 22 This same theme reappears in even stronger terms on the following page:

However, it is impractical and inappropriate to expect remedies to redress systemic discrimination in such a way as to reach back in time in an effort to change history. While systemic discrimination in the work force is clearly wrong, certainty in the judicial system is essential to ascertaining and securing remedial relief. If there is indeed an evidentiary basis upon which the Tribunal can grant a remedy, we do not consider ourselves bound,

une victime des pertes de salaire qu'elle a subies en raison d'un acte discriminatoire. Pareille ordonnance est nécessairement axée sur le passé et résulte de la réponse donnée à la question suivante: «Quelle est la rémunération dont cette victime a été privée en conséquence de l'acte discriminatoire?» Aucun élément de cette disposition ne justifie l'opinion selon laquelle cette réparation doit être obtenue «à tout le moins de façon minimale», ou qu'elle ne doit pas remonter au-delà de «la date du dépôt de [la] plainte». Une plainte pour cause de discrimination renvoie nécessairement à des pratiques antérieures à la plainte même; on peut difficilement se plaindre d'un acte discriminatoire qui ne serait pas encore survenu. Certes, la discrimination peut se poursuivre, de sorte que le Tribunal accordera également réparation pour le futur, mais ce fait ne doit pas occulter la nécessité évidente de réparer le préjudice passé. Le Tribunal a adopté, de façon absurde, une approche tellement minimaliste de ses pouvoirs d'accorder réparation, qu'elle soulève un doute sérieux quant à sa capacité d'évaluer la perte de salaire de façon raisonnable.

- Dans la deuxième partie de sa décision, le Tribunal a commenté les problèmes liés à l'évaluation des postes et à la détermination subséquente des écarts salariaux: 21

Ce domaine d'étude assez nouveau est de toute évidence né d'un besoin impérieux de lutter contre la discrimination systémique à l'égard des femmes sur le marché du travail, mais les organes judiciaires ou quasi judiciaires doivent se montrer prudents dans leur façon de l'aborder. En effet, ce domaine convient mal à un litige précisément à cause de la nature subjective des études effectuées pour établir l'existence et l'importance des disparités salariales («écarts salariaux»)¹⁰. [Non souligné dans le texte original.]

- Ce même thème est repris de façon plus énergique à la page suivante: 22

Il est cependant peu réaliste et malavisé de s'attendre à ce que des mesures viennent réparer la discrimination systémique au point de remonter dans le temps pour essayer de changer l'histoire. Bien que la discrimination systémique sur le marché du travail soit manifestement répréhensible, il reste que les tribunaux ont besoin de certitude pour exercer leur pouvoir de réparation. S'il existe effectivement une preuve sur laquelle le Tribunal

either by legislation or case law, to extend the remedy retroactively to any point prior to the filing of the complaint. Additionally, in order to take the remedy back to the date of the complaint, this Tribunal must be satisfied that the Complainant has established an evidentiary basis for the remedy sought. We are not so satisfied.¹¹ [Emphasis added.]

peut se fonder pour le faire, nous ne considérons pas que nous sommes tenus par la loi ou la jurisprudence de faire rétroagir la réparation à une date quelconque antérieure au dépôt de la plainte. En outre, pour que la réparation puisse être rétroactive à la date du dépôt de la plainte, le présent Tribunal doit être convaincu que la plaignante possède des éléments de preuve au soutien de la réparation demandée. Or, nous n'en sommes pas convaincus¹¹. [Non souligné dans le texte original.]

23 This view of the inappropriateness of reaching back to redress historical wrongs presumably flows from the Tribunal's view of the reach of paragraph 53(2)(c) on which I have already commented. In my view, it flies in the face of the very foundation of the *Canadian Human Rights Act*: if tribunals are unable to correct and redress historical wrongs, they have little reason for existence. The emphasis on "certainty" in the quoted passage, which in the context I take to mean certainty of the evidence of the wage gap, demonstrates, as well, a misunderstanding of the evidential burden borne by a complainant which, of course, is simply the civil burden of the balance of probabilities. The Tribunal's approach to its mandate recalls Dickson C.J.'s comment in *Canadian National Railway, supra* (at page 1134):

23 Cette conception de l'inopportunité de remonter dans le temps pour essayer de changer l'histoire découle, on peut le présumer, de la perception que le Tribunal a de la portée de l'alinéa 53(2)c) dont j'ai déjà traité. Selon moi, elle est incompatible avec le fondement même de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*: si les tribunaux ne sont pas en mesure de changer l'histoire pour corriger et réparer les préjudices subis, ils n'ont pas de raison d'être valable. L'accent mis sur la «certitude» dans le passage cité, que j'interprète dans ce contexte comme s'entendant de la certitude de la preuve de l'écart salarial, dénote, par ailleurs, une compréhension erronée du fardeau de la preuve dont doit s'acquitter le plaignant et qui, bien sûr, correspond simplement au fardeau civil de la prépondérance des probabilités. Compte tenu de la façon dont le Tribunal aborde son mandat, il y a lieu de se reporter à la remarque formulée par le juge en chef Dickson dans *Compagnie des chemins de fer, supra* (à la page 1134):

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. [Emphasis added.]

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l'essor des droits individuels d'importance vitale, lesquels sont susceptibles d'être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu'en interprétant la Loi, les termes qu'elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. [Non souligné dans le texte original.]

24 The Tribunal returned to the question of the burden of proof and the standard required a few pages later:

24 Le Tribunal est revenu sur la question du fardeau de la preuve et de la norme applicable quelques pages plus loin:

The Complainant and CHRC seem to suggest that there is a changing burden of proof in these proceedings. It is suggested that we accept the evidence of Mr. Marleau simply because the Respondent has not adduced any evidence to suggest that there were changes in the

La plaignante et la CCDP semblent dire que la charge de la preuve est déplacée dans le présent litige. À leur avis, il convient que nous acceptions la preuve de M. Marleau simplement parce que l'intimé n'a produit aucune preuve donnant à entendre que les autres postes

remaining job positions or any factors which would have impacted upon the analysis done by Mr. Marleau. The Tribunal does not accept this argument and the burden of establishing a sound evidentiary basis for the remedies sought clearly remains with the Complainant¹².

ont subi des changements ou que d'autres facteurs auraient eu des répercussions sur l'analyse effectuée par M. Marleau. Le Tribunal rejette cet argument, et il incombe indéniablement à la plaignante de présenter une preuve valable au soutien des mesures de réparation demandées¹².

25 The Tribunal's ultimate conclusion is as follows:

Voici la conclusion finale du Tribunal:

25

Since there was no information presented to this Tribunal about all relevant factors impacting on a wage analysis, prior to 1988, this Tribunal is not prepared to extend the wage adjustment back further than what has already been agreed to between the parties. It is of note that the employer has voluntarily made an adjustment of wages paid to the employees in the Complainant Group pursuant to the Consent Order retroactive to June 1, 1987, the commencement date of the applicable Collective Agreement, and a date which precedes the conclusion of Sadler's investigation by approximately one year. For the reasons set forth herein, this Tribunal finds that there is no factual basis upon which to award the remedy sought. The Complainant's claim is therefore dismissed.¹³ [Emphasis in original.]

Faute d'avoir obtenu des renseignements antérieurs à 1988 sur tous les facteurs pertinents qui ont des répercussions sur une analyse salariale, le présent Tribunal n'est pas disposé à donner au rajustement salarial un effet rétroactif sur une période plus longue que celle déjà convenue par les parties. Il convient de mentionner que l'employeur a volontairement rajusté les salaires versés aux employés du groupe plaignant conformément à l'ordonnance sur consentement rétroactive à la date d'entrée en vigueur de la convention collective applicable, soit le 1^{er} juin 1987, date qui est antérieure d'environ un an à la date à laquelle M. Sadler a terminé son enquête. Pour les motifs qui précèdent, le présent Tribunal conclut à l'absence du fondement factuel qui permettrait d'accorder la réparation demandée. La demande de la plaignante est donc rejetée¹³. [Non souligné dans le texte original.]

The Trial Division Judgment

Le jugement de la Section de première instance

26 As I have already indicated an application for judicial review taken against the Tribunal's decision was dismissed by the Trial Division. In his reasons the Judge carefully and thoroughly reviewed the evidence before the Tribunal and the decision itself. Although, as will appear, I am in disagreement with his conclusions, the reasons are a model of completeness and clarity.

26 Comme je l'ai déjà mentionné, la Section de première instance a déjà rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision du Tribunal. Dans ses motifs, le juge de première instance a examiné soigneusement toute la preuve soumise au Tribunal et la décision rendue par celui-ci. Bien que je ne partage pas ses conclusions, comme on le constatera plus loin, ses motifs sont un modèle de clarté et d'exhaustivité.

27 On the question of the burden of proof, which was apparently one of the principal grounds of attack before him as it was before us, the Judge had this to say:

27 En ce qui a trait à la question de la charge de la preuve, qui constituait apparemment l'un des principaux moyens de contestation invoqués devant lui comme devant la présente Cour, le juge a déclaré ce qui suit:

A preliminary question as to who bore the onus on this issue was raised during oral argument before me. The applicant and the Commission both contend that because wage discrimination is systemic, and in light of the wage gap which was established by the findings of the report and which were conceded by the respondent to have existed as early as June 1, 1987, the onus fell on the respondent to demonstrate that no wage gap existed prior to June 1, 1987. The Commission's view is that systemic discrimination can be considered to have begun on the

Une question préliminaire, consistant à savoir à qui incombait le fardeau à cet égard, a été soulevée devant moi au cours des plaidoiries. Aux dires de la requérante et de la Commission, étant donné que la discrimination salariale est systémique, et à cause de l'écart salarial que les conclusions du rapport ont établi et qui, comme l'intimé l'a reconnu, existait dès le 1^{er} juin 1987, c'est à l'intimé qu'il incombait de faire la preuve qu'il n'existait aucun écart salarial avant le 1^{er} juin 1987. La Commission est d'avis que la discrimination systémique a commencé à

date that the system giving rise to the discrimination took effect.

In dealing with this contention a distinction must be drawn between the existence of an ongoing practice which can give rise to a wage gap and the extent of that wage gap. In this instance, the Tribunal was not called upon to determine whether a practice contrary to s. 11 was in place prior to June 1, 1987. It was only asked to decide whether the evidence supported a monetary remedy which purported to be commensurate with a specific difference in wages in place during that period.

Arguably, in a context of systemic discrimination relating to employment, evidence of a practice contrary to s. 11 at a given point in time suggests that the practice was in place during the immediately preceding period. To that extent, it may be said that the onus fell upon the employer to demonstrate that the discriminatory practice was not in place during the preceding period. However, that is as far as the presumption goes. What is in issue in the present proceedings is the effect of a discriminatory pay practice on wages and not its existence.

Once a specified gap has been established for a given period pursuant to s. 11, as was done in this instance, it will extend to another period only if the facts, circumstances and assumptions relevant and necessary to the establishment of that gap or difference can be shown to have existed and prevailed during this other period. In the case at hand, as the applicant is claiming as a remedy the difference in wages during the prior period pursuant to s. 53(2)(c) of the Act, it was incumbent upon it to satisfy the Tribunal that this difference could be established by reference to the evidence before it.¹⁴

28 The Judge looked at the weight of the evidence advanced by the complainant and the Commission for the purposes of establishing the wage gap in the period from February 12, 1986 to May 31, 1987, and held that it was not unreasonable for the Tribunal to reject such evidence:

The testimony of Mr. Sadler served to describe a process by which the Commission is able to determine, from the collection of job information, the value of jobs under study. The entire process described by Mr. Sadler is geared to ensure the accuracy, reliability and completeness of the job data collected. The procedure by which the data is evaluated to arrive at job evaluation scores is also designed to ensure minimum bias and maximum thoroughness of review. In light of this detailed procedure, the Tribunal was justified, in my view, to accord little weight to Mr. Sadler's evidence that the value of the jobs in

la date d'entrée en vigueur du système qui a donné lieu à ladite discrimination.

Au sujet de cette prétention, il convient de faire une distinction entre l'existence d'une pratique ou d'un acte en cours qui est susceptible de donner lieu à un écart salarial, et l'étendue de cet écart. En l'espèce, le Tribunal n'a pas été appelé à déterminer s'il existait avant le 1^{er} juin 1987 un acte contraire à l'art. 11. Il lui a seulement été demandé de décider si la preuve étayait une réparation pécuniaire qui visait à être proportionnée à une différence bien précise dans les salaires durant cette période.

Dans un contexte de discrimination systémique lié à l'emploi, on peut soutenir que la preuve de l'existence d'une pratique contraire à l'art. 11 à un point précis dans le temps donne à penser que cet acte avait cours antérieurement. Dans cette mesure, on peut dire qu'il incombait à l'employeur de faire la preuve que la pratique discriminatoire en question n'avait pas cours antérieurement. Toutefois, la présomption ne va pas au-delà de cela. Le point en litige en l'espèce est l'effet d'une pratique de rémunération discriminatoire sur les salaires, et non l'existence de cette pratique.

Une fois que l'on établit l'existence d'un écart déterminé pour une période déterminée en vertu de l'art. 11, ce qui a été fait en l'espèce, cet écart ne s'étendra à une autre période que s'il peut être démontré que les faits, les circonstances et les présomptions applicables et nécessaires à l'établissement de cet écart ou de cette différence existaient et avaient cours durant cette autre période. Dans l'affaire qui nous intéresse ici, étant donné que la requérante demande en guise de réparation la différence de salaires durant la période antérieure en exécution de l'art. 53(2)(c) de la Loi, il lui appartenait de convaincre le Tribunal qu'il était possible d'établir cette différence en se reportant à la preuve dont ce dernier était saisi¹⁴.

Le juge a examiné la force probante de la preuve présentée par le plaignant et par la Commission aux fins d'établir l'écart salarial pour la période s'échelonnant du 12 février 1986 au 31 mai 1987, et il a conclu qu'il n'était pas déraisonnable pour le Tribunal de rejeter cette preuve:

Le témoignage de M. Sadler a servi à décrire une méthode grâce à laquelle la Commission est en mesure de déterminer, à partir de renseignements recueillis, la valeur des emplois à l'étude. Toute la méthode décrite par M. Sadler vise à garantir l'exactitude, la fiabilité et l'intégralité des données recueillies. La méthode par laquelle on évalue les données pour obtenir des résultats d'évaluation est également conçue pour garantir le minimum de partialité et un examen le plus exhaustif qui soit. À la lumière de cette méthode détaillée, le Tribunal était justifié, à mon sens, d'accorder peu de poids au témoignage de M. Sadler selon

question would have changed “slowly enough” to allow the 1988 evaluations to be applied back in time without any modification. The extent of changes in job value could only be ascertained with any certainty by comparing the job values arrived at by the Commission in 1988 with 1986 job values arrived at using an analogous procedure and job data of comparable reliability to that used in the 1988 study. The evidence presented by Mr. Sadler, based strictly on observations made in the course of the 1988 study, did not amount to more than an educated guess and could reasonably be rejected by the Tribunal in the absence of more cogent evidence establishing the extent of changes in the job data between 1986 and 1988.¹⁵

lequel la valeur des emplois en question aurait changé [TRADUCTION] «assez lentement» pour permettre d'appliquer rétroactivement, et sans modification aucune, les évaluations faites en 1988. Il n'était possible de vérifier avec une certitude quelconque l'importance des changements survenus dans la valeur des emplois qu'en comparant les valeurs obtenues par la Commission en 1988 avec les valeurs qui s'appliquaient en 1986, obtenues à l'aide d'une méthode analogue et de données dont la fiabilité était comparable à celle des données employées dans le cadre de l'étude menée en 1988. La preuve qu'a présentée M. Sadler, qui repose strictement sur des observations faites au cours de l'étude de 1988, n'équivalait à rien de plus qu'une conjecture raisonnée, et le Tribunal pouvait la rejeter raisonnablement en l'absence de preuves plus convaincantes établissant l'étendue des changements survenus dans les données relatives aux emplois entre 1986 et 1988.¹⁵

29 The Judge also rejected any argument that the establishment of a wage gap for a later period created a presumption that a similar gap had existed in an earlier period:

Le juge a également rejeté l'argument selon lequel la preuve d'un écart salarial au cours d'une période donnée crée une présomption selon laquelle un écart similaire existait antérieurement: 29

What the Tribunal was in effect asked to do by the applicant and the Commission is to presume that the extent of the wage gap identified for the future was the same for the past and to order the remedy contemplated by the consent order on that basis. It was asked to do so because the pay practice in issue was systemic in nature. The Tribunal, in my view, acted properly in holding in effect that no such presumption flowed from the evidence. Indeed, what the evidence suggests is that within an established procedure giving rise to systemic wage discrimination, the extent of the wage difference at any point in time is variable, and may only be determined with relative certainty by means of a contemporary assessment. There is nothing “systemic” about the extent or size of a wage gap at any point in time.¹⁶

Ce que la requérante et la Commission ont demandé en fait au Tribunal de faire, c'est présumer que l'importance de l'écart salarial déterminé pour l'avenir était le même pour le passé, et d'ordonner, en fonction de cela, que soit prise la mesure de réparation envisagée dans l'ordonnance sur consentement. Il lui était demandé de le faire parce que la pratique salariale en litige était de nature systémique. À mon sens, le Tribunal a agi correctement en soutenant en fait qu'une telle présomption ne découlait pas de la preuve. En fait, celle-ci donne à penser qu'au sein d'une procédure établie qui donne lieu à une discrimination salariale systémique, l'importance de la différence salariale varie, à quelque moment que ce soit dans le temps, et ne peut être déterminée avec une certitude relative qu'en procédant à une évaluation contemporaine. L'étendue ou la taille d'un écart salarial n'a rien de «systémique» à quelque moment que ce soit¹⁶.

30 Finally, at the end of his reasons, the Judge rejected any notion that the issues before him were affected by the special rules of statutory construction relating to human rights matters. In his view, it was simply a question of the sufficiency of evidence coupled with the inherent difficulty of establishing a wage gap for any past period. The concluding paragraphs of his reasons read as follows:

Enfin, en terminant ses motifs, le juge a rejeté toute thèse selon laquelle les règles particulières d'interprétation législative en matière de droits de la personne avaient une incidence sur les questions qui lui étaient soumises. Selon lui, la question se résu- 30
 mait à la suffisance de la preuve, combinée à la difficulté inhérente d'établir un écart salarial pour une période passée. Voici les derniers paragraphes de ses motifs:

The issue raised in the present proceedings is not one of statutory construction with respect to which the purposive interpretation advocated by the Supreme Court in human

Le point soulevé dans la présente affaire n'est pas une question d'interprétation d'une loi pour laquelle on pourrait invoquer de manière utile l'interprétation raison-

rights matters could be usefully invoked. Rather, the issue goes to the sufficiency of the evidence to allow for the grant of a specific remedy and the reasonableness of the Tribunal's finding in this regard. I do not believe that any of the considerations which militate in favour of the purposive construction of human rights legislation can justify a departure from the applicable rules of evidence to justify the issuance of a monetary award in circumstances where the basis thereof has not been established. The consent order required that the Tribunal order a payment equal to the difference in wages which the employees were deprived of, and any order purporting to compel the employer to do so would have been arbitrary in the absence of evidence establishing the extent of that difference.

Section 11 of the **Act** calls for an inherently difficult demonstration, particularly when coupled with a quest for a remedy in the form of compensation for lost wages pursuant to s. 53(2)(c) of the **Act**. It may be that having regard to the difficulty of establishing the extent of a wage difference in the absence of a contemporary study, the Tribunal should be given the power to grant monetary relief wherever a practice contrary to s. 11 is found to exist, whether or not the extent of the wage loss has been established. Presently, however, s. 53(2)(c) is framed by reference to "... any or all of the wages that the victim was deprived of ...". That in turn requires that there be before the Tribunal evidence allowing it to measure the loss resulting from the discriminatory practice or some part thereof before a compensatory award can be made. In this instance, it cannot be said that the Tribunal acted unreasonably in holding that such evidence had not been placed before it.¹⁷

Analysis and conclusions

- 31 In my view, and with great respect, I think the Judge erred in several respects.
- 32 In the first place, and as I have already indicated, the Tribunal's analysis of its mandate was fundamentally flawed by its view that it had no power to order a retroactive wage adjustment. While the Judge accepted that the Tribunal was wrong in this view, he failed to see how this impacted on the remainder of the Tribunal's analysis. In particular, the Trial Judge appears to have accepted without discussion the Tribunal's erroneous view that certainty was required in the evidence establishing the

née que prône la Cour suprême dans les affaires intéressant les droits de la personne. Il est plutôt question de la suffisance des éléments de preuve qui permettent d'accorder une mesure de réparation précise ainsi que du caractère raisonnable de la conclusion du Tribunal à cet égard. Je ne crois pas que l'une des considérations qui militent en faveur de l'interprétation téléologique des dispositions législatives en matière de droits de la personne puisse justifier que l'on s'écarte des règles de preuve applicables pour autoriser l'octroi d'une compensation pécuniaire lorsque le fondement de cette dernière n'a pas été établi. L'ordonnance sur consentement exigeait que le Tribunal ordonne le versement d'un paiement égal à la différence salariale dont les employés avaient été privés, et toute ordonnance visant à contraindre un employeur à obtempérer aurait été arbitraire en l'absence de preuves établissant l'étendue de cette différence.

L'article 11 de la **Loi** exige une démonstration en soi difficile, surtout lorsqu'elle est combinée à une demande de réparation qui revêt la forme d'une indemnisation pour perte de salaire en vertu de l'alinéa 53(2)c) de la **Loi**. Il est possible qu'en raison de la difficulté que pose le fait d'établir l'importance d'une différence salariale en l'absence d'une étude contemporaine, le Tribunal devrait avoir le pouvoir d'accorder une réparation pécuniaire chaque fois que l'on conclue à l'existence d'un acte contraire à l'article 11, que l'importance de la perte salariale ait été établie ou non. Pour l'heure, toutefois, l'alinéa 53(2)c) fait référence à «... la totalité, ou la fraction qu'il [le tribunal] juge indiquée, des pertes de salaires [de la victime]. . . ». Cela exige en retour que l'on soumette au Tribunal des preuves lui permettant de mesurer la perte attribuable à l'acte discriminatoire en question, ou une fraction quelconque de cette perte, avant qu'une indemnisation puisse être accordée. En l'espèce, on ne peut dire que le Tribunal a agi de manière déraisonnable en décrétant qu'il n'avait pas été saisi de telles preuves¹⁷.

Analyse et conclusions

- Je suis d'avis que le juge a commis des erreurs à plusieurs égards.
- Premièrement, comme je l'ai déjà mentionné, l'analyse que le Tribunal a fait de son mandat comportait des lacunes fondamentales en raison de son opinion selon laquelle il n'avait pas le pouvoir d'ordonner un rajustement salarial rétroactif. Bien que le juge ait reconnu l'erreur du Tribunal à cet égard, il n'a pas constaté l'impact de cette erreur sur le reste de l'analyse du Tribunal. En particulier, le juge de première instance semble avoir accepté, sans s'interroger, l'opinion erronée du Tribunal selon

extent of the wage gap.

33 The burden which a complainant before a Human Rights Tribunal must carry cannot, in my opinion, be placed any higher than the ordinary civil burden of the balance of probabilities. That is a long way from certainty and simply means that the complainant must show that his position is more likely than not. It is no valid defence for the opposite party to say that things might have been otherwise, for that will almost always be the case where the civil burden is in play. If a thing probably happened in a certain way, then by definition it might possibly have happened in a completely different way. It was error for the Tribunal to reject evidence simply because it did not exclude other possibilities unfavourable to the complainant. The Judge not only failed to identify that error but compounded it by his repeated insistence on the requirement of "certainty" in the establishment of the extent of the wage gap.

34 A second error by the Trial Judge, in my view, may be found in his opinion that this was not a case in which the rules requiring purposive interpretation of human rights legislation were in play. Both his judgment (particularly the concluding paragraphs quoted above) and the Tribunal's decision turned heavily on a view of the meaning of paragraph 53(2)(c) which, in my opinion, flies in the face of not only the text, but also the purpose of the *Canadian Human Rights Act*.

35 There was further, and even more serious, error in the Judge's emphasis on the distinction to be drawn between the existence of the discriminatory pay practice and the extent of the wage gap. A reading of subsection 11(1), *supra*, makes it plain that the discriminatory practice therein proscribed is itself defined in terms of "differences in wages between male and female employees". Thus, if an employer admits, as this one clearly did, that it is guilty of a

laquelle la preuve établissant l'ampleur de l'écart salarial devait être certaine.

33 Le fardeau qui incombe à un plaignant devant un Tribunal des droits de la personne ne peut, à mon avis, être plus exigeant que la norme de la prépondérance des probabilités appliquée habituellement dans les affaires civiles. Cette norme se situe loin de la certitude et signifie simplement que le plaignant doit démontrer que ses prétentions sont plus probables qu'improbables. La partie opposée ne peut faire valoir valablement en défense que les choses pourraient avoir été différentes, car il en est presque toujours ainsi lorsque le fardeau de la preuve en matière civile s'applique. S'il est probable qu'une chose s'est produite d'une certaine façon, par définition, il demeure possible qu'elle se soit produite d'une façon complètement différente. Le Tribunal a fait erreur lorsqu'il a rejeté la preuve simplement parce qu'elle n'excluait pas d'autres possibilités défavorables au plaignant. Non seulement le juge n'a-t-il pas repéré cette erreur, mais encore l'a-t-il aggravée en insistant de façon répétée sur la nécessité d'établir avec «certitude» l'ampleur de l'écart salarial.

34 Le juge de première instance a, selon moi, commis une deuxième erreur en statuant que les règles exigeant une interprétation téléologique de la législation en matière de droits de la personne ne s'appliquaient pas en l'espèce. Son jugement (et plus particulièrement les paragraphes de sa conclusion cités plus haut) et la décision du Tribunal s'appuient beaucoup sur une interprétation de l'alinéa 53(2)c) qui, à mon avis, est incompatible non seulement avec la lettre, mais encore avec l'esprit de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

35 Le juge a également commis une erreur, encore plus grave, en insistant sur la distinction à établir entre l'existence d'une pratique salariale discriminatoire et l'importance de l'écart salarial. Il ressort nettement de la lecture du paragraphe 11(1), précité, que l'acte discriminatoire même qu'il interdit est défini en termes de «disparité salariale entre les hommes et les femmes». Par conséquent, si un employeur avoue, comme l'a clairement fait l'em-

discriminatory practice under section 11, that admission includes an acknowledgement that it has not been paying equal pay for work of equal value to its male and female employees i.e. that a wage gap exists.

36 In the present case the employer sought to separate its admissions into two watertight compartments:

a) That there had been a discriminatory pay practice from June 1, 1987 forward and that the extent of the wage gap in that period was as identified in Mr. Sadler's report; and

b) That a discriminatory pay practice existed prior to June 1, 1987, but that no wage gap had been shown.

37 Both the Judge and the Tribunal appear to have accepted this analysis without realizing that it had the effect of masking the fact that the employer's admission, as a matter of law, had shifted the burden of proof. The admission that the discriminatory practice existed prior to June 1, 1987, is wholly inconsistent with any contention that there was no wage gap prior to that date. Both in the human rights context and in the more general context of a civil claim for damages, such a concession has the result of displacing the burden of proof.

38 The *locus classicus* of the shifting burden in human rights cases is the following statement by McIntyre J. in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd. et al.*:¹⁸

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

ployeur en cause, avoir commis un acte discriminatoire au sens de l'article 11, cet aveu emporte la reconnaissance du fait qu'il n'a pas versé une rémunération équivalente pour un travail équivalent à ses employés de sexe féminin et de sexe masculin, c'est-à-dire, qu'il existe un écart salarial.

En l'espèce, l'employeur a tenté d'isoler ses 36
aveux dans deux compartiments étanches:

a) d'une part, une pratique salariale discriminatoire a été appliquée à partir du 1^{er} juin 1987 et l'écart salarial au cours de cette période correspond à celui établi par M. Sadler dans son rapport;

b) d'autre part, une pratique salariale discriminatoire a été appliquée avant le 1^{er} juin 1987, mais aucun écart salarial n'a été établi.

37 Le juge et le Tribunal semblent avoir accepté cette analyse sans se rendre compte qu'elle avait pour effet de masquer la conséquence juridique de l'aveu de l'employeur, soit le déplacement du fardeau de la preuve. Son aveu portant qu'il existait une pratique discriminatoire avant le 1^{er} juin 1987 est totalement incompatible avec toute prétention selon laquelle aucun écart salarial n'aurait existé avant cette date. Tant dans les instances en matière de droits de la personne que dans le contexte plus général d'un recours civil en dommages-intérêts, pareille concession a pour effet de déplacer le fardeau de la preuve.

38 Le *locus classicus* du déplacement de la charge de la preuve dans les affaires touchant les droits de la personne est la déclaration suivante faite par le juge McIntyre dans l'affaire *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd. et autres*¹⁸:

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

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. Where adverse effect discrimination on the basis of creed is shown and the offending rule is rationally connected to the performance of the job, as in the case at bar, the employer is not required to justify it but rather to show that he has taken such reasonable steps toward accommodation of the employee's position as are open to him without undue hardship. It seems evident to me that in this kind of case the onus should again rest on the employer, for it is the employer who will be in possession of the necessary information to show undue hardship, and the employee will rarely, if ever, be in a position to show its absence. The onus will not be a heavy one in all cases. In some cases it may be established without evidence [*sic*]; for example, a requirement that all employees work on Saturday in a business which is open only on Saturdays, but once the *prima facie* proof of a discriminatory effect is made it will remain for the employer to show undue hardship if required to take more steps for its accommodation than he has done. [Emphasis added.]

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. Lorsque l'existence de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, fondée sur la croyance, est démontrée et que la règle incriminée est raisonnablement liée à l'exercice des fonctions, comme en l'espèce, l'employeur est tenu non pas de la justifier, mais plutôt de démontrer qu'il a pris, en vue de s'entendre avec l'employé les mesures raisonnables qu'il lui était possible de prendre sans subir une contrainte excessive. Il me semble évident que, dans ce type d'affaire, le fardeau de la preuve doit encore incomber à l'employeur puisque c'est lui qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence d'une contrainte excessive et que l'employé est rarement, sinon jamais, en mesure d'en démontrer l'absence. Ce fardeau ne sera pas toujours nécessairement lourd. Dans certains cas, cette démonstration n'appellera aucune preuve; par exemple, l'obligation pour tous les employés de travailler le samedi dans une entreprise qui n'ouvre que le samedi; mais lorsqu'il y a une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire qu'il y a effet discriminatoire, il incombe encore à l'employeur de démontrer qu'il subira une contrainte excessive si on lui demande de prendre plus de mesures d'accommodement qu'il ne l'a fait. [Non souligné dans le texte original.]

39 While that statement was made with specific reference to adverse effect discrimination, it clearly applies with equal force to a case of systemic pay equity discrimination. The complainant here has made far more than a *prima facie* case; it has conclusively established by the employer's own admission that pay discrimination contrary to section 11 existed prior to June 1, 1987, and that there was, therefore, a wage gap prior to that period. Since the discrimination is admittedly systemic, there is also a

Bien que cette déclaration vise expressément la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, elle s'applique manifestement avec autant de vigueur à la discrimination systémique en matière d'équité salariale. Le plaignant en l'espèce a fourni une preuve qui va bien au-delà d'une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire; il a établi de façon concluante, au moyen de l'aveu de l'employeur, qu'il existait une discrimination salariale contraire à l'article 11 avant le 1^{er} juin 1987, et qu'il existait 39

strong presumption that it, and the resultant wage gap, have existed for a considerable period of time. That presumption is enough to establish a *prima facie* case in the complainant's favour that the wage gap prior to June 1, 1987 was the same as it was after that date. The burden shifted to the employer to show any changes in the jobs concerned or in the wages paid that would have the effect of changing the wage gap. To paraphrase the words of McIntyre J. previously quoted, it is the employer who will be in possession of any necessary information to show such changes; it is he who must bear the burden.

40 In fact, of course, the complainant had more in its favour than a mere presumption. Mr. Sadler's evidence as to the extent of the wage gap prior to June 1, 1987, though described by the Trial Judge as an "educated guess", was relevant and admissible. Dr. Weiner's report also concluded that the adjustment methodology "can be applied beginning in 1986".¹⁹ Finally, Mr. Marleau's study for the same period, though admittedly based on less reliable data, reached very similar conclusions and was before the Tribunal. This was more than just some evidence. It was uncontradicted and was the only evidence on the point. It was more than enough to serve as a basis for a decision in the claimant's favour. Neither the Tribunal nor the Judge gave any valid reason for rejecting it.

41 The result is the same under the general law applicable to civil claims. In essence, what the Tribunal had to determine was a straightforward claim for damages for lost wages. As appears clearly from the quoted passages of its decision, one of the reasons it refused to award such damages, a reason endorsed by the Trial Judge, was the diffi-

également, en conséquence, un écart salarial avant cette date. Comme il est admis qu'il s'agit d'une discrimination systémique, il existe également une forte présomption que cette discrimination, et l'écart salarial en résultant, existaient depuis très longtemps. Cette présomption suffit à établir une preuve suffisante jusqu'à preuve contraire, en faveur du plaignant, que l'écart salarial antérieur au 1^{er} juin 1987 était identique à celui qui existait à partir de cette date. La charge de la preuve est alors passée à l'employeur à qui il incombait de démontrer que des changements touchant les postes en cause ou les salaires versés auraient eu pour effet de modifier cet écart salarial. Pour paraphraser la déclaration précitée du juge McIntyre, c'est l'employeur qui dispose de l'information nécessaire pour démontrer l'existence de tels changements; c'est à lui que la charge de la preuve doit incomber.

En fait, le plaignant ne bénéficiait manifestement pas uniquement d'une simple présomption. Le témoignage de Sadler quant à l'ampleur de l'écart salarial antérieur au 1^{er} juin 1987 était pertinent et admissible, même si le juge de première instance l'a décrit comme une «conjecture raisonnée». Le rapport de M^{me} Weiner a également conclu que la méthode d'équité salariale «peut être appliquée à partir de 1986»¹⁹. Enfin, l'étude effectuée par Marleau pour la même période a produit des conclusions semblables, bien qu'il soit admis qu'elle se fondait sur des données moins fiables, et le Tribunal l'avait en main. Celui-ci disposait donc d'une preuve plus étoffée qu'une preuve quelconque. Cette preuve n'a pas été contredite et il s'agissait de la seule preuve produite relativement à cette question. Elle suffisait amplement pour justifier une décision favorable au plaignant. Ni le Tribunal ni le juge de première instance n'ont fourni un motif valable pour en justifier le rejet.

On parvient au même résultat à l'aide des règles générales de droit applicables aux demandes en matière civile. Le Tribunal devait, essentiellement, trancher une demande pure et simple de dommages-intérêts pour perte de salaire. Les passages précités de sa décision indiquent clairement qu'un des motifs pour lesquels il a refusé d'accorder les dommages-

culty or impossibility of determining the precise extent of the wage gap.

42 Indeed, it was the respondent's position before the Tribunal that such a determination simply could not be made. The following passage is taken from the respondent's argument before the Tribunal:

THE CHAIRPERSON: Should there be some check list and what if there are questions that come up later that we didn't anticipate then?

MR. FRIESEN: I guess my submission is this. I think it's important to keep in mind that this is, as my friend Ms. Keith keeps underlining, a systemic problem. It looks at the effect of a whole system. So, when you try to reach back in time, in my submission, you are just doing something that you really cannot do.

I'm not faulting Mr. Sadler. He really acknowledges that himself and there is a passage that I would like to draw to the attention of the Tribunal on that point, if I may. It's in—

THE CHAIRPERSON: Before I lose you, though, what you are suggesting is that it never can be done. There can never be—

MR. FRIESEN: That's right.

THE CHAIRPERSON:—the proper questions asked to secure the right information from the past.

MR. FRIESEN: Exactly. In effect, you can't because it goes to the reliability of the evidence. You are asking a witness to say with some precision what they were doing 12—maybe not 12 months ago. In this case, we are going back 24 months, 28 months, I think. We are going back from May of 1988 to February of 1986. So, Mr. Sadler would have had to be saying, "What were you going [sic] on a daily basis in February of 1986?"²⁰ [Emphasis added.]

43 The same theme is repeated a few pages later:

THE CHAIRPERSON: No, you are not answering my question, Mr. Friesen. Answer my question. How are we ever to do it? You see, what we are being asked to do here has great significance to many, many people.

MR. FRIESEN: Yes.

intérêts demandés, motif retenu par le juge de première instance, était la difficulté ou l'impossibilité de déterminer avec précision l'importance de l'écart salarial.

En fait, l'intimé a soutenu devant le Tribunal qu'il était tout simplement impossible de le déterminer. Le passage suivant est tiré de la plaidoirie de l'intimé devant le Tribunal:

[TRADUCTION]

LA PRÉSIDENTE: Doit-il exister une liste de vérification et que se passe-t-il si les questions qu'on n'a pas prévues surgissent par la suite?

M^E FRIESEN: Ma prétention serait la suivante. Je pense qu'il est important de garder à l'esprit qu'il s'agit d'un problème systémique, comme ma collègue M^e Keith le souligne sans cesse. Il concerne l'effet d'un système dans son ensemble. Par conséquent, lorsque vous remontez dans le temps, je soutiens que vous vous livrez à un exercice impossible.

Je ne blâme pas M. Sadler. Il reconnaît en fait lui-même et il y a un passage que j'aimerais porter à l'attention du Tribunal sur ce point, si vous le permettez. C'est dans—

LA PRÉSIDENTE: Avant de vous perdre, toutefois, ce que vous laissez entendre c'est que cela ne peut jamais être fait. On ne peut jamais—

M^E FRIESEN: C'est exact.

LA PRÉSIDENTE:—poser de questions adéquates pour obtenir l'information juste concernant le passé.

M^E FRIESEN: C'est exact. En fait, vous ne le pouvez pas, en raison d'une question de fiabilité de la preuve. Vous demandez à un témoin de vous dire de façon précise ce qu'il faisait 12—peut-être pas 12 mois auparavant. En l'espèce, on remonte à 24 mois, 28 mois, je pense. On remonte du mois de mai 1988 au mois de février 1986. Par conséquent, M. Sadler aurait dû demander, «Que faisiez-vous quotidiennement en février 1986?»²⁰ [Non souligné dans le texte original.]

Le même thème revient quelques pages plus loin: 43

LA PRÉSIDENTE: Non, vous ne répondez pas à ma question, M^e Friesen. Répondez à ma question. Comment pouvons-nous faire? Vous voyez, ce qu'on nous demande de faire ici a une très grande importance pour beaucoup, beaucoup de personnes.

M^E FRIESEN: Oui.

THE CHAIRPERSON: I think the Tribunal agrees that there has to be some way to assess the evidence. We can't do things simply because they appear to be fair. We have to assess the evidence that's before us. I guess what we are asking is what kind of evidence is ever going to be satisfactory by your test? It's never going to be.

MR. FRIESEN: In my submission, the evidence that would be satisfactory would be the evidence that's gathered when you conduct your investigation, when you assess the effect of everything that contributes to the value of work.

THE CHAIRPERSON: And what kind of evidence is necessary in order to secure a retroactive order? In other words, you are saying you can't go back at all.

MR. FRIESEN: That's right. In my submission, you shouldn't go before the date of the investigation—not the date of the investigation, some reasonable time frame surrounding the investigation.

In my submission, what the employer adopted here was a time frame surrounding the investigation that was linked to the facts. One of the main facts that can affect the wage gap is the new collective agreement at which new wage rates are fixed. That was one approach, but even that, in my submission, is a broad, liberal approach to the thing. It might be perfectly proper and appropriate to say, "From the date of the investigation, we will measure the wage gap."²¹ [Emphasis added.]

44 In my view, it is well settled law that once it is known that a plaintiff has suffered damage, a court cannot refuse to make an award simply because the proof of the precise amount thereof is difficult or impossible. The judge must do the best he can with what he has. Waddams²² puts the matter succinctly as follows:

The general burden of proof lies upon the plaintiff to establish the case and to prove the loss for which compensation is claimed. In many cases the loss claimed by the plaintiff depends on uncertainties; these are of two kinds: first, imperfect knowledge of facts that could theoretically be known and secondly, the uncertainty of attempting to estimate the position the plaintiff would have occupied in hypothetical circumstances, that is to say, supposing that the wrong complained of had not been done.

LA PRÉSIDENTE: Je pense que le Tribunal convient qu'il doit exister un moyen d'évaluer la preuve. On ne peut pas poser des actes uniquement parce qu'ils semblent justes. On doit évaluer la preuve qui nous est soumise. Je suppose que la question que nous posons est celle savoir quel type de preuve sera éventuellement satisfaisant si on applique votre critère? La preuve ne sera jamais satisfaisante.

M^E FRIESEN: Je soutiens que la preuve qui serait satisfaisante serait celle recueillie au moment de l'enquête, lorsqu'on évalue l'effet de tous les éléments qui contribuent à la valeur du travail.

LA PRÉSIDENTE: Et quel type de preuve est nécessaire pour justifier une ordonnance rétroactive? En d'autres termes, vous affirmez que vous ne pouvez absolument pas remonter dans le temps.

M^E FRIESEN: C'est exact. Selon moi, vous ne pouvez pas remonter avant la date de l'enquête—pas la date de l'enquête, une période raisonnable entourant l'enquête.

Je soutiens qu'en l'espèce, l'employeur a adopté une période entourant l'enquête qui était associée aux faits. L'un des principaux faits qui peut avoir une incidence sur l'écart salarial est la nouvelle convention collective qui fixe de nouveaux taux de rémunération. C'est une façon de procéder, mais je soutiens tout de même qu'il s'agit d'une approche large, libérale de la question. Il est peut-être indiqué et tout à fait opportun de déclarer «Nous allons évaluer l'écart salarial à partir de la date de l'enquête»²¹. [Non souligné dans le texte original.]

À mon avis, il est bien établi que la Cour, sachant 44 que la partie demanderesse a subi des dommages, ne peut refuser d'accorder réparation uniquement parce que le montant précis des dommages est difficile ou impossible à établir. Le juge doit faire de son mieux à l'aide des éléments dont il dispose. Waddams²² résume la question de la façon suivante:

[TRADUCTION] C'est à la partie demanderesse qu'incombe le fardeau général de la preuve et l'obligation de prouver la perte visée par sa demande d'indemnisation. Dans beaucoup de cas, la perte que fait valoir la partie demanderesse dépend d'éléments incertains; il en existe deux sortes: premièrement, une connaissance imparfaite des faits qui pourraient, en théorie, être connus et, deuxièmement, l'incertitude liée à la tentative d'estimer dans quelle situation se serait trouvée la partie demanderesse dans des circonstances hypothétiques, c'est-à-dire, en supposant que le préjudice reproché ne lui ait pas été causé.

American law has had considerable difficulty with this second type of uncertainty. The courts have used the requirement of certainty to inhibit or set aside what they consider to be excessive jury awards, with rigorous standards laid down in many cases. The consequence is that, where recovery is thought to be justified, the courts must strive to reconcile the results desired with prior restrictive holdings.

In Anglo-Canadian law, on the other hand, perhaps because of the decline in the use of the jury, 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. [Emphasis added.]

45 The position of the respondent in this case amounts to this. It concedes that wage discrimination existed prior to June 1, 1987, and that such discrimination was systemic. That concession necessarily implies that there was a wage gap and that the female employees were deprived of certain wages by reason of the employer's discriminatory practice. The employer denies them any recovery, however, because it says it is impossible to establish the precise amount thereof. That is not a position which this Court should endorse. For the reasons I have given, it is wrong in law.

46 Before concluding these reasons, I wish to make some observations upon the selection of an appropriate cut-off date for awards for damages for lost wages in cases of this sort. In the present case the claim was specifically limited to the period commencing 12 February 1986, i.e. one year prior to the date of the filing of the complaint. There was evidence before the Tribunal that it is the Commission's practice to limit claims in this way and there is arguably some justification for this in the wording of paragraph 41(e) of the Act:

41. Subject to section 40, the Commission shall deal with any complaint filed with it unless in respect of that complaint it appears to the Commission that

Le droit américain a eu beaucoup de difficulté à régler le problème posé par ce dernier type d'incertitude. Les tribunaux ont exigé la certitude pour contenir ou annuler les dommages-intérêts accordés par un jury et excessifs à leur avis, des normes rigoureuses ayant été établies dans bon nombre de cas. Il en est résulté que, dans les cas où un redressement est justifié, les tribunaux doivent essayer de concilier les résultats désirés avec les décisions restrictives antérieures.

Par contre, en droit anglo-canadien, peut-être en raison du déclin du recours à un jury, 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. [Non souligné dans le texte original.]

Voici la thèse de l'intimé en l'espèce. Il concède 45 qu'il y a eu discrimination salariale avant le 1^{er} juin 1987 et que cette discrimination était de nature systémique. Cet aveu emporte nécessairement qu'il a existé un écart salarial et que les employés de sexe féminin ont été privées d'un certain salaire en raison de la pratique discriminatoire de l'employeur. Néanmoins, l'employeur nie qu'elles ont droit à un redressement parce qu'il affirme qu'il est impossible d'en établir le montant avec précision. La Cour ne peut souscrire à cette thèse. Pour les motifs que j'ai déjà énoncés, elle est contraire à l'état du droit.

Avant de conclure, j'aimerais formuler certaines 46 remarques sur le choix de la date limite qu'il convient de fixer pour les demandes de dommages-intérêts pour perte de salaire lorsque la demande est de la même nature que celle-ci. En l'espèce, la demande vise une période dont le début est expressément limité au 12 février 1986, soit un an avant le dépôt de la plainte. Il a été prouvé devant le Tribunal que c'est une pratique de la Commission que de limiter ainsi les demandes et il serait possible de justifier cette pratique dans une certaine mesure en invoquant le libellé de l'alinéa 41e) de la Loi:

41. Sous réserve de l'article 40, la Commission statue sur toute plainte dont elle est saisie à moins qu'elle estime celle-ci irrecevable pour un des motifs suivants:

...
(e) the complaint is based on acts or omissions the last of which occurred more than one year, or such longer period of time as the Commission considers appropriate in the circumstances, before receipt of the complaint.

...
e) la plainte a été déposée plus d'un an après le dernier des faits sur lesquels elle est fondée.

47 Counsel for the appellant, however, made it quite clear that in his submission this text did not amount to a statutory limitation period and that he would reserve the right in another case to claim retroactive wage adjustments over a more extended period.

Toutefois, l'avocat de l'appelante a clairement prétendu que cette disposition n'équivaut pas à un délai de prescription légal et qu'il se réserve le droit, dans une autre instance, de demander un rajustement salarial rétroactif pour une période plus étendue.

48 Counsel for the respondent, on the other hand, took the position that any claim must be limited to a reasonable period surrounding the investigation and establishment of the precise wage gap. He also suggested that the Tribunal had accepted this view and that the expiry of the old Collective Agreement on May 31, 1987, provided it with a rational cut-off point. I may say that I cannot find anything in the Tribunal's decision to support counsel's position on this point other than its simple noting of the fact that the employer had accepted to pay wage adjustments from June 1, 1987. If indeed, the replacement of the old Collective Agreement by the new one had had any impact at all upon the wage gap, one would have thought that this would be a very simple matter for counsel to demonstrate. In the absence of any such demonstration it seems to me wildly improbable that adjustments to wage scales made in the context of the general negotiation of a new collective agreement would have substantially lessened or increased the existing wage gaps. That collective agreement after all was negotiated by the very parties to this litigation and at a time after the complaint giving rise thereto had been filed.

L'avocat de l'intimé a par contre soutenu que toute demande doit être limitée à une période raisonnable entourant l'enquête et l'évaluation précise de l'écart salarial. Il a également laissé entendre que le Tribunal avait retenu son point de vue et que l'expiration de l'ancienne convention collective le 31 mai 1987 lui avait fourni une date limite rationnelle. Je peux dire qu'aucun élément de la décision du Tribunal ne me paraît étayer cette prétention, si ce n'est le simple fait qu'il a noté que l'employeur avait accepté de payer un rajustement salarial à compter du 1^{er} juin 1987. Si, en fait, le remplacement de l'ancienne convention collective par la nouvelle avait eu un impact quelconque sur l'écart salarial, il y aurait lieu de croire qu'il serait très facile pour l'avocat de le prouver. En l'absence d'une telle preuve, il me semble très improbable que les échelles de rajustement salarial préparées dans le contexte de la négociation générale d'une nouvelle convention collective aient réduit ou augmenté, de façon importante, les écarts salariaux existants. La convention collective a, somme toute, été négociée par les parties au présent litige, après le dépôt de la plainte qui est à l'origine de l'instance.

49 It is not, of course, strictly necessary that we should answer the question in the present case since the extent of the retroactivity of the wage award here is limited by the claim itself. That limitation has its roots, as I have indicated, in past practice and is not, in the circumstances, unreasonable. There is, however, some merit in some of the submissions on both sides on this question and it may be helpful to express a view on them. On the one hand, while disagreeing with the selection of the date of the

Certes, il n'est pas strictement nécessaire de répondre à la question en l'espèce, étant donné que la portée rétroactive du salaire accordé en l'espèce est limitée par la demande même. Comme je l'ai déjà mentionné, cette limite tire ses origines de la pratique passée et n'est pas déraisonnable dans les circonstances. Les observations faites par les deux parties à cet égard ont toutefois un certain fondement et l'expression d'une opinion à leur égard pourrait s'avérer utile. D'une part, tout en désap-

collective agreement as a cut-off, I think the respondent is right to suggest that there must be some reasonable time frame fixed around any claim for retroactive pay. While the provisions of the *Canadian Human Rights Act* are purely remedial and not punitive, it may in fact represent a considerable hardship to an employer to have to face claims for retroactive wages going back many years. One of the reasons why I have indicated that I think the burden of proof should be borne by the employer, once a wage gap has been established, to show that such wage gap did not exist during the prior period is that the employer is the person who is most likely to be able to have access to the necessary information about the duties attached to each job, their values and the wages paid. That likelihood diminishes the further back one reaches beyond the time when the employer was put on notice that his pay practice may be discriminatory. Furthermore, the presumption that systemic discrimination will have produced the same effects in the past as it does in the present clearly becomes weaker the further it is extended into the past. The appellant's position that it should be able to sustain a claim for wage discrimination going back for an unlimited period is, in my view, unreasonable in so far as it relates to any period for which the employer could not reasonably be expected to marshal evidence relating to job duties, job values and wages. In ordinary circumstances, the present limit set by the Commission's practice of one year prior to the filing of the complaint seems to me to strike a reasonable balance between the competing interests involved. Like any limitation period, it is, of course somewhat arbitrary and I would temper such arbitrariness by holding that it could be varied by a tribunal if the facts in any particular case indicated that a longer or a shorter period was warranted.

prouvant le choix de la date de la convention collective comme date limite, j'estime que l'intimé a raison de suggérer qu'un délai raisonnable doit être fixé relativement à une demande de rémunération rétroactive. Bien que les dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aient pour unique but d'accorder un redressement et ne soient pas à caractère punitif, des demandes de rémunération rétroactive remontant à de nombreuses années en arrière constitueraient une contrainte considérable pour un employeur. Si j'ai précisé que, selon moi, une fois un écart salarial établi, l'employeur doit s'acquitter du fardeau de démontrer que cet écart salarial n'existait pas antérieurement, c'est en partie parce que l'employeur est la personne probablement la mieux placée pour avoir accès aux renseignements nécessaires concernant les tâches afférentes à chaque poste, leur valeur et les salaires versés. Cette probabilité diminue la période à laquelle on peut remonter au-delà du moment où l'employeur a été averti que sa pratique salariale pouvait être discriminatoire. De plus, la présomption voulant que la discrimination systémique ait produit les mêmes effets par le passé que ceux qu'elle produit actuellement s'affaiblit progressivement, à mesure qu'on remonte dans le passé. La thèse de l'appelante selon laquelle il devrait être autorisé à présenter une demande pour discrimination salariale remontant à une période illimitée est déraisonnable, selon moi, dans la mesure où cette demande toucherait une période à l'égard de laquelle on ne peut raisonnablement s'attendre que l'employeur puisse rassembler les preuves concernant les tâches afférentes aux postes, leur valeur et les salaires versés. Dans des circonstances ordinaires, la limite d'un an avant le dépôt de la plainte, fixée par la pratique de la Commission me semble établir un juste équilibre entre les intérêts opposés en jeu. Comme tout délai de prescription, ce délai est en quelque sorte arbitraire et j'en tempèrerais le caractère arbitraire en statuant que le Tribunal peut le modifier s'il estime que les faits commandent qu'il soit prolongé ou écourté dans une instance donnée.

50 One final point. There was evidence before the Tribunal that some small number of the jobs in question in this case had undergone some changes in

Je ferai une dernière remarque. Il a été démontré 50 devant le Tribunal qu'un petit nombre de postes en cause en l'espèce avaient subi des changements

their duties during the period between February 12, 1986 and May 31, 1987. There was also evidence upon which the Tribunal could have found that such changes did not impact significantly upon the wage gap for those particular jobs. Obviously, they could have had no effect on the wage gap for the other jobs. The Tribunal here under review did not attempt to assess those changes but simply relied on their existence as an additional reason for refusing to grant any remedy at all. Here again, the Tribunal erred, as did the Judge in refusing to correct the error. It was clearly their duty to assess whether such changes had had any effect on the wage gap and if so, to determine its extent to the best of their ability.

51 For all the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs; I would set aside the judgment of the Trial Division, allow the application for judicial review, quash the decision of the Tribunal and refer the matter back to a differently constituted Tribunal for reconsideration on the basis that the complainant has made out a *prima facie* case for wage adjustment in the period 12 February 1986 to May 31, 1987, on the same basis as the wage adjustment consented to for the period from June 1, 1987, onward and that it is for the employer to demonstrate whether and to what extent such wage adjustment should be varied.

52 DESJARDINS J.A.: I concur.

53 McDONALD J.A.: I concur.

quant aux tâches y afférentes au cours de la période s'échelonnant de 12 février 1986 au 31 mai 1987. La preuve présentée aurait également permis au Tribunal de conclure que ces changements n'ont pas eu d'impact appréciable sur l'écart salarial relatif à ces postes. Ils n'auraient évidemment pas pu avoir d'effet sur l'écart salarial relatif aux autres postes. Le Tribunal dont la décision est contestée n'a pas tenté d'évaluer ces changements, mais les a invoqués simplement comme motif additionnel justifiant sans refus d'accorder un redressement. À cet égard également, le Tribunal a commis une erreur, tout comme le juge de première instance qui a refusé de corriger cette erreur. Ils avaient sans l'ombre d'un doute le devoir de déterminer si ces changements avaient eu un effet sur l'écart salarial et, le cas échéant, de faire de leur mieux pour en évaluer l'importance.

Pour tous les motifs énoncés, j'accueillerais l'appel avec dépens; j'infirmes le jugement de la Section de première instance, j'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire à un tribunal différemment constitué pour qu'il la réexamine, en tenant pour acquis que le plaignant a prouvé *prima facie* qu'un redressement salarial était justifié pour la période s'échelonnant du 12 février 1986 au 31 mai 1987, sur le même fondement que le rajustement salarial consenti pour la période commençant le 1^{er} juin 1987, et qu'il incombe à l'employeur de démontrer si ce rajustement salarial doit être modifié et dans quelle mesure.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

¹ A.B., Vol. II, at p. 331.

² A.B., Vol. II, at p. 344.

³ R.S.C., 1985, c. H-6.

⁴ A.B., Vol. I, at p. 16.

⁵ A.B., Vol. I, at pp. 123-126.

⁶ [1987] 1 S.C.R. 1114, at pp. 1138-1139.

⁷ [1991] C.H.R.D. No. 4 (QL), at pp. 20-21.

¹ Dossier d'appel, vol. II, à la p. 331.

² Dossier d'appel, vol. II, à la p. 344.

³ L.R.C. (1985), ch. H-6.

⁴ Dossier d'appel, vol. I, à la p. 16.

⁵ Dossier d'appel, vol. I, aux p. 123 à 126.

⁶ [1987] 1 R.C.S. 1114, aux p. 1138 et 1139.

⁷ [1991] D.C.D.P. n° 4 (QL), aux p. 21 à 23.

⁸ Nan Weiner and Morley Gunderson, *Pay Equity: Issues, Options and Experiences* (Toronto: Butterworths, 1990), at p. 5.

⁹ [1994] C.H.R.D. No. 13 (QL), at p. 14.

¹⁰ *Idem*, at p. 19.

¹¹ *Idem*, at pp. 20-21.

¹² *Idem*, at p. 29.

¹³ *Idem*, at pp. 31-32.

¹⁴ (1995), 103 F.T.R. 81 (F.C.T.D.), at p. 94.

¹⁵ *Idem*, at p. 98.

¹⁶ *Idem*, at p. 100.

¹⁷ *Idem*, at p. 101.

¹⁸ [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 558-559.

¹⁹ A.B., Vol. II, at p. 373.

²⁰ A.B., Vol. III, at pp. 439-441.

²¹ A.B., Vol. III, at pp. 450-452.

²² S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2nd ed., (Toronto, Canada Law Book Inc., 1995), at pp. 13-1 to 13-2.

⁸ Nan Weiner et Morley Gunderson, *Pay Equity: Issues, Options and Experiences* (Toronto: Butterworths, 1990), à la p. 5.

⁹ [1994] D.C.D.P. n° 13 (QL), aux p. 15 et 16.

¹⁰ *Idem*, à la p. 21.

¹¹ *Idem*, à la p. 23.

¹² *Idem*, à la p. 32.

¹³ *Idem*, aux p. 34 et 35.

¹⁴ (1995), 103 F.T.R. 81 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 94.

¹⁵ *Idem*, à la p. 98.

¹⁶ *Idem*, à la p. 100.

¹⁷ *Idem*, à la p. 101.

¹⁸ [1985] 2 R.C.S. 536, aux p. 558 et 559.

¹⁹ Dossier d'appel, vol. II, à la p. 373.

²⁰ Dossier d'appel, vol. III, aux p. 439 à 441.

²¹ Dossier d'appel, vol. III, aux p. 450 à 452.

²² S. M. Waddams, *The Law of Damages*, 2^e éd. (Toronto: Canada Law Book Inc., 1995), aux p. 13-1 et 13-2.